

Sentencia T-645/08

JUEZ DE TUTELA-Deber de apreciar en concreto, en cuanto su eficacia, la idoneidad de los mecanismos para restablecer los derechos fundamentales quebrantados

DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTE DEL CONYUGE E HIJOS MENORES O IMPEDIDOS DEL TRABAJADOR FALLECIDO-Falta de mecanismo judicial idóneo

MINIMO VITAL-Se encuentra vulnerado frente a la inexistencia de una fuente de recursos que le permita al actor solventar sus necesidades básicas

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL QUE SE ENCUENTRAN EN UN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Situaciones en que la grave situación que afronta el sujeto perjudicado lo libera de responsabilidad por la conducta omisiva

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL QUE SE ENCUENTRAN EN UN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-No se puede reclamar de él la misma diligencia que se exige de las demás personas

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL QUE SE ENCUENTRAN EN UN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-No puede evaluarse con la misma rigurosidad el ejercicio oportuno de las acciones respectivas

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL QUE SE ENCUENTRA EN UN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-El juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna menos riguroso habida cuenta de las especiales circunstancias que rodean al demandante

DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTE-Condicion que le permiten al cónyuge supérstite y a los hijos menores y minusválidos acceder a la pensión de sobrevivientes

Referencia: expediente T-1.843.730

Acción de tutela instaurada por María Helena Huertas de Gómez contra el Seguro Social

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., primero (1°) de julio de dos mil ocho (2008).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito y la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el amparo constitucional invocado por la señora María Helena Huertas de Gómez contra el Seguro Social.

I. ANTECEDENTES

La señora María Helena Huertas de Gómez instaura acción de tutela, porque la administradora de pensiones del Seguro Social le negó a su esposo la pensión de vejez y se niega a reconocerle a ella y a una hija, con retraso mental severo, la pensión de sobreviviente y la indemnización sustitutiva de la prestación.

1. La demanda

La actora asegura que la administradora de pensiones del Seguro Social vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad y a la dignidad humana.

Manifiesta que cuenta con 74 años de edad y que, en vida de su cónyuge, ella y la hija de ambos de 39 años, quien padece retardo mental y epilepsia, dependieron económicamente del señor José Baldomero Gómez Castelblanco, quien cotizó a la seguridad social durante toda su actividad laboral.

Refiere que en compañía de su hija reside en una habitación, por la que paga un canon mensual de \$70.000, con el subsidio que recibe del Gobierno nacional; que suple sus necesidades básicas y las de Gloria con un mercado que les entrega la Alcaldía de Bogotá y con el apoyo de personas caritativas y que su salud está siendo atendida por el Sisben.

Afirma que padece del “corazón, gastritis, hipertensión y por prescripción médica tomo nueve medicamentos” y que recibe atención especializada en el Instituto Nacional de Cancerología, a causa de la histerectomía abdominal ampliada que le fuera practicada para erradicar un cáncer de endometrio en fase II, en el año 2001.

Sostiene que el Seguro Social le negó los reconocimientos de la pensión de sobreviviente y de la indemnización, solicitadas por la misma con ocasión de la muerte de su esposo, aduciendo que a éste le había sido negada la pensión de vejez y que los interesados no exigieron en tiempo el pago de la prestación sustitutiva.

En armonía con lo expuesto solicita disponer que le sean reconocidos la pensión de sobreviviente desde el día 17 de marzo de 2003, con los reajustes legales, las mesadas adicionales de junio y diciembre y los intereses moratorios sobre los valores dejados de recibir, como lo dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

2. Intervención pasiva

Mediante comunicación remitida el 5 de diciembre de 2007, por la Secretaria del Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Bogotá al Presidente de la accionada, la entidad fue notificada de la iniciación de la acción, pero no intervino en la actuación.

