

Sentencia T-002/15

(Bogotá, D.C., Enero 15)

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y SUSTITUCION PENSIONAL-Reiteración de jurisprudencia

SUSTITUCION PENSIONAL Y PENSION DE SOBREVIVIENTES-Naturaleza, finalidad y principios constitucionales

La jurisprudencia ha recogido tres principios que establecen el contenido constitucional de la sustitución pensional como prestación asistencial: (1) el principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, lo cual se relaciona con asegurar a las personas más cercanas al causante y a quienes dependían de él, “al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”; (2) el principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados quienes no pueden cargar aisladamente las cargas materiales y espirituales que suponen la muerte de su familiar; (3) el principio material para la definición del beneficiario que se refiere a la convivencia efectiva del causante con quien sobrevive al momento de la muerte lo cual sirve para determinar quién es el beneficiario.

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Requisitos que debe acreditar cónyuge o compañera(o) permanente del causante, ser mayor de 30 años de edad y demostrar la vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Controversia entre cónyuge y compañera(o) permanente que alegan convivencia simultánea hasta la muerte del causante

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Reglas para reconocimiento entre el cónyuge supérstite y compañera(o) permanente del causante cuando alegan convivencia simultánea con el causante

Se pueden identificar dos reglas generales aplicables a todos los casos de simultaneidad de reclamaciones en materia de pensiones de sobrevivientes, y unas reglas particulares dependiendo de cada situación. Las reglas generales son: (1) la aplicación del criterio material para establecer al beneficiario, que será quien haya convivido efectivamente con el causante hasta su muerte; (2) la obligación de suspender el pago de la pensión cuando exista controversia en la reclamación hasta tanto la jurisdicción ordinaria no resuelva el asunto. De otro lado, las situaciones que se pueden presentar son: (1) Convivencia simultánea del causante con su cónyuge y una -o más- compañeras permanentes, caso en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido; (2) Convivencia simultánea del fallecido con dos o más compañeras permanentes que se asimila a la situación anterior, por lo que la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el causante; (3) Convivencia únicamente con compañero (a) permanente pero vínculo conyugal vigente evento en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido siempre que el cónyuge haya vivido durante cinco años o más con el causante en cualquier tiempo.

PENSION DE SOBREVIVIENTES Y DERECHO AL MINIMO VITAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Orden reconocer de manera transitoria, sustitución pensional a esposa, quien acreditó requisitos de convivencia hasta que justicia ordinaria resuelva de fondo sobre controversia entre esposa y compañera permanente

Referencia: Expedientes T- 4.508.913

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Uno de Decisión Laboral, del 28 de abril de 2014, que confirmó la providencia del 7 de marzo de 2014 del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, del 7 de marzo de 2014.

Accionante: Delia Fabregas de Serrano.

Accionados: Colpensiones y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda de tutela.

1.1. Elementos y pretensión¹.

1.1.1. Derechos fundamentales invocados. Seguridad social -art. 48 C.P, vida -art. 11 C.P.-e igualdad -art. 13 C.P.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración. El no pago de la sustitución pensional por parte de la entidad accionada en calidad de cónyuge del causante.

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. La ciudadana Delia Fabregas de Serrano informó que nació el 11 de noviembre de 1937, es decir que actualmente tiene 77 años de edad y que su estado de salud es precario.

1.2.2. El 7 de enero de 1954 la actora contrajo matrimonio con el señor Eduardo Rafael Serrano Torne, con quien convivió hasta el 11 de marzo de 2013 fecha en la que él falleció.

1.2.3. La tutelante informó que su esposo era pensionado de Colpensiones y del Sena, debido a esto y que convivió con el causante, Colpensiones mediante Resolución GNR 112439 del 28 de mayo de 2013, le reconoció el pago del auxilio funerario².

1.2.4. Posteriormente, a través de la Resolución GNR 199054 del 2 de agosto de 2013, Colpensiones negó el reconocimiento de la sustitución pensional a la accionante, aduciendo que la señora Delia Fabregas de Serrano en calidad de cónyuge, así como la señora Martha Morón Padilla en calidad de compañera permanente, aseguraron haber convivido de forma permanente e ininterrumpida durante los 5 años anteriores al deceso del señor Eduardo Rafael Serrano Torne, en consecuencia, le corresponde a la jurisdicción ordinaria resolver la controversia surgida entre las posibles beneficiarias de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 758 de 1990.

