

Sentencia T-378/17

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES-Carácter excepcional

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Naturaleza, finalidad y requisitos para su reconocimiento

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Beneficiarios

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Precedente de la Corte Constitucional

DERECHO AL MINIMO VITAL, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Vulneración por parte de Colpensiones, al no aplicar la condición más beneficiosa para verificar el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente

Una entidad encargada del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de una persona en condición de discapacidad, viola sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social, al negar el reconocimiento de dicha prestación por no haber cumplido con los requisitos de la Ley 100 de 1993, normativa vigente al momento de la muerte del causante, a pesar de que la condición más beneficiosa le permite al operador jurídico, aplicar el Acuerdo 049 de 1990 cuando se prueba que el causante ha cumplido con el número de semanas exigidas por la mencionada norma durante el término de su vigencia, pese a que el fallecimiento hubiese ocurrido con posterioridad a la vigencia de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Orden a Colpensiones reconocer pensión de sobrevivientes

Referencia: expediente T-6.004.506

Acción de Tutela instaurada por Erika Johanna Montoya Quintero, representada por curadora general y legítima contra COLPENSIONES.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, Diana Fajardo Rivera y el magistrado Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos el 6 de octubre de 2016 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, en primera instancia, y del 4 de noviembre de 2016 por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, en segunda instancia, que declararon improcedente la acción de tutela incoada por Erika Johanna Montoya Quintero, representada por curadora general y legítima contra COLPENSIONES.

## I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.<sup>1</sup> De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

### 1. Hechos y solicitud

La señora Betty Raquel Quintero Núñez, a través de apoderado judicial, y en calidad de curadora general y legítima de su hija Erika Johanna Montoya Quintero, instauró acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones por considerar que dicha entidad vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital de su agenciada, al negar la pensión de sobrevivientes a la que considera tiene derecho, argumentando que no cumple con los requisitos señalados

en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 que exige acreditar 50 semanas cotizadas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento del afiliado, sin tener en cuenta que es posible aplicar la condición más beneficiosa y verificar el cumplimiento de los requisitos para dicha prestación a la luz del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Funda su solicitud en los siguientes hechos:

1.1. La señora Erika Johanna Montoya Quintero tiene 36 años y nació con “retraso mental moderado y trastorno de la personalidad”,<sup>3</sup> razón por la cual, mediante dictamen No. 1407 del 20 de marzo de 2012, la Vicepresidencia de Pensiones – Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, determinó que tiene una pérdida de capacidad laboral del 53.65% de origen común y con fecha de estructuración 2 de octubre de 1979, la cual coincide con su nacimiento.<sup>4</sup>

1.2. Erika Johanna es hija del señor Juan Nepomuceno Montoya Sánchez, quien era afiliado al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y que el 10 de febrero de 2011 solicitó a dicha entidad el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, pero que le fue negada por no cumplir el requisito de densidad de semanas exigido por el Decreto 758 de 1990 para el efecto.<sup>5</sup>

1.3. El señor Nepomuceno Montoya falleció el 29 de junio de 2011.<sup>6</sup>

1.4. La accionante manifestó que tanto ella como su hija dependían en todo del señor Montoya pues él era el encargado de proveerles alimentación, vivienda, vestuario y sobre todo, la atención de la salud de ambas. A raíz de la muerte de su esposo y padre, quedaron completamente desprotegidas y tuvieron que “recurrir a la caridad de familiares y amigos” para poder sufragar los gastos mínimos de subsistencia y atención médica, teniendo en cuenta que para tratar los padecimientos de Erika Johanna, se requieren múltiples medicamentos.

1.5. Posteriormente, la señora Betty Quintero inició proceso de jurisdicción voluntaria con el fin de que se declarara la interdicción por incapacidad mental absoluta de su hija y se le nombrara curadora de la misma. El Juzgado 9º de Familia de Medellín, en sentencia del 29 de noviembre de 2013 decretó la interdicción por incapacidad mental absoluta de Erika Montoya Quintero y designó como curadora general y legítima a su mamá.<sup>7</sup>

1.6. El 5 de mayo de 2014, la señora Betty Quintero solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de su hija, prestación que le fue negada mediante Resolución GNR 288496 del 19 de agosto de 2014, por cuanto no cumplió los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exige para tener derecho a una pensión de sobrevivientes que el afiliado, en este caso, Nepomuceno Montoya, haya cotizado al menos 50 semanas dentro de los tres últimos años anteriores a su fallecimiento.<sup>8</sup>

1.7. Indicó que en la misma Resolución, y sin haberlo solicitado, Colpensiones ordenó el reconocimiento y pago de \$5.324.063 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente.

1.8. La accionante señaló que el señor Nepomuceno Montoya cotizó un total de 849 semanas entre 1972 y 1994, de las cuales 832 fueron aportes realizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.<sup>9</sup> Por lo anterior considera que Colpensiones, al verificar los requisitos para que Erika Montoya pueda tener derecho a una pensión de sobrevivientes, debió aplicar la condición más beneficiosa y revisar la solicitud a la luz del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que prescribe que para acceder a dicha prestación es necesario que el afiliado cumpla con los requisitos exigidos para una pensión de invalidez,<sup>10</sup> esto es, haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte, 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez (para este caso la muerte), o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez (muerte).<sup>11</sup>

1.9. Finaliza señalando que la condición de discapacidad de Erika Johanna es tal que ya se le diagnosticó una parálisis cerebral, por lo que su mamá debe velar por ella en todo sentido y la falta de un ingreso fijo agrava más su situación, imposibilitándole vivir de una manera digna, obligándole a satisfacer sus necesidades básicas gracias a la caridad de otras personas.