3. Pruebas

En el expediente obran, entre otros, los siguientes documentos:

-Fotocopia de la Resolución 008026 de 1996, proferida por la Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Seguro Social, para negar la prestación de vejez al asegurado José Baldomero Gómez Castelblanco, porque, “según el certificado de semanas y categorías, el asegurado ha cotizado un total de 615 semanas de las cuales 220 corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida”.

-Fotocopia del escrito de reposición presentado por el señor Gómez Castelblanco contra la Resolución 008026 de 1996, para poner al Seguro Social al tanto de las empresas a las cuales prestó servicios desde el año de 1950, demostrando así “ que he cotizado más de 1.000 semanas”.

-Fotocopia de la Resolución 017362, emitida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado de la accionada el 20 de octubre de 1997, para mantener la Resolución 08026 de 1996, al establecer que la decisión impugnada se ajusta a derecho.

Indica el documento:

“Que con el propósito de resolver el recurso de reposición se procedió a estudiar nuevamente el expediente encontrándose que las causales por las cuales se negó la prestación subsisten, toda vez que mediante certificado de semanas espedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral del ISS se establece que el afiliado cotizó 615 semanas de las cuales 220 corresponden a los 20 años anteriores al cumplimiento de al edad máxima exigida (60) años, igualmente queda establecido que los tiempos laborados por el afiliado entre el entre el periodo de 1950 al 31 de diciembre de 1966 no se pueden tener en cuenta para el conteo de semanas que dan derecho a la prestación ya que el Instituto de Seguros Sociales inició la cobertura para los riesgos de invalidez vejez y muerte a partir del 1° de enero de 1967, por lo que antes de dicha fecha no se cotizaba para estos riesgos”.

- Fotocopia de la Resolución 013384 emitida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Seguro Social el 27 de junio de 2001, en atención a la solicitud presentada por el señor José Baldomero Gómez Castelblanco el 13 de marzo de 2001, con el objeto de conceder al solicitante indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, al establecer que el mismo no tiene derecho a la prestación porque “ha cotizado un total de 587 semanas hasta el 31 de octubre de 1995”.

-Escrito contentivo del recurso de reposición y apelación subsidiaria, suscrito por el señor José Baldomero Gómez Castelblanco el 21 de septiembre del año 2001, en contra de la Resolución 013384 del mismo año, por la cual se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez.

Señala el documento:

“He pasado mi informe al seguro de las empresas donde laboré y al hacer las cuentas aproximadas tengo un total de 1.032 semanas en todo el tiempo cotizadas. A continuación vuelvo a relacionar las empresas en las cuales coticé.

(..)

Por lo tanto solicito a ustedes revisar de nuevo y tomar una nueva resolución pues ustedes entenderán que con UN MILLÓN NOVECIENTOS MIL (\$1.900.000.00) no vive nadie por el resto que me queda de vida máximo cuando tengo esposa y una hija minusválida por quien responder.”

-Fotocopia de Resolución 001006 expedida por la Gerente Seccional Cundinamarca y D.C. del Seguro Social el 30 de junio de 2006 i) para confirmar la Resolución 013384 del 27 de junio de 2001, mediante la cual se concedió al señor José Baldomero Gómez Castelblanco indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y ii) para negar a la señora María Helena Huertas de Gómez la pensión de sobreviviente y la indemnización sustitutiva de la misma.

Para el efecto, la entidad accionada expuso i) que el asegurado falleció el 17 de marzo del año 2002 y que el 23 de febrero del año 2004, “es decir después de más de un año de haber adquirido tal derecho”, la actora solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente o, en su defecto, de la indemnización sustitutiva, “en consecuencia dicha prestación prescribió” y ii) que “el asegurado no dejó causado el derecho para la pensión de sobrevivientes, pues no se encontraba cotizando al momento de su muerte y no cotizó al Sistema General de Pensiones durante su último año de vida”.