1.2.5. La accionante aseguró que ha vivido de la caridad pública, de eventuales trabajos domésticos y de la escasa ayuda que le da su hijo, quien responde por su esposa, sus 2 hijas menores y su sustento lo genera a partir de lo que gana como vendedor ambulante.

1.2.6. Finalmente, manifestó que a través del SENA estuvo recibiendo atención en salud.

2. Respuesta de las entidades accionadas.

Mediante Oficio No. 276-14 del 25 de febrero de 2014, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla le corrió traslado a la Administradora de Pensiones Colpensiones, al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y a la señora Martha Morón Padilla para que ejerzan su derecho de defensa, se pronuncien sobre los hechos de la tutela y aporten las pruebas que consideren pertinentes.

2.1. Servicio Nacional de Aprendizaje SENA⁴.

La ciudadana Edna Mariana Linares de Patiño, en su condición de Coordinadora del Grupo de Pensiones del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, informó que la señora Martha Morón Padilla en calidad de compañera permanente solicitó el 1 de abril de 2013 el reconocimiento de la sustitución pensional del señor Eduardo Rafael Serrano Torne, a su vez, la misma solicitud fue presentada el 2 de abril del mismo año por la señora Delia Fábregas de Serrano en calidad de cónyuge supérstite del causante.

Así mismo, aseguró que según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 20035, ambas solicitantes -la cónyuge supérstite y la compañera permanente- pueden ser reconocidas como beneficiarias de la sustitución pensional, sin embargo, el artículo 6 de la Ley 1204 de 20086 estableció que cuando exista controversia entre las personas que solicitan la sustitución pensional y por lo tanto no se tenga certeza sobre el beneficiario del derecho, le corresponde al juez resolver dicha situación.

Adicionalmente, aseveró que de las pruebas allegadas al proceso se concluyó que existían dudas entre las declaraciones presentadas por las solicitantes respecto de la convivencia real, efectiva, ininterrumpida y permanente hasta el día de la muerte del señor Eduardo Rafael Serrano razón por la cual se suspendió el reconocimiento hasta que la justicia ordinaria se pronuncie.

De otra parte, aseguró que la accionante cuenta con la vía administrativa para atacar la resolución objeto de reproche, lo que implica por la acción de tutela se torna improcedente.

2.2. La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y la señora Martha Morón Padilla guardaron silencio.

3. Sentencias objeto de revisión.

3.1. Sentencia del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, del 7 de marzo de 20147.

El juez constitucional declaró improcedente la acción de tutela al considerar que lo que

persigue la actora con la interposición de este mecanismo constitucional, es el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, sin embargo, antes es necesario que se le reconozca la calidad de beneficiaria y el porcentaje al que tiene derecho, pero no es al juez de tutela a quien le corresponde dilucidar este tipo de controversias.

El juez reconoce que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio cuando de las circunstancias específicas del caso se desprenda la ocurrencia de un perjuicio irremediable, a pesar de existir otros medios de defensa judicial.

En el caso concreto, aseguró que no se demostraron circunstancias que permitan confirmar la existencia de un grave compromiso de los derechos fundamentales de la accionante que amerite la intervención del juez constitucional, y aun cuando existiera la posibilidad de ordenar el reconocimiento de la sustitución pensional, el despacho no puede obviar el hecho que las entidades accionadas hayan suspendido el reconocimiento hasta que la justicia ordinaria resuelva el conflicto suscitado entre la cónyuge y la compañera permanente del causante, pues es en el marco del proceso ordinario en el que se debe dar el debate probatorio y es a dicho operador judicial a quien le corresponde determinar la controversia.

En suma, la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para resolver el problema que es planteado a través de la acción de tutela y por lo tanto la acción de tutela resulta improcedente.

3.2. Impugnación⁸.

La señora Sandra Patricia Altamiranda Ariza quien actúa como apoderada de Delia Fabregas de Serrano impugnó el fallo de instancia asegurando que lo pretendido con la interposición

de la acción de tutela es el amparo provisional de los derechos fundamentales de la accionante en razón a su edad, a su condición de salud y al estado de desprotección en el que se encuentra. A su vez, sostuvo que no se pretende desplazar al juez ordinario laboral.