## 2. Contestación de la demandada<sup>12</sup>

2.1. Colpensiones a través de su Vicepresidente Jurídico,<sup>13</sup> indicó que la acción de tutela presentada es improcedente de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, por cuanto la actora cuenta con otros mecanismos de defensa judicial que no ha agotado aún, en

procura del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

2.2. Seguidamente, afirmó que dicha entidad ha resuelto de fondo cada una de las peticiones de la accionante sin que exista vulneración alguna de sus derechos. Por lo tanto, la inconformidad de la solicitante radica en la negativa recibida ante la petición de pensión de sobreviviente, derecho prestacional que puede reclamar ante el juez ordinario, dada la naturaleza del conflicto.

### 3. Decisiones judiciales

#### 3.1. Primera instancia

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín- Antioquia, en fallo del 6 de octubre de 2016, declaró improcedente el amparo constitucional con base en tres razones.<sup>14</sup>

En segundo lugar, advirtió que mediante resolución GNR 288496 del 19 de agosto de 2014, a la accionante se le negó la pensión de sobreviviente y se le concedió el pago de una indemnización sustitutiva por la suma de \$5.324.063. Dicho acto administrativo fue notificado el 29 de agosto de 2014 al apoderado de la actora y contra esta decisión no se interpusieron recursos de ley, es decir que en su momento no se utilizaron los mecanismos internos para que la misma entidad corrigiera el presunto error alegado por la peticionaria, sino que se acudió a la acción de tutela para lograr este efecto.

En tercer lugar, consideró que tampoco se cumple con el requisito de inmediatez toda vez que si se alega la afectación al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, no se encuentra razonable que solo dos años después de notificado el acto administrativo se acuda a la acción de tutela con el fin de proteger estos derechos, y no ante el juez laboral competente para reclamar el derecho a la pensión de sobreviviente.

#### 3.2. Impugnación

El 11 de octubre de 2016 el apoderado judicial de la accionante impugnó la sentencia de instancia argumentando que Erika Montoya (hija de su mandante) es una persona en condición de discapacidad y por lo tanto está en situación de debilidad manifiesta y merece una especial protección por parte del Estado. De tal manera, reiteró su solicitud de que la

entidad accionada reconozca y pague la pensión de sobreviviente conforme al principio de la condición más beneficiosa, desde el 29 de junio de 2011, fecha del fallecimiento del padre de la solicitante.

### 3.3. Sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior de Medellín – Antioquia, en sentencia del 4 de noviembre de 2016, confirmó la decisión de primera instancia con base en las siguientes razones: (i) la condición de salud de la actora no es un argumento válido para ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que la mayoría de afecciones de salud que presenta las viene padeciendo desde su nacimiento, (ii) la prestación económica fue negada por la entidad accionada aduciendo que no se cumplían los requisitos para acceder a dicha prestación, en tanto el causante falleció el 29 de junio de 2011 y sus cotizaciones fueron hasta el 31 de julio de 1994 por lo que conforme con la Ley 797 de 2003, no se encuentra acreditado el requisito de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, y (iii) en el caso concreto no se justificó la presencia de un perjuicio irremediable y el diagnóstico médico de la señora Erika Johana Montoya Quintero, por sí solo no permite determinar dicho perjuicio.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia y procedibilidad

1.1. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

1.2. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela se tiene que:

1.2.1. La acción constitucional fue interpuesta por Betty Raquel Quintero Núñez, a través de apoderado, y en calidad de curadora general y legítima de su hija Erika Johanna Montoya Quintero. Lo anterior encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Carta,<sup>15</sup>

el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actué en su nombre.

1.2.2. La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo,<sup>16</sup> encargada de resolver las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales de los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pertenecientes y administrados por el Instituto de Seguros Sociales –ISS, entidad a la que estuvo afiliado el señor Nepomuceno Montoya, padre de la hoy accionante.

1.2.3. Respecto del requisito de inmediatez, la Corte Constitucional ha señalado que éste “no puede alegarse como excusa para dejar de amparar los derechos constitucionales fundamentales cuando frente a quien se pretende hacer valer este requisito es una persona que sufre un serio deterioro en su salud (...) De admitirse esta posibilidad, se le estaría negando a una persona colocada en circunstancias de debilidad manifiesta de manera seria y grave la posibilidad de acceder a la administración de justicia en defensa de los derechos que le han sido desconocidos, tanto más cuanto, las consecuencias de esa vulneración han permanecido en el tiempo y tienden a agudizarse cada día más”.<sup>17</sup> Es por esto, que se ha concluido que cuando la vulneración que se alega ha permanecido y ha sido continua en el tiempo, la presentación de la acción de tutela puede darse en cualquier momento.<sup>18</sup> Lo anterior, teniendo en cuenta que la pretensión de la presente acción es una pensión de sobreviviente, y que la accionante es un sujeto de especial protección por encontrarse en situación de discapacidad, la tutela cumple el requisito de inmediatez.

1.2.4. La Corte Constitucional ha señalado que por regla general, la acción de tutela no procede para ordenar el reconocimiento de pensiones ya que existen medios ordinarios idóneos para resolver dichas pretensiones,<sup>19</sup> dado su carácter excepcional y su imposibilidad de desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico.<sup>20</sup> Sin embargo, de manera excepcional, cuando la pensión solicitada adquiere gran relevancia constitucional, al estar relacionada directamente con la protección de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, el mínimo vital en dignidad, el trabajo y la igualdad, su reconocimiento y pago pueden ser reclamados mediante el ejercicio de esta acción.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela (i) procede como mecanismo definitivo cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir o, cuando existiendo éstos, resulte que no son los idóneos<sup>21</sup> por no ser los adecuados para lograr la garantía urgente del goce efectivo del derecho que se espera en el caso y (ii) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario.<sup>22</sup> Además, ha aclarado que (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.<sup>23</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez de tutela debe analizar la idoneidad o eficacia de las otras vías judiciales, ya que la interpretación restrictiva del articulado superior podría llevar a una vulneración de derechos fundamentales si al ejercitar dichos mecanismos no es posible lograr la protección real y efectiva de los derechos presuntamente conculcados.