Refiere la entidad que el reporte de semanas cotizadas, permite observar “que el asegurado JOSÉ BALDOMER CASTELBLANCO efectuó cotizaciones válidas para los riesgos de IVM al ISS, desde el 1° de junio de 1967 al 30 de octubre de 1995, de forma que acredita una total de 587 semanas cotizadas durante toda su vida laboral de las cuales 220 semanas fueron cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad”.

Agrega la Resolución:

“Que conforme a lo anterior, el asegurado no cuenta con el número de semanas requerido para el reconocimiento de la pensión por vejez, de acuerdo a lo estipulado por el Decreto 758 de 1990 y como consecuencia le fue concedida la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la ley 100 de 1993 (..).

Que conforme a lo anterior disposición se liquidó la indemnización sustitutiva reclamada,

teniendo en cuenta 587 semanas y con los salarios con los cuales cotizó el asegurado durante toda su vida laboral, por lo que no es procedente modificar la decisión adoptada pues la misma se encuentra ajustada a derecho.

(..)

Que la peticionario (sic) adquirió el derecho a reclamar dicha indemnización a partir de la fecha en que falleció el asegurado JOSE BALDOMERO GÓMEZ CASTELBLANCO (17.03.2002), pero se presentó a reclamar hasta el 23 de febrero de 2004, es decir después de más de un año de haber adquirido el derecho, en consecuencia dicha prestación prescribió”.

De conformidad con la Resolución la actora demostró ante la entidad i) el fallecimiento del señor Gómez Castelblanco, ii) su condición de esposa del occiso y iii) la convivencia con el afiliado, durante 44 años, hasta su muerte.

-Fotocopia de documentos clínicos a nombre de Olga Gómez de 39 años, expedidos por la Liga Central de Lucha contra la Epilepsia, el Hospital La Victoria E.S.E. y el Hospital Centro Oriente II Nivel, a cuyo tenor la paciente presenta Epilepsia Criptogénica, Psicosis, Trastorno Esquisofrénico y Retardo Mental Severo.

4. Decisiones que se revisan

4.1 Sentencia de primera instancia

El Juez Veintitrés Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 18 de diciembre del año 2007, niega por improcedente la acción de tutela instaurada por la señora María Helena Huertas de Gómez contra el Seguro Social, porque la actora no recurrió la Resolución que le negó la pensión de sobreviviente y la indemnización sustitutiva “ni demostró que le hubiera sido imposible hacerlo por razones ajenas a su voluntad, lo cual indica que ni siquiera tiene la intención de acudir a la jurisdicción ordinaria, sino que pretende emplear el mecanismo de la tutela como medio principal y alternativo de protección, lo cual es contrario al carácter subsidiario que de la misma establece el artículo 86 de la Carta Superior”.

4.2 Impugnación

La actora interpone recurso de apelación, contra la providencia que le niega la protección

constitucional, poniendo de presente la situación de indefensión y vulnerabilidad en que se encuentra, la cual, además de impedirle costear los servicios de un profesional del derecho, indica que “seguramente la vida no me alcanzará para obtener un fallo de la justicia laboral, que por todos es conocido demorará muchos años en resolver en forma definitiva”.

Agrega que por estas razones “me di a la tarea de conseguir sentencias que tienen similar situación a la que afronta la suscrita con la esperanza de que el juez estudiara en forma detenida mi situación de indefensión y vulnerabilidad en que me encuentro (..)”.

Para finalizar insiste en su solicitud de amparo constitucional, en tanto acude a la Defensoría del Pueblo, “para que allí me designen un defensor, para que presente la demanda, la que por su trámite es demorado, allí se deben pedir citas, esperar que se haga un estudio económico al cabo de los cuales dirán si lo asignan”.

Agrega el escrito:

“En el ir y venir transcurre el tiempo, la vida se acorta y las múltiples enfermedades aceleran mi deterioro en la salud, todo esto hará ineficiente acudir a los jueces laborales, por cuanto, cuando se tenga un fallo definitivo será tardío y sólo pasará a hacer parte de la historia de sentencias que reconocen derechos pensionales a personas fallecidas.