1.4.3. Sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Uno de Decisión Laboral, del 28 de abril de 20149.

Confirmó la sentencia de primera instancia reiterando los argumentos expuestos por el ad-quo.

II. FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-10.

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Los derechos fundamentales que considera la accionante fueron transgredidos con la actuación de la accionada son seguridad social -art. 48 C.P, vida -art. 11 C.P.-e igualdad -art. 13 C.P.-.

2.2. Legitimación activa. La acción de tutela fue interpuesta por la señora Sandra Patricia Altamiranda Ariza como apoderado de la ciudadana Delia Fabregas de Serrano¹¹. Lo anterior encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86¹² de la Carta, 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, a su vez, el Decreto 2591 en el artículo 10 reitera lo anterior y establece que los poderes se presumirán auténticos.

2.3. Legitimación pasiva. La administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, es una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Trabajo, y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA es una entidad pública, lo que implica que ambas entidades son demandables por vía de acción de tutela¹³.

2.4. Inmediatez. La acción de tutela fue interpuesta el 21 de febrero de 2014¹⁴, y la señora Delia Fabregas de Serrano se notificó el 16 de septiembre de 2013 de la Resolución GNR 199054 del 2 de agosto de 2013, mediante la cual le negaron la sustitución pensional. Es decir, que transcurrieron seis meses desde que se enteró de la decisión de Colpensiones hasta cuando presentó la acción de tutela, lo que para la Sala es un tiempo razonable.

2.5. Subsidiariedad. El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para reclamar la protección de los derechos fundamentales cuando estos se encuentren amenazados o violados por la omisión o acción de las autoridades públicas o de los particulares. Sin embargo, ésta sólo resulta procedente cuando no existen o se han agotado todos los mecanismos judiciales y administrativos que resultan efectivos para la protección de los derechos fundamentales, a no ser que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio¹⁵. Esto tiene como finalidad impedir que este mecanismo, que es excepcional, se convierta en principal.

Al respecto señalo la sentencia SU-458 de 2010:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”.

2.5.1. La subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través de la tutela, salvo que de no invocarse se presente la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual se deberá demostrar que es inminente y grave¹⁶.

Sin embargo, este requisito se flexibiliza y la tutela se hace procedente cuando (i) el beneficiario de la sustitución pensional es un sujeto de especial protección constitucional; (ii) pese a existir mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos invocados, y estos no resultan ser idóneos para proteger los derechos fundamentales invocados; y (iii) si el reconocimiento de la pensión no se hace efectivo resulta evidente la configuración de un perjuicio irremediable¹⁷.

2.5.3. De otra parte, en el presente caso se observa que la señora Delia Fabregas de Serrano le solicitó a las entidades accionadas la sustitución pensional de su esposo, sin embargo,

Colpensiones negó lo pedido a través de la Resolución No. GNR 199054 del 2 de agosto de 2013¹⁸ con el argumento que hay otra persona que está solicitando el mismo derecho en calidad de compañera permanente.

La Sala observa que la señora Delia Fabregas de Serrano es una persona de la tercera edad al tener 77 años¹⁹, es decir, que es un sujeto de especial protección constitucional. Si bien la actora cuenta con mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos invocados, la tutela fue interpuesta como mecanismo transitorio con la finalidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual se podría materializar debido a su avanzada edad, a que actualmente no cuenta con servicio de salud y a que está atravesando por una difícil situación económica. Todo lo anterior permite declarar la procedencia de la acción de tutela.

3. Problema jurídico constitucional.

Le corresponde a la Sala determinar si ¿la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, vulneró el derecho a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante, al negarle la sustitución pensional de sobrevivientes con el argumento que hay otra persona que está solicitando el mismo derecho en calidad de compañera permanente?