En el presente caso, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo pues, a pesar de existir instrumentos idóneos para solicitar lo pretendido (vía gubernativa y ordinaria), éstos no son eficaces por la demora generalizada en este tipo de procesos, que pueden dilatar la garantía urgente derechos fundamentales como el mínimo vital, la vida digna y la seguridad social de una persona en situación de discapacidad por padecer una enfermedad desde su nacimiento y que ya fue calificada con una pérdida de capacidad laboral de más del 50%, que es considerada sujeto de especial protección constitucional, por lo cual es necesaria una intervención urgente del operador judicial que restaure las garantías vulneradas.

1.2.5. De otra parte el asunto analizado reviste importancia constitucional, teniendo en cuenta que están de por medio garantías fundamentales como el derecho al mínimo vital, la vida digna y la seguridad social de una persona que ha sido calificada con una pérdida de capacidad laboral de 53.65% y que quedó desprotegida, sin un ingreso que le permita satisfacer sus necesidades básicas, con el fallecimiento de su padre.

1.2.6. Finalmente, en el expediente existen pruebas de la titularidad del derecho exigido y de

que se desplegó la actividad administrativa necesaria, tendiente a obtener la protección.

1.2.7. Teniendo en cuenta que se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, se entrará a plantear el problema jurídico a resolver en la presente providencia.

## 2. Problema jurídico

En consideración a los antecedentes planteados, corresponde a la Sala de Revisión responder el siguiente problema: ¿la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones vulneró los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y a la seguridad social de una persona calificada con una pérdida de capacidad laboral de 53.65%, al negar la pensión de sobreviviente de su padre, argumentando que éste no había cotizado 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, sin tener en cuenta la condición más beneficiosa y verificar el cumplimiento de los requisitos a la luz del artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990?

Para resolver la cuestión planteada, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas analizará: primero, naturaleza jurídica de la pensión de sobreviviente, segundo, el principio de la condición más beneficiosa, y tercero, se estudiará el caso concreto.

## 3. Naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. La Constitución Política, dispone en su artículo 48 que el derecho a la seguridad social es irrenunciable y que se debe garantizar a todos los colombianos. Esta garantía constitucional está consagrada, a su vez, en distintos instrumentos internacionales como en la Declaración Americana de los Derechos de la Persona<sup>24</sup> y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>25</sup> de los cuales se concluye que la finalidad de este derecho es amparar a las personas contra las consecuencias normales de la vejez, la viudez, la invalidez, y ante la imposibilidad física o mental para proveerse su propio sustento que les asegure una vida en condiciones dignas.

3.2. Es por esto que dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones colombiano, se consagró un conjunto de prestaciones económicas con la finalidad de

prevenir dichas contingencias propias de los seres humanos inclusive, la muerte. Así las cosas, las normas dictadas para cumplir este fin, reconocieron derechos pensionales para aquellos afiliados a quienes les sobrevenga alguna de estas eventualidades, previo el cumplimiento de unos requisitos. En ese sentido, se establecieron prestaciones como la pensión de invalidez, de vejez, de sobrevivientes y la sustitución pensional.

3.3. Específicamente, la pensión de sobreviviente fue una figura jurídica consagrada de manera general en la Ley 100 de 1993, pero antes de que fuera expedida dicha ley, algunos regímenes ya regulaban los aspectos básicos de esta prestación con el fin de prever y proteger los derechos fundamentales y la satisfacción de las necesidades básicas de quienes en vida dependían del afiliado y que, en razón de un hecho impredecible como la muerte, se encontraban en una situación de debilidad manifiesta.

3.4. Teniendo en cuenta la necesidad de proteger el riesgo de muerte y la ausencia de un ingreso mínimo para el sustento de quienes dependían del afiliado, se profirió la Ley 75 de 1925<sup>26</sup> que consagró el seguro de muerte en servicio para los oficiales del Ejército. Posteriormente, en el Decreto 3135 de 1968<sup>27</sup> se consagró el seguro por muerte de un empleado público o trabajador oficial. Finalmente en el Decreto 546 de 1971 se estableció el pago de un subsidio en caso de muerte de un funcionario o empleados de la rama jurisdiccional del Ministerio Público.<sup>28</sup>

3.5. Ahora bien, la pensión de sobreviviente como prestación asistencial de índole económica, que beneficia a los familiares del afiliado que murió pero que no estaba disfrutando de una mesada pensional, también estaba prevista antes de la Ley 100 de 1993, para ciertos regímenes. Por ejemplo, el Decreto 224 de 1972 consagraba la posibilidad de acceder a esta prestación en caso de muerte de un docente;<sup>29</sup> la Ley 12 de 1975 prescribía este derecho para los trabajadores particulares y algunos del sector público;<sup>30</sup> y el Decreto 2247 de 1984 reconocía una pensión por muerte a los beneficiarios del personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.<sup>31</sup>

3.6. Es posible que su antecedente más concreto haya sido el Decreto 3041 de 1966, con el que se expidió el reglamento general del seguro obligatorio de invalidez, muerte y vejez, norma que luego fue modificada por el Decreto 758 de 1990 por el cual se aprueba el Acuerdo 049 de 1990, que a su vez establecía el reglamento general del seguro obligatorio de invalidez, muerte y vejez.

3.7. La pensión de sobreviviente está explícitamente consagrada en el artículo 25 del Decreto 758 de 1990 que aprueba el Acuerdo 049 del mismo año:

“ARTÍCULO 25. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMÚN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,

b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento.”<sup>32</sup> (Subraya fuera del original).

3.8. El artículo que regulaba la pensión de invalidez por riesgo común en el Decreto 758 de 1990, señalaba:

“ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,

b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez". (Subraya fuera del original).

3.9. Posteriormente, fue expedida la Ley 100 de 1993 que consagró de manera específica los requisitos del derecho a la pensión de sobreviviente, así:

"Artículo 46: Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. (...)