Todo esto, es para pedir que con justicia se analice todo lo allegado a la acción de tutela, que se revoque la sentencia del señor Juez 23 Penal del Circuito de Bogotá y se proteja mi derecho”.

4.3 Sentencia de Segunda Instancia

La Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia del 15 de febrero del año 2008, confirma la decisión, porque “el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes es una pretensión cuyo ámbito propio de competencia le corresponde definir, en este caso a la justicia laboral (..)”.

Respecto de la solicitud elevada por la actora, para que se le conceda el amparo dada su situación de indefensión y vulnerabilidad, el ad quem considera que los elementos para proceder en consecuencia con la solicitud no se cumplen, toda vez que “la accionante no demostró que el sueldo que percibía el señor JOSÉ BALDOMERO GOMES CASTELBLANCO

constituía parte de su sustento económico o de su grupo familiar, menos que con ocasión de su muerte haya quedado desprotegido (sic) y expuesto (sic) a un perjuicio irremediable del que se deriva la afectación de su mínimo vital”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las anteriores decisiones, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y por selección de la Sala Número Tres, mediante providencia del 28 de marzo del año en curso.

2. Problema jurídico planteado

La señora María Helena Huertas de Gómez invoca el restablecimiento de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la igualdad, a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital, porque el Seguro Social le negó la pensión de sobrevivientes y declaró prescrito su derecho a acceder a la indemnización sustitutiva de la prestación.

Sostiene que debido a su avanzada edad, a que tiene que responder por una hija con retardo mental severo, al grave estado de salud e indefensión y vulnerabilidad en que se encuentra y en consideración a que conoce de personas que en casos similares al suyo lograron el restablecimiento de su derecho a la pensión de sobreviviente mediante la intervención del juez de amparo, optó por instaurar la acción que se revisa, sin perjuicio de acudir ante la justicia del trabajo, si fuere del caso y si obtiene de la Defensoría del Pueblo la designación de un abogado que la asista en su reclamación.

De manera que esta Sala habrá de pronunciarse, previamente, sobre la procedencia de la acción de tutela y resolver de fondo la controversia planteada, porque está claro que las señoras María Helena Huertas de Gómez y su hija Gloria afrontan condiciones extremas de pobreza, indefensión y vulnerabilidad, al punto que debieron ser incluidas en los programas que el Estado adelanta en esta ciudad, para mitigar estados evidentes de indigencia.

3. Consideraciones preliminares

3.1 Procedencia de la acción

3.1.1 Dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela y en consideración a las previsiones del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, la jurisprudencia constitucional tiene definido que corresponde a las jurisdicciones ordinaria o de lo contencioso administrativo, según el caso y no al juez de amparo, resolver los litigios que se suscitan entre los afiliados al Sistema de Seguridad Social o sus causahabientes, con las entidades administradoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación y de los actos jurídicos que se controviertan.

No obstante, se ha señalado el deber de los jueces de tutela de apreciar en concreto, en cuanto su eficacia, la idoneidad de los mecanismos a que se hace mención para restablecer los derechos fundamentales quebrantados, atendiendo a las circunstancias que afronta el solicitante -artículo 6° Decreto 2591 de 1991-.

De manera que así, en principio, la acción de tutela no pueda ser utilizada para la defensa de derechos e intereses que cuentan con un medio judicial idóneo de restablecimiento, como tampoco para solventar la incuria de quien asistió sin hesitación a la expiración de los términos y de las oportunidades que le habrían permitido acceder a la protección que reclama, en muchas ocasiones la grave situación que afronta el sujeto perjudicado “lo libera plenamente de responsabilidad por la conducta omisiva y hace necesario que, con miras a la prevalencia del Derecho sustancial, se atempere la rigidez de la exigencia expuesta y se otorgue la posibilidad del amparo judicial extraordinario¹”.