4. Derecho a la seguridad social y a la sustitución pensional.

La Carta Política, en el artículo 48 dispone que el derecho a la seguridad social es irrenunciable y que se le garantizara a todos los colombianos. Este derecho, a su vez, se encuentra consagrado en diferentes instrumentos internacionales como en la Declaración Americana de los Derechos de la Persona²⁰ y en el Protocolo Adicional a la Convención

Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹, en los cuales se observa que la finalidad de este derecho es amparar a las personas contra las consecuencias normales de la vejez y ante la imposibilidad física o mental para proveerse su propio sustento que les asegure una vida en condiciones dignas.

Por su parte, la Corte en la sentencia T-190 de 1993 definió el derecho a la sustitución pensional como aquel que “permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho. Los beneficiarios de la sustitución de las pensiones de jubilación, invalidez y de vejez, una vez haya fallecido el trabajador pensionado o con derecho a la pensión, son el cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, los hijos menores o inválidos y los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado (...).” Esta definición continua vigente.

Respecto a la finalidad de este derecho, la Corte ha indicado que éste pretende proteger a las personas que dependían económicamente de quien era el titular de la pensión, evitando que por el hecho del fallecimiento del causante, sus familiares más cercanos queden desamparados y se acreciente la condición de viudez u orfandad²². A su vez, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que el derecho a la sustitución pensional es fundamental para los beneficiarios, pese a estar catalogado como derecho económico social y cultural irrenunciable²³.

La jurisprudencia ha recogido tres principios que establecen el contenido constitucional de la sustitución pensional como prestación asistencial²⁴: (1) el principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, lo cual se relaciona con asegurar a las personas más cercanas al causante y a quienes dependían de él, “al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a

la miseria”²⁵; (2) el principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados quienes no pueden cargar aisladamente las cargas materiales y espirituales que suponen la muerte de su familiar; (3) el principio material para la definición del beneficiario que se refiere a la convivencia efectiva del causante con quien sobrevive al momento de la muerte lo cual sirve para determinar quién es el beneficiario.

5. Los requisitos para acceder a la sustitución pensional y los beneficiarios de este derecho.

La sustitución pensional tiene una estrecha relación con el derecho al mínimo vital y a la vida digna, debido a que esta prestación otorga a los beneficiarios la satisfacción de sus necesidades básicas, las cuales eran suplidas por el pensionado o el afiliado. Estas condiciones le otorga a la sustitución pensional el carácter de derecho fundamental y la convierte en una garantía irrenunciable, imprescriptible, indiscutible y cierta, es decir, que sólo existe la prescripción de las mesadas pensionales y no de la prestación en sí misma considerada.

La Ley 100 de 1993 que creó y estructuró el sistema de seguridad social, fue expedida con la finalidad de desarrollar el mandato constitucional contenido en el artículo 48 de la Carta Política. De este sistema hace parte la sustitución pensional la cual fue regulada en el artículo 100 de la mencionada ley y posteriormente modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual estableció los requisitos para acceder a la sustitución pensional, que son:

“1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente

anteriores al fallecimiento.

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 sustitución pensional, 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 vejez²⁶.

A su vez, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual señala los beneficiarios de la sustitución pensional indicando a las siguientes personas:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el

beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”;

Así las cosas, será beneficiaria de la sustitución pensional la cónyuge o compañera permanente del causante (afiliado o pensionado), que sea mayor de 30 años de edad y que demuestre la vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte. Acreditados estos requisitos la pensión será otorgada en forma vitalicia.

6. Reconocimiento de la sustitución pensional entre el cónyuge supérstite y compañero(a) permanente del causante.

6.1. Para los casos de simultaneidad de la convivencia entre cónyuge y compañero(a)

permanente, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, estableció una serie de reglas para la asignación de la pensión de sobreviviente que posteriormente fueron interpretadas por la jurisprudencia.

Así, en la Sentencia C-1035 de 2008, se declaró exequible la expresión “En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo” contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido de que además de la esposa o esposo, también serían beneficiarios de la pensión de sobreviviente la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos(as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En dicha providencia la Corte consideró que establecer privilegios en razón del vínculo familiar para efectos de conceder la pensión de sobreviviente no respondía a un fin constitucionalmente imperioso. En este sentido advirtió que “de acuerdo al entendimiento de la dimensión constitucional que irradia la figura de la sustitución pensional, no existe razón alguna para privilegiar, en casos de convivencia simultánea, la pareja conformada por medio de un vínculo matrimonial, sobre aquella que se formó con base en un vínculo natural. Dicho en otras palabras, no se puede argumentar que para proteger la familia como núcleo esencial de la sociedad, se excluyan del ámbito de protección asistencial modelos que incluso la propia Carta ha considerado como tales”.