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

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

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

3.10. La Ley 797 de 2003 modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la densidad de semanas cotizadas, y dispuso que para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente era necesario haber cotizado al menos 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento del asegurado y previó el requisito adicional de fidelidad al sistema, el cual fue declarado inconstitucional por esta Corporación en sentencia C-566 de 2009. Es decir, que actualmente, la norma que consagra la pensión de sobrevivientes dispone:

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

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) Literal declarado inexequible;

b) Literal declarado inexequible.

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

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

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

3.11. De lo anterior se concluye que actualmente los beneficiarios legales del afiliado tienen derecho a la pensión de sobreviviente, si éste cotizó si quiera cincuenta semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento.

4. Principio de la condición más beneficiosa

4.1. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia coinciden en afirmar que el principio de la condición más beneficiosa emana de la Constitución Política, el bloque de

constitucionalidad y la normativa interna colombiana.

4.2. Por su parte, la Corte Constitucional, desde sus inicios, señaló que en la Sentencia C-168 de 1995 lo siguiente:

“[C]onsidera la Corte que la ‘condición más beneficiosa’ para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: ‘situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho’, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso”.<sup>33</sup>

Esta providencia ha sido reiterada en múltiples ocasiones,<sup>34</sup> por ejemplo en la Sentencia T-290 de 2005,<sup>35</sup> así:

“[E]l principio de la “condición más beneficiosa” se complementa con el de favorabilidad, consagrado expresamente en los artículos 53 de la Carta Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>36</sup>, para ampliar el espectro de protección de los derechos del trabajador. De acuerdo con el último en mención, frente a la interpretación disonante de una o varias normas que regulan de manera diferente el mismo supuesto de hecho, el operador jurídico está obligado a acoger la más favorable a los intereses del trabajador. Así, a juicio de la Corte, ‘la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones (...)’.”

4.3. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha concluido que “el principio de la condición más beneficiosa encuentra respaldo en el ordenamiento constitucional y en los

Convenios sobre derechos humanos laborales ratificados por Colombia, en particular en el artículo 53 Superior y el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT, respectivamente”.<sup>37</sup> En ese sentido la Sentencia 30581 del 9 de julio de 2008 de la Sala de Casación Laboral, señaló:

“Como lo ha puesto de presente esta Corporación en otras ocasiones, el legislador tradicionalmente ha protegido la <condición más beneficiosa> aunque la misma no se halle expresa y claramente instituida en una norma o precepto legal, ello mediante la consagración de regímenes razonables de transición que procuran mantener los aspectos favorables de la normatividad social modificada o abolida y proteger los derechos adquiridos o las expectativas legítimas de los trabajadores o afiliados a la seguridad social; al igual que al establecer categóricamente tanto el constituyente como el legislador, que la nueva ley no puede “menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (resalta la Sala) para el presente caso -afiliados y sus beneficiarios-, conforme se desprende de lo expresado en el último inciso del artículo 53 de la Carta Superior y del artículo 272 de la Ley 100 de 1993.||Es por lo dicho, que al interior de esta Sala de Casación se ha venido aceptado la <condición más beneficiosa> como un principio legal y constitucionalmente aplicable a asuntos de seguridad social, en especial en materia pensional.

Es más, remitiéndose esta Corporación a las fuentes y acuerdos vinculantes de índole internacional del derecho al trabajo, incorporados a nuestro ordenamiento interno como Estado miembro a través de la ratificación de los respectivos convenios o tratados internacionales en los términos de los artículos 53, 93 y 94 de la Carta Política, y que pasan a integrar el bloque de constitucionalidad, es dable destacar que los mandatos de la Organización Internacional del Trabajo OIT no se oponen a la aplicación de la condición más beneficiosa y por el contrario son compatibles con la orientación que a esta precisa temática le viene dando la Sala, al señalar en el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT que “En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”.<sup>38</sup>

4.4. A pesar de lo anteriormente descrito, al momento de aplicar dicho principio, fueron apareciendo diversos criterios entre los operadores judiciales, en cuanto a si la condición más beneficiosa permitía únicamente tener en cuenta la norma inmediatamente anterior a la que se encontrara vigente al momento de verificar los requisitos legales para acceder a la pensión o, si por el contrario, era posible retroceder más en el tiempo y encontrar en regímenes más antiguos, igualmente derogados, una norma que le permitiera al solicitante cumplir con los requerimientos necesarios para el efecto. 39

4.5. Para zanjar dicha discusión, la Corte Constitucional profirió recientemente una sentencia de unificación, en la que afirmó que la condición más beneficiosa abarca la aplicación de todo régimen “conforme al cual la persona haya reunido los requisitos para acceder al beneficio”. Así lo señaló la sentencia SU-442 de 201640:

“[E]n concepto de la Sala Plena de la Corte, el principio de la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia. Por lo demás, una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Hasta el momento no se han aportado razones de esta naturaleza, por lo cual la jurisprudencia de esta Corte, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, se mantiene y es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales.”

4.6. Con base en lo anterior, es posible concluir que en reiterada jurisprudencia fundamentada en la Constitución Política, los tratados internacionales y las normas internas de nuestro país, se ha señalado que es posible permitir que los trabajadores accedan a las

prestaciones pensionales acudiendo al principio de la condición más beneficiosa, aplicando cualquier régimen conforme al cual se hayan cumplido los requerimientos para acceder a la prestación solicitada.

4.7. Específicamente, en cuanto a la solicitud de una pensión de sobreviviente, la Corte Constitucional ha aplicado el principio de la condición más beneficiosa en varias oportunidades. Por ejemplo:

4.7.1. En la sentencia T-584 de 2011,<sup>41</sup> se analizó el caso de una señora que, en su calidad de cónyuge supérstite, reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de su esposo, quien había muerto en agosto del año 2004. La actora consideró que tenía derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes, ya que su difunto esposo había cotizado cuatrocientas cuarenta y siete (447) semanas y el Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990), vigente para la fecha de las cotizaciones, sólo exigía acreditar trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier tiempo. Sin embargo, el Instituto de Seguros Sociales negó la pensión de sobrevivientes, aduciendo que la ley aplicable era el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y que exigía la cotización de cincuenta (50) semanas en los tres años anteriores a la fecha del fallecimiento.