A partir de lo expuesto, la jurisprudencia constitucional considera irrelevante la existencia de las acciones ordinaria laboral y de nulidad y restablecimiento, dada su dilación, alto costo y complejidad, para promover la asistencia, rehabilitación e integración social, a favor de los grupos discriminados y marginados de la sociedad, como lo disponen los artículos 13, 46 y 47 constitucionales.

Señala la Corte:

“(..) la valoración de estas circunstancias se debe efectuar teniendo en cuenta las condiciones particulares del afectado. En ese sentido, el hecho de que se trate de un sujeto de especial protección constitucional que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta,

necesariamente implica que no se pueda reclamar de él la misma diligencia que se exige de las demás personas, por lo que no podría evaluarse con la misma rigurosidad el ejercicio oportuno de las acciones respectivas.

Bajo tal consideración y teniendo en cuenta (..) que en el caso sub judice se encuentra probado que el demandante tiene setenta y siete (77) años de edad y que ha visto deteriorado su estado de salud como consecuencia de su avanzada edad. Esta circunstancia lleva a concluir que, debido a que el actor es una persona de la tercera edad y que, en consecuencia, se trata de un sujeto de especial protección constitucional, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna menos riguroso habida cuenta de las especiales circunstancias que rodean al demandante.

Adicionalmente, es evidente que en este caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dada la dilación de los procesos y en razón de la avanzada edad del actor, no constituía un mecanismo idóneo y oportuno para dar solución al debate jurídico en torno a la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

En efecto, aun cuando el demandante hubiera acudido a la acción contencioso administrativa para debatir las pretensiones formuladas mediante el mecanismo de protección constitucional, tal mecanismo judicial no resultaría idóneo, por cuanto, de un lado, la realidad procesal indica que la solución de la controversia puede superar la expectativa de vida del actor y, del otro, el mínimo vital del demandante se encuentra efectivamente vulnerado frente a la inexistencia de una fuente de recursos que le permita solventar sus necesidades básicas. En este sentido, y bajo las particulares circunstancias del presente asunto, el hecho de que el accionante no hubiera ejercido el mecanismo de defensa judicial ordinario con el que contaba, se torna irrelevante².

3.1.2 De manera que establecido -como se encuentra- que el señor José Baldomero Gómez Castelblanco aportó a la seguridad social en pensiones las semanas requeridas para la protección de su grupo familiar, la actora, de 74 años de edad, con serias complicaciones en su salud y quien en compañía de una hija minusválida hace parte de la población que recibe atención, dada su situación de indigencia, podía optar -como efectivamente ocurrió- por reclamar ante el juez de tutela el restablecimiento de sus derechos fundamentales.

Corresponde en consecuencia a esta Sala analizar las condiciones que le permiten al

cónyuge supérstite y a los hijos menores y minusválidos acceder a la pensión de sobrevivientes, con el objeto de determinar si es dable disponer que el Seguro Social les reconozca a la señora Huertas de Gómez y a su hija Gloria la prestación y comience a pagarla, inmediatamente.

3.2 Derecho a la pensión de sobreviviente del cónyuge e hijos menores o impedidos del trabajador fallecido

3.2.1 El artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso el pago de la pensión de jubilación al cónyuge y a los hijos menores de 18 años o incapacitados del jubilado fallecido, durante 5 años, siempre que el causante hubiere adquirido el derecho, disfrute del mismo en el momento de su muerte y sus beneficiarios no puedan atender su congrua subsistencia.

Los artículos 12 de la Ley 171 de 1961 y 1° de la Ley 5ª de 1969 introdujeron importantes modificaciones a la transmisión de pensiones, entre ellas el derecho al beneficio pensional, cuando el deceso del trabajador hubiere ocurrido antes de su reconocimiento, pero habiéndose alcanzado los requisitos para acceder a la prestación.