6.2. A su vez, la Ley 1204 de 2008 estableció en su artículo 6 que en caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución entre cónyuges y compañera(o) permanente, la mitad del valor de la pensión que no corresponda a los hijos, o el 100 % si no hay hijos reclamantes, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero(a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. No obstante, atendiendo a principios de justicia y equidad, como lo ha señalado el Consejo de

Estado, el reconocimiento de la sustitución pensional en casos de convivencia simultánea se puede hacer en partes iguales a los compañeros(a) permanentes o al cónyuge y compañero(a) permanente²⁷. Lo anterior aplica igualmente en caso de simultaneidad de reclamaciones de compañeros(as) que reclaman haber convivido con el causante en los últimos años. En este evento, la institución encargada del reconocimiento de la pensión deberá suspender el trámite hasta tanto la jurisdicción ordinaria no resuelva el caso.

Igualmente, en el caso de simultaneidad de reclamaciones por parte de un compañero permanente y un cónyuge que no convivió los últimos años con el causante pero con quien existe una sociedad anterior conyugal no disuelta, la ley ha establecido que la pensión se dividirá entre ellos(as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido²⁸.

6.3. En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral²⁹, se reconoció que la Ley 797 de 2003 introdujo una modificación a la Ley 100 en el sentido de incorporar como beneficiario de la pensión de sobreviviente, no solamente al compañero(a) que hubiese convivido con el causante hasta su muerte, sino también al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial. De este modo con la reforma introducida por el inciso 3 del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 “se corrige la situación descrita, porque se mantiene el derecho a la prestación de quien estaba haciendo vida en común con el causante para cuando falleció, dando con ello realce a la efectiva y real vida de pareja - anclada en vínculos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos- constituyéndola en el fundamento esencial del derecho a la prestación por muerte. Pero, al mismo tiempo, se reconoce que, quien en otra época de la vida del causante convivió realmente con él, en desarrollo de una relación matrimonial formal, que sigue siendo eficaz, tenga derecho, por razón de la subsistencia jurídica de ese lazo, a obtener una prestación en caso de muerte de su esposo”. No obstante, en aquella providencia precisó la Corte que el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco años, en cualquier tiempo, ya que la pensión de sobreviviente se fundamenta en la comunidad de vida de la pareja.

6.4. Teniendo en cuenta la jurisprudencia anteriormente citada, se pueden identificar dos reglas generales aplicables a todos los casos de simultaneidad de reclamaciones en materia de pensiones de sobrevivientes, y unas reglas particulares dependiendo de cada situación. Las reglas generales son: (1) la aplicación del criterio material para establecer al beneficiario, que será quien haya convivido efectivamente con el causante hasta su muerte; (2) la obligación de suspender el pago de la pensión cuando exista controversia en la reclamación hasta tanto la jurisdicción ordinaria no resuelva el asunto.

De otro lado, las situaciones que se pueden presentar son: (1) Convivencia simultánea del causante con su cónyuge y una -o más- compañeras permanentes, caso en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido; (2) Convivencia simultánea del fallecido con dos o más compañeras permanentes que se asimila a la situación anterior, por lo que la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el causante; (3) Convivencia únicamente con compañero (a) permanente pero vínculo conyugal vigente evento en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido siempre que el cónyuge haya vivido durante cinco años o más con el causante en cualquier tiempo.

7. Caso Concreto.

La señora Delia Fabregas de Serrano se casó en enero de 1954 con el señor Eduardo Rafael Serrano Torne³⁰ quien a través de la Resolución No. 113 de enero 1 de 2001 fue pensionado. El día 11 de marzo de 2013 falleció el señor Eduardo Rafael Serrano Torne.

Por lo anterior, la accionante solicitó la sustitución pensional al considerar que cumplía con los requisitos legales para ser beneficiaria de la sustitución pensional al tener más de 30 años y haber convivido con el causante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento, y a través de la Resolución del 2 de agosto de 2013 le informó que dicha solicitud estaba

suspendida puesto que otra la señora Marta Morón Padilla estaba pidiendo el mismo derecho en calidad de compañera permanente.