En esa oportunidad, la Corte señaló que la accionante sí tenía derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes, toda vez que las cotizaciones se habían realizado en vigencia del Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 del mismo año) y antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, al ser dicho Decreto la norma más favorable para la accionante, la Corte Constitucional decidió aplicarla y proteger su derecho fundamental al mínimo vital.<sup>42</sup>

4.7.2. La sentencia T-228 de 2014,<sup>43</sup> estudió el caso de una señora de 85 años que solicitaba la pensión de sobreviviente de su compañero permanente, en su favor y de su hijo en situación de discapacidad, pero que Colpensiones negó por cuanto ya se le había concedido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. La accionante fundaba su petición en que al aplicar la condición más beneficiosa, ella podía acceder a la prestación verificando los requisitos del Acuerdo 049 de 1990. En este asunto, la Corte hizo el correspondiente análisis y concluyó que como el compañero permanente de la actora cotizó para pensión entre 1970 y 1983 (antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), no realizó cotizaciones posteriores al 1º de abril de 1994, y falleció después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de

1993, era posible aplicar el principio de la condición más beneficiosa al momento de verificar los requisitos para acceder a la prestación.

De tal manera que la norma aplicable no fue la Ley 100 de 1993, vigente cuando murió su compañero, sino la anterior, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, bajo cuyos presupuestos, la actora tuvo el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

4.7.3. En un pronunciamiento más reciente, la sentencia T-464 de 201644, esta Corporación analizó el caso de una señora que pretendía que se le reconociera la pensión de sobreviviente de su esposo, la cual había sido negada por el Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Norte de Santander por no cumplir con el requisito de 50 semanas cotizadas por el afiliado, en los 3 años anteriores a su fallecimiento, exigido por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. La accionante consideró que con dicha negativa se vulneraron sus derechos fundamentales, en tanto no se observaron “las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional que indican que, en casos como los suyos, la aplicación de la condición más beneficiosa, lleva a la consolidación de su derecho pensional a través de las normas fijadas por el Acuerdo 049 de 1990”.

En esa oportunidad, la Corte protegió los derechos invocados por la petente, indicando que se había desconocido el precedente de la Corte Constitucional respecto del alcance del principio de la condición más beneficiosa, en tanto que se debió aplicar el Acuerdo 049 de 1990 por ser la norma vigente para la fecha en que el afiliado efectuó las cotizaciones. Además señaló que “el juez ordinario y el funcionario administrativo tienen la obligación de identificar y aplicar la norma más favorable al trabajador o afiliado al régimen de seguridad social, para garantizar así su derecho al mínimo vital. En este sentido, si el afiliado cumple con el requisito de número de cotizaciones en vigencia de una ley que ha regulado enteramente su situación jurídica, ésta deberá aplicarse preferentemente a la ley vigente”.

4.7.4. Esta misma línea la han continuado las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-909 de 2014,<sup>45</sup> T-190 de 2015<sup>46</sup> y T-137 de 2016<sup>47</sup>, entre otras.

4.8. Lo anteriormente expuesto, permite concluir que “para esta Corporación, el principio de condición más beneficiosa permite aplicar el Acuerdo 049 de 1990 cuando se prueba que el causante ha cumplido con el número de semanas exigidas por la mencionada norma jurídica durante el término de su vigencia, pese a que la muerte hubiese ocurrido con posterioridad a

la vigencia de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003”.<sup>48</sup>

5. Vulneración de los derechos fundamentales de Erika Johanna Montoya por parte de Colpensiones, al no aplicar la condición más beneficiosa para verificar el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente

5.1. En el presente caso, se tiene que Erika Montoya Quintero, quien ha sido calificada con una pérdida de capacidad laboral del 53.65%, solicita la pensión de sobreviviente de su padre quien cotizó un total de 849.29 semanas, de las cuales 832 fueron en vigencia del Acuerdo 49 de 1990 (la cotizaciones hechas por el señor Nepomuceno Montoya se encuentran entre los periodos del 26 de abril de 1972 y el 31 de julio de 1994). Colpensiones le niega el reconocimiento de dicha prestación, por cuanto el afiliado no cumplió con el requisito de haber cotizado al menos 50 semanas en los 3 años anteriores al fallecimiento, como lo prescribe la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

La madre de Erika Johana, como su curadora, interpone acción de tutela por considerar que la entidad vulneró los derechos fundamentales de su hija, ya que al verificar los requisitos de la pensión de sobreviviente, no aplicó la condición más beneficiosa que le permitía acceder a dicha prestación con base en el cumplimiento de los requerimientos del Acuerdo 049 de 1990, es decir, 300 semanas en cualquier tiempo, antes de la muerte del causante.

5.2. Como se dijo en la parte considerativa de la presente sentencia, la condición más beneficiosa le permite al juez constitucional, aplicar el Acuerdo 049 de 1990 cuando se prueba que el causante ha cumplido con el número de semanas exigidas por la mencionada norma jurídica durante el término de su vigencia, pese a que la muerte hubiese ocurrido con posterioridad a la vigencia de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

5.3. En el presente caso, el señor Nepomuceno Montoya, efectivamente no cumple con la mínima cotización de 50 semanas en los tres años anteriores a su fallecimiento, exigida por la Ley vigente al momento de su deceso, esto es, la Ley 100 de 1993. Pero también es cierto que, casi la totalidad de sus aportes (832 semanas de 849) fueron realizados en vigencia del Acuerdo 049 de 1990.