La Ley 33 de 1973 le concedió al cónyuge el derecho vitalicio a la prestación, sin perjuicio de los intereses de los hijos menores e incapacitados y sin tener en cuenta las condiciones económicas de los beneficiarios.

La Ley 12 de 1975 avanzó en la protección del grupo familiar del trabajador fallecido, al reconocerle a la compañera permanente el derecho a la sustitución pensional y disponer el acceso del grupo familiar al beneficio así el trabajador no hubiere cumplido el requisito de la edad, aunque alcanzado el requisito temporal previsto para el reconocimiento de pensiones de jubilación o vejez, en la ley o en las convenciones colectivas de trabajo.

3.2.2 Las previsiones legales relacionadas con la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por parte del Instituto de Seguros Sociales, comenzaron a ejecutarse una vez aprobados los requisitos iniciales, excepcionales y transitorios establecidos en los Reglamentos de la entidad, para acceder a las distintas prestaciones.

En lo que tiene que ver con los requisitos para exigir la pensión de sobrevivientes, por muerte del asegurado de origen no profesional, el Acuerdo 049 de 1990, expedido por el

Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establece el derecho a favor del cónyuge o compañero y de los hijos menores o impedidos i) cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado alcanzó el número y densidad de cotizaciones exigidas para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y ii) siempre que el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez³.

Dispone el artículo 6° del Reglamento al que se hace referencia, respecto de las cotizaciones que dan derecho a la prestación:

“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”.

3.2.3 Con menores exigencias que las previstas en las normas anteriores, la Ley 100 de 1993 reconoce la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite y a los hijos menores, estudiantes e impedidos del asegurado fallecido, mientras permanezcan estudiando o en estado de invalidez respectivamente.

Señalan los artículos 46 y 48 de la normatividad que se trae a colación, respecto de los requisitos para obtener la pensión conforme a sus dictados y del derecho del grupo familiar a optar por la prestación conforme el régimen de pensiones del ISS, anterior a su vigencia:

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

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste 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, y
 - b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo

menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.

ARTICULO 48.- Monto de la pensión de sobrevivientes. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba.

El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto”.

Habría que entender, en consecuencia, que la cónyuge y los hijos de quien cotizó bajo las previsiones del Acuerdo 049 de 1990 y alcanzó el número de semanas exigidas en él, pueden exigir la pensión de sobrevivientes, al igual que los grupos familiares i) de aquel a quien le sobreviene la muerte vinculado al Sistema y luego de cotizar por lo menos veintiséis semanas y ii) del asegurado que efectuó cotizaciones durante no menos de veintiséis semanas, en el año inmediatamente anterior a su deceso.

Señala al respecto la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia:

“En el cargo no se discuten los siguientes supuestos fácticos: que (..) falleció el 17 de diciembre de 1994 y que para ese instante había cotizado más de 525 semanas, pero ninguna durante el último año anterior a su muerte. Sentado lo anterior, acota la Sala que la

decisión del Tribunal en manera alguna fue equivocada, pues realmente las normas que gobiernan el asunto y que la dan derecho a las demandantes para acceder a la pensión de sobrevivientes, son los artículos 6o y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y no los que reclama la censura, artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, ya que, pese a que la muerte ocurrió en vigencia de esta normatividad, pero el fallecido haber cotizado más de 300 semanas en cualquier época, surge indispensable aplicar, para resolver el asunto, el principio de la condición más beneficiosa previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.