5.4. Ahora bien, al examinar el artículo 25 del Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo señalado, éste consagra el derecho a la pensión de sobreviviente por riesgo común “a)

Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común”, y el artículo 6º del mismo Decreto señala que para ser beneficiario de una pensión de invalidez por riesgo común es necesario “b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

5.5. De tal manera que para que en el presente caso se pueda aplicar el principio de la condición más beneficiosa, es necesario que el señor Nepomuceno Montoya haya cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha de la invalidez, que para este caso se refiere a la muerte, o 300 en cualquier época. Al revisar el reporte de semanas cotizadas aportado al expediente por Colpensiones, es posible verificar que el señor Montoya Sánchez cotizó al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, un total de 849 semanas, cumpliendo así en más del doble, la segunda disyuntiva del requisito de densidad en las cotizaciones exigido por el Acuerdo 049 de 1990.

5.6. Así las cosas, y verificado el cumplimiento de los requisitos legales por parte del señor Nepomuceno Montoya, se concluye que es posible aplicar el principio de la condición más beneficiosa en el caso de la señora Erika Johanna Montoya Quintero, y concederle la pensión de sobreviviente, teniendo en cuenta que es beneficiaria legal del causante por cuanto es su hija, está en condición de discapacidad ya que fue calificada con una pérdida de capacidad laboral de 53.65%, y dependía económicamente de su padre.<sup>49</sup>

5.7. En consecuencia, la Sala revocará la decisión del Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, que confirmó la decisión del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, que declaró la improcedencia de la presente acción de tutela y, en su lugar, protegerá los derechos fundamentales de Erika Montoya al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social. Para el efecto, ordenará a Colpensiones que en el término improrrogable de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, le reconozca y pague la pensión de sobreviviente y el correspondiente retroactivo a que tiene derecho, a partir del 29 de junio de 2011, fecha en que murió el causante.

### III. DECISIÓN

Una entidad encargada del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de una persona en condición de discapacidad, viola sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social, al negar el reconocimiento de dicha prestación por no haber cumplido con los requisitos de la Ley 100 de 1993, normativa vigente al momento de la muerte del causante, a pesar de que la condición más beneficiosa le permite al operador jurídico, aplicar el Acuerdo 049 de 1990 cuando se prueba que el causante ha cumplido con el número de semanas exigidas por la mencionada norma durante el término de su vigencia, pese a que el fallecimiento hubiese ocurrido con posterioridad a la vigencia de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

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

#### RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR las sentencias del seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016) y cuatro (4) de noviembre del mismo año proferidas por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín y el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, en primera y segunda instancia respectivamente, dentro del proceso de la referencia y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de Erika Johanna Montoya Quintero.

TERCERO.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como DISPONER las notificaciones a las partes –a través del Juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Ausente en comisión

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

1 Sala de Selección Número Dos, conformada por los magistrados María Victoria Calle Correa y Luis Guillermo Guerrero Pérez. Auto del 28 de febrero de 2017, notificado el 15 de marzo de 2017.

2 Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

3 Dictamen médico del 11 de octubre de 2012 emitido por la Neuróloga Dionis Vallejo Mesa de la Universidad de Antioquia y concepto médico emitido por el Instituto de Neurología de Antioquia en virtud del servicio de Neuropsicología clínica No. 43271323 remitido por el Fondo de pensiones de Seguro Social. Visto a folios del 38 al 42 del cuaderno principal.

4 Dictamen sobre la determinación de la pérdida de la capacidad laboral en primera oportunidad y/o revisión pensional con fecha del 20 de marzo de 2012, SNML No. 1407. Visto a folios 26 y 27 del cuaderno principal.

5 La pensión de vejez le fue negada al señor Montoya Sánchez, a través de la Resolución No. 112537 del 23 de mayo de 2011, vista a folios 20 y 21 del cuaderno principal. En dicha resolución se señaló: "(...) Que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece el Régimen de Transición para las personas que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley en mención acrediten 35 o más años de edad en el caso de las mujeres y 40 o más años de edad en el caso de los hombres, o más de 15 años de servicio, permitiendo aplicar la edad para pensionarse, el número de semanas o tiempo cotizado y el monto pensional del régimen anterior al que venían afiliados, el cual para el caso en cuestión se trata del artículo 12 del

Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que exige para acceder a la pensión de vejez acreditar 55 o más años de edad en el caso de las mujeres o 60 o más años de edad en el caso de los hombres y un mínimo de 500 semanas cotizadas al Seguro Social en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o un total de 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. (...) Se establece que el asegurado cotizó a este Instituto en forma interrumpida un total de 849 semanas desde su ingreso el 26 de abril de 1972 hasta el 31 de julio de 1994, de las cuales 372 semanas se cotizaron en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, concluyendo que el asegurado no acredita el requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez solicitada (...)."

6 Registro Civil de Defunción 07090891 de Juan Nepomuceno Montoya Sánchez, del 29 de junio de 2011, emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, visto en el folio 19 del cuaderno principal.

8 Resolución No. GNR 288496 del 19 de agosto de 2014. Folios 22 al 25 del cuaderno principal.

9 Reporte de semanas cotizadas en pensiones, periodo del informe: enero de 1937 a agosto de 2016, actualizado a 16 de agosto de 2016, emitido por Colpensiones. Visto a folio 28 del cuaderno principal.

10 Decreto 758 de 1990. ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos: a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y, b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento.

11 ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones: a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.

12 El Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín- Antioquia, en Auto del 26 de septiembre de 2016 admitió la acción de tutela y dio traslado al Representante legal y al Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones.

13 Oficio BZ2016-1196803-2581859 del Vicepresidente Jurídico de COLPENSIONES, con fecha 6 de octubre de 2016, dando respuesta a la tutela instaurada por Erika Johanna Montoya Quintero, representada por Curadora General y legitima a través de apoderado.

14 Sentencia proferida el 6 de octubre de 2016 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín-Antioquia, vista a folios 59 a 61 del cuaderno principal.

15 Constitución Política, Artículo 86 “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”

16 Decreto número 2011 del 28 de septiembre de 2012 por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES y se dictan otras disposiciones.

17 Corte Constitucional, sentencia T-654 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

18 Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En esta providencia se señaló que los derechos pensionales son “garantías constitucionales que, según se anticipó, son de carácter imprescriptible y envuelven la satisfacción de prestaciones periódicas o de tracto sucesivo que le otorgan actualidad a la solicitud. Estos derechos, además, pueden ser pedidos en cualquier tiempo, y reclamado su respeto ante los jueces de la república, quienes al proferir sus decisiones no pueden eludir la aplicación de los mandatos superiores. Así, a diferencia de otros derechos de naturaleza distinta como los patrimoniales, los derechos fundamentales, y en particular, las prestaciones de contenido pensional, son de carácter imprescriptible.”

19 En el tema de improcedencia de la acción de tutela por existir otras acciones laborales idóneas se pueden consultar varias sentencias de la Corte Constitucional que evidencian la

evolución sobre esta cuestión de justiciabilidad de derechos sociales a la seguridad social en pensiones. Ver entre otras las sentencias: T-453 de 1992 (MP Jaime Sanín Greiffenstein), T-468 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), T-279 de 1993 (MP Hernando Herrera Vergara), T-357 de 1993 (MP Hernando Herrera Vergara), T-580 de 1993 (MP Hernando Herrera Vergara), T-581 de 1993 (MP Hernando Herrera Vergara), T-582 de 1993 (MP Hernando Herrera Vergara), T-583 de 1993 (MP Hernando Herrera Vergara), T-568 de 1994 (MP Hernando Herrera Vergara), T-133A de 1995 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-045 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-414 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara), T-469 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-761 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-935 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-574 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-521 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.

20 Corte Constitucional, sentencia T-106 de 1993 (MP Antonio Barrera Carbonell). La Corte afirmó que la posibilidad de acudir a la acción de tutela “(...) sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquel ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión.” Ver también, las sentencias T-480 de 1993 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-565 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-520 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-1043 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). || Respecto del carácter subsidiario de la acción de tutela ver las sentencias T-001 de 1992 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-007 de 1992 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-106 de 1993 (MP Antonio Barrera Carbonell), SU 646 de 1999 (MP Antonio Barrera Carbonell), T-321 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-983 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-1157 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1222 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-408 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-432 de 2002 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-600 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-132 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-335 de 2007 (MP Nilson Elías Pinilla Pinilla), T-368 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-655 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa), T-451 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-597 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

21 Sobre la idoneidad de los mecanismos judiciales también se pueden consultar, entre otras, las sentencias T- 106 de 1993 (MP Antonio Barrera Carbonell), T-100 de 1994 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-384 de 1998 (MP Alfredo Beltrán Sierra), SU 961 de 1999 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-584 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-646 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-009 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos).

22 En cuanto a la amenaza o inminencia de un perjuicio irremediable como regla para fallar en casos particulares, se pueden consultar las sentencias T-225 de 1997 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-1670 de 2000 (MP Carlos Gaviria Díaz), SU 544 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett; SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis), T-827 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), SU 1070 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño; AV Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra), T-698 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), T-346 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-016 de 208 (MP Mauricio González Cuervo), T-1238 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-273 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-005 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), T-497 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-339 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo), entre otras.

23 Sentencias T-328 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-456 de 2004 (MP Jaime Araújo Rentería), y T-789 del 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

24 Artículo 16 “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”

25 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”.

26 Artículo 13. “Si el Oficial muere en servicio antes de haber gozado del sueldo de retiro, su esposa, y si ésta ya no vive, los hijos y en su defecto los padres, tendrán derecho a la devolución de las primas sin intereses, pagadas por el Oficial hasta el día de su muerte, y a la

mitad del monto total de que trata el artículo 6º. de esta Ley. Si el Oficial fuere soltero, con hermanas también solteras, éstas tendrán derecho a las primas. En defecto de éstas las primas ingresarán al fondo de retiro, con lo cual cesa toda obligación del Estado para cualquiera otro heredero”.

27 Artículo 35º. “SEGURO POR MUERTE En caso de muerte de un empleado público o trabajador oficial en servicio, sus beneficiarios, en el orden establecido en el artículo anterior, tienen derecho a que por la respectiva entidad de previsión se les pague una compensación equivalente a doce (12) meses del último sueldo devengado por el causante; si la muerte ocurriere por accidente de trabajo o enfermedad profesional, la compensación será de veinticuatro (24) meses del último sueldo devengado. Además, tendrán derecho los beneficiarios, al pago de la cesantía que le hubiere correspondido al causante.”

28 Artículo 20. “En caso de muerte, se pagará al cónyuge mientras permanezca en estado de viudez, a los hijos legítimos y naturales, a los padres, hermanos inválidos o hermanas solteras, un subsidio igual al 75% del último sueldo devengado, en la proporción que sigue y por un término máximo de 3 años: 1o. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos legítimos y naturales del fallecido, en concurrencia estos últimos dentro de las proporciones establecidas por la ley civil;

2o. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos naturales, la prestación corresponderá íntegramente a los hijos legítimos por partes iguales; 3o. Si no hubiere hijos legítimos ni naturales, todo el subsidio se pagará al cónyuge sobreviviente, mientras permanezca en estado de viudez; 4o. Si no hubiere hijos legítimos, la porción de éstos corresponderá por mitad a los hijos naturales en concurrencia con el cónyuge sobreviviente. 5o. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, ni hijos legítimos, el monto de la prestación se dividirá así: la mitad para los padres legítimos o naturales, y la otra mitad, en partes iguales para los hijos naturales; 6o. A falta de padres legítimos o naturales llevarán toda la prestación los hijos naturales en partes iguales. 7o. Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, el pago se hará, a los hermanos inválidos y a las hermanas solteras, siempre que unos y otras demuestren carecer de bienes suficientes para la congrua subsistencia. PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de este Decreto, se entiende por congrua subsistencia un modo de vida económica y social que guarde proporción con la dignidad y jerarquía del cargo del funcionario fallecido. PARÁGRAFO 2o. El

subsidio a que se refiere este artículo excluye la indemnización y reemplaza el seguro por muerte, pero los interesados podrán optar entre recibir el subsidio o la indemnización y el seguro por muerte, liquidados en la forma legal. PARÁGRAFO 3o. Si el fallecido fuere un pensionado retirado o no del servicio, sus beneficiarios podrán escoger entre el seguro establecido en este artículo o el subsidio previsto en el artículo 16 del presente Decreto.”