Este tema, como lo advirtiera también el sentenciador de segundo grado, ha sido objeto de estudio y decisión por esta Sala de la Corte. En sentencia No.18845 del 26 de noviembre de 2002 se dijo lo siguiente:

“Ahora bien, de la providencia recurrida, que prohió la del primer grado, salta a la vista que el Tribunal para nada tuvo en cuenta las normativas que regían antes de la expedición de la ley 100 de 1993, pues tan sólo le bastó para examinar la situación del demandante, si se cumplían con los presupuestos fácticos a que alude el artículo 46 de la ya citada ley, esto es, si a la fecha del fallecimiento (..), ésta contaba con un mínimo de 26 semanas de cotización. Lo que explicó así: “(...) ya es jurisprudencia reiterada que la transición no cobijó las pensiones de sobrevivientes, y por lo mismo, no puede aplicarse el régimen anterior a la ley 100 de 1993, si la causante falleció en vigencia de ésta, en 1998”. “En el contexto anterior, el Tribunal no se detuvo a examinar si teniendo en cuenta las cotizaciones pagadas con antelación a la multicitada ley 100 de 1993, al aquí demandante le asistía el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes que se reclama, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pues como insistentemente lo ha precisado la Sala en contiendas de similares, fundamentos de hecho y de derecho a la que ahora ocupa su atención, el crédito social reclamado no se puede negar a los derechohabientes de un afiliado bajo el único pretexto de no cumplir con la densidad mínima de cotizaciones (26 semanas) en el año inmediatamente anterior al deceso, si durante la vinculación con la seguridad social satisfizo las exigencias del artículo 6º del acuerdo 049 de 1990. “Precisamente, el criterio que antecede se ha fundamentado de tiempo atrás por la Corte, no sólo en lo que al efecto prevé el inciso cuarto del artículo 48 de la ley 100 de 1993, en cuanto garantiza el derecho de optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del I.S.S, que regía con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley, sino, además, en

los principios rectores de la seguridad social, el artículo 53 de la Constitución Política y el postulado de la condición más beneficiosa.”

4. Caso concreto

Mediante Resolución 001006 de 2006, el Gerente Seccional Cundinamarca del Seguro Social confirmó la Resolución 013384 del 27 de junio de 2001, declaró la prescripción del derecho de los herederos del señor José Baldomero Gómez Castelblanco a la indemnización sustitutiva reconocida en la misma Resolución y se pronunció sobre el derecho de la actora a la pensión de sobrevivientes.

Expuso la entidad accionada que la señora Huertas de Gómez no exigió, durante el año siguiente al fallecimiento de su esposo, el pago de la indemnización sustitutiva que el mismo rechazara y que el asegurado no cotizaba a la seguridad social, cuando sobrevino su deceso, aunque acredita 587 semanas ininterrumpidas, por cuenta de diferentes empleadores, entre el 1° de junio de 1967 y el 30 de octubre de 1995.

No resulta fácil entender, en consecuencia, porqué la entidad accionada resolvió privar de la pensión de sobreviviente a la cónyuge y pasar por alto la grave limitación mental que afecta a la hija del afiliado, argumentando que éste no cotizó las 26 semanas exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, particularmente al observar que la misma entidad advierte el cumplimiento de los requisitos que hacen imperativo el reconocimiento de la prestación, al tenor de los artículos 11, 13, 48 y 288 de la normatividad que la accionada afirmar aplicar.

Efectivamente, a la luz de las disposiciones que se traen a colación, las cuales consultan los artículos 13, 48 y 53 constitucionales, el Sistema General de Pensiones permite a sus asegurados y beneficiarios i) invocar la aplicación de las disposiciones sobre la misma materia que los favorecen ii) exigir que sus previsiones se entiendan en el sentido de hacer efectivas las garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a normativas anteriores y iii) sumar los tiempos y las cotizaciones realizadas, cualquiera fuere la caja, el fondo o la entidad del sector público o privado beneficiaria del servicio u obligada al aporte.

De manera que la protección será concedida, porque la esposa del señor José Baldomero Gómez y su hija minusválida no pueden ser privadas de la pensión de sobrevivientes

argumentando que el afiliado no cotizó 26 semanas, cuando en realidad aportó 612 o 587 -según los pronunciamientos iniciales y posteriores de la accionada- dando cumplimiento a la exigencia de cotizar 300 semanas o más, en cualquier tiempo -artículos 6 y 25, Acuerdo 049 de 1990-, porque el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 permite a los familiares del asegurado fallecido “optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto”.