29 Artículo 7º. “ En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años.”

30 Artículo 1º. “El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.”

31 Artículo 97. <Decreto derogado por el artículo 151 del Decreto 1214 de 1990> “Pensión por muerte antes de cumplir la edad establecida para percibirla Al fallecimiento de un empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional en servicio activo o retirado, que hubiere servido veinte (20) años discontinuos al Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y otras entidades de derecho público, sin que hubiere cumplido cincuenta y cinco años, si es varón o cincuenta años si es mujer, su cónyuge e hijos menores, o mayores de edad inválidos absolutos que le dependieren económicamente, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión en forma vitalicia”.

32 Decreto 758 de 1990, por el cual se aprueba el Acuerdo 049 de 1990. Artículo 25.

33 Corte Constitucional, sentencia C-168 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz).

34 Dicho principio se ha reiterado en las Sentencias T-470 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-594 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio, T-668 de 2011 (MP Nilson Pinilla

Pinilla), T-298 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-595 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-1042 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla; AV Alexei Julio Estrada), T-1074 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-012 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-228 de 2014 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T- 730 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), entre muchas otras.

35 Corte Constitucional, T-290 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

36 “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”.

37 Corte Constitucional, sentencia T-730 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

39 Al respecto se puede revisar la sentencia con Radicación N° 38674 Acta N° 26 Bogotá D.C, 25 de julio de 2012 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia M.P: Carlos Ernesto Molina Monsalve y Luis Gabriel Miranda Buelvas, en la que se señaló: “(...)”Como atrás quedó explicado, para poder aplicar el principio de la condición más beneficiosa de acuerdo con el criterio jurisprudencial que se está fijando, es necesario que el afiliado cumpla con la densidad de semanas de la norma inmediatamente precedente en las hipótesis que se han señalado, para este caso en particular el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que es la disposición que fue modificada o remplazada por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, no siendo en consecuencia cualquier otra norma anterior. De ahí que, el hecho indiscutido de que el actor tenga más de 300 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994 cuando entró a regir la Ley 100 de República de Colombia Corte Suprema de Justicia EXP. 38674 29 1993, no tiene para este asunto en particular ninguna incidencia, en la medida que bajo el amparo de la llamada condición más beneficiosa, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez no son los contenidos en el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, sino los previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (...)”. También la Sentencia proferida el 9 de diciembre de 2008, con número de radicación 32642, la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia. “(...) En otras palabras, no es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable conforme a las reglas generales del derecho. Más

explícitamente, un asunto al que ha de aplicarse la Ley 797 de 2003, o la 860 del mismo año, si se considera más rigurosa ésta frente a la norma remplazada, es preciso establecer si se satisficieron los requisitos y condiciones de la derogada disposición para, en caso afirmativo, hacer valer la condición más beneficiosa. Lo que no puede el juez es desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la Ley 100 de 1993 que haya precedido –a su vez– a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle un[a] especie de efectos “plusultractivos”, que resquebraja el valor de la seguridad jurídica. He allí la razón por la cual la Corte se ha negado a aplicar la condición más beneficiosa en los procesos decididos por las sentencias del 3 de diciembre de 2007 (rad. 28876) y 20 de febrero de 2008 (rad. 3264)”

40 Corte Constitucional, sentencia SU-442 de 2016 (MP María Victoria Calle Correa). Reiterada entre otras, en la sentencia T-157 de 2017 (MP Alberto Rojas Ríos).

41 Corte Constitucional, sentencia T-584 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

42 Corte Constitucional, sentencia T-584 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) “(...) Por tanto, en el caso concreto, el ISS no podía exigir el cumplimiento de un requisito al que no estaba sometida la pensión solicitada por cuanto el causante cotizó, según el reporte de la Vicepresidencia de pensiones, desde el año 1978 hasta 1988 un número de 447.43 semanas, es decir, antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y no registró aportes posteriores. En este caso, los requisitos exigidos debieron examinarse a la luz de los artículos 6 y 25 del Acuerdo 49 de 1990, para efectos de obtener el derecho a la pensión de sobrevivientes, los cuales consisten en reunir 150 semanas de cotización realizadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo, condiciones éstas que cumplía el señor José Albeiro Parra Ospina, como se desprende del acervo probatorio obrante en el expediente, en especial de la Resolución 0961 del 2006 que niega el derecho solicitado. Por lo anterior, es menester concluir que la presente acción de tutela resulta procedente ante la afectación de los derechos fundamentales de la accionante, por un lado, para amparar un derecho de rango fundamental, en tanto que se trata de proteger el mínimo vital de una persona que resultó afectada con la muerte de su esposo; y por otro, porque los requerimientos actuales de la actora exigen una intervención inmediata del juez constitucional, pues el tiempo que gastaría en el trámite de un proceso ordinario constituye una carga desproporcionada, evidenciándose un perjuicio grave e inminente que requiere de una atención urgente,

teniendo en cuenta el estado en que se encuentra la accionante (...)".

43 Sentencia de la Corte Constitucional T-228 de 2014 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

44 Corte Constitucional, sentencia T-464 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

45 Corte Constitucional, sentencia T-909 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo).

46 Corte Constitucional, sentencia T-190 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

47 Corte Constitucional, sentencia T-137 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

48 Corte Constitucional, sentencia T-464 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

49 Requisitos verificados a la luz de la norma que se aplicará al caso (Acuerdo 049 de 1990), que señala que es beneficiario de la pensión de sobreviviente el hijo en condición de discapacidad, e incluso, de acuerdo con la norma vigente al momento del deceso del causante, esto es la Ley 100 de 1993, la cual indica que son beneficiarios de dicha prestación "los hijos en condición de discapacidad si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993".