5. Conclusiones. Las Sentencias de instancia serán revocadas

5.1 El Juzgado Veintitrés Penal del Circuito y la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá niegan la protección por improcedente, al considerar que la señora Huertas de Gómez debe promover una acción ordinaria para el restablecimiento de sus derechos fundamentales y no demuestra un perjuicio que amerite la intervención del juez de tutela.

No obstante el estado de indefensión y vulnerabilidad que afronta la actora no admite duda, en cuanto la señora Huertas de Gómez, de 74 años, padece serios quebrantos de salud, responde por una hija afectada con retraso mental severo y epilepsia, al punto que, luego de la muerte de su esposo, debió ser incluida en los programas estatales que auxilian a las personas de la tercera edad y minusvalía en estado de indigencia.

De donde se colige que las decisiones de instancia habrán de revocarse para, en su lugar, conceder la protección, pues el señor Gómez Castelblanco cotizó en exceso para que su esposa e hija pudiesen acceder a la pensión de sobreviviente, en cuanto sus aportes al Sistema sobrepasan las 300 semanas, a que se refieren los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, según dan cuenta las Resoluciones emitidas por la accionada.

Siendo así el Seguro Social se pronunciará en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, en el sentido de reconocer a la señora María Helena Huertas de Gómez y a su hija Gloria la pensión de sobrevivientes, desde el fallecimiento del asegurado José Baldomero Gómez Castelblanco, como lo dispone el artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

Diligencias judiciales que el ICBF promoverá en los cuatro meses siguientes, contados a partir del recibo de la comunicación que así lo indique y que, en tanto se adelanten, no serán óbice

para que las beneficiarias de la prestación reciban asistencia en salud y para que la señora Huertas de Gómez sea incluida en nómina y reciba, además de su porcentaje, la porción que le corresponde a su hija, dado el retraso mental severo que la aqueja.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR, las Sentencias proferidas por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito y por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, el 18 de diciembre de 2007 y el 15 de febrero del presente año, dentro de la acción de tutela instaurada por María Helena Huertas de Gómez contra el Seguro Social, para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales de la actora y de su hija Gloria a la dignidad humana a la igualdad y a la seguridad social.

En consecuencia, ORDENAR al Seguro Social que, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, se pronuncie sobre el derecho de las señoras Maria Helena Huertas de Gómez y Gloria Gómez Huertas a la pensión de sobrevivientes, de conformidad con las previsiones del Acuerdo 049 de 1999, dadas sus calidades de cónyuge supérstite e hija discapacitada del señor José Baldomero Gómez Castelblanco y disponga, en consecuencia i) la inclusión de la actora en su nómina de pensionados y de las beneficiarias a la entidad administradora del régimen contributivo que corresponda y ii) la valoración médica de la señora Gómez de Huertas, con miras a cumplir con el requisito de calificar su estado de invalidez y de conseguir la designación de guardador provisional.

Sin que lo último pueda ser óbice para el reconocimiento de la prestación e inclusión en nómina de la actora como tampoco para que esta reciba el 100% de la prestación, condicionado a la iniciación del proceso de Interdicción por Demencia y su debida atención e impulso, dentro de los términos establecidos, en los cuatro meses siguientes a la notificación de esta decisión.

Segundo.- Poner al tanto a la regional Bogotá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sobre esta decisión, para que brinden a la señora Maria Helena Huertas de Gómez y su hija

Gloria la asistencia y apoyo que demandan, particularmente en lo relacionado con la designación del defensor de familia que habrá de promover, atender e impulsar, dentro del término establecido, el proceso de Interdicción al que se hace mención. Ofíciense y remítase copia de esta providencia.

Tercero. Líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

2 Sentencia T-1088 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

3 Al respecto se pueden consultar los Decretos 3041 de 1966 y 2879 de 1985.