La accionante aseguró que dicha decisión supone la suspensión en la prestación de los servicios de seguridad social, lo que implica una vulneración a su derecho fundamental a la salud y al mínimo vital debido a que dependía económicamente del causante.

Por su parte, el SENA solicitó que la tutela fuera declarada improcedente al considerar que la accionante cuenta con un mecanismo ordinario para dirimir este tipo de controversia. Adicionalmente, informó que el trámite de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del señor Eduardo Rafael Serrano Torne se encuentra suspendido de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008, pues en el presente caso se evidencia la existencia de una controversia entre la señora Delia Fabregas de Serrano en calidad de cónyuge y otra señora como compañera permanente.

Adicionalmente, aseveró que ambas solicitantes -la cónyuge supérstite y la compañera permanente- pueden ser reconocidas como beneficiarias de la sustitución pensional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, ambas solicitantes -la cónyuge supérstite y la compañera permanente- pueden ser reconocidas como beneficiarias de la sustitución pensional, sin embargo, cuando exista controversia entre las personas que solicitan la sustitución pensional y por lo tanto no se tenga certeza sobre el beneficiario del derecho deberá actuarse conforme a lo estipulado en el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008.

Como ya se expresó, la finalidad de la sustitución pensional es proteger económicamente a las personas que dependían del causante evitando que sus familiares más cercanos queden desamparados y en consecuencia que se acreciente la condición de viudez u orfandad, según sea el caso. La sustitución pensional tiene una estrecha relación con el derecho al mínimo vital y a la vida digna, pues le otorga a los beneficiarios la satisfacción de sus necesidades

básicas, las cuales eran suplidas por el pensionado o el afiliado. Estas condiciones le dan a esta prestación el carácter de derecho fundamental y la convierte en una garantía irrenunciable, imprescriptible, indiscutible y cierta.

De los hechos expuestos en la demanda de tutela y de la respuesta de las entidades accionadas se observa que la señora Delia Fabregas de Serrano y el señor Rafael Serrano Torne se casaron el 7 de enero de 1954³², que este último fue pensionado a través de la Resolución No. 113 del 1 de enero de 2001 y que se produjo su deceso el 11 de marzo de 2013 según lo manifestado por la accionante y lo manifestado en las Resoluciones GNR 199054 del 2 agosto de 2013³³. Debido a este suceso, la accionante solicitó la sustitución pensional al considerar que cumplía con los requisitos legales para ser beneficiaria de la sustitución pensional al tener más de 30 años y haber convivido con el causante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento; sin embargo, la entidad accionada negó el pago de la mesada pensional de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008, pues al parecer existió convivencia simultánea con la señora Marta Morón Padilla, quien también reclamó el mismo derecho.

En el caso concreto, existe un conflicto entre las señoras Delia Fabregas de Serrano y Marta Morón Padilla que reclaman haber convivido con el causante durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento. Como ya se expresó este tipo de controversias debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria correspondiente lo que le permite a la Sala advertir que el SENA y Colpensiones en principio actuaron correctamente al suspender el pago de la pensión al existir simultaneidad de reclamaciones, hasta tanto la jurisdicción ordinaria no resolviera la controversia.

Sin embargo, se evidencia que la negación absoluta del pago de la sustitución pensional afecta el derecho al mínimo vital de la accionante, pues la actora tiene 77 años³⁴ lo que implica que es un sujeto de especial protección constitucional en razón a su edad, además la tutelante manifestó que ha vivido de la caridad pública, de eventuales trabajos domésticos y

de la escasa ayuda que le da su hijo debido a que, responde por su esposa, sus 2 hijas menores y su sustento lo genera a partir de lo que gana como vendedor ambulante. Lo anterior evidencia que la señora Delia Fabregas de Serrano no está en condiciones de trabajar y por lo tanto, de sufragar los gastos que le garantizan una vida en condiciones dignas.

Respecto del cumplimiento de convivencia con el fallecido, existen indicios que llevan a esta Sala a aceptar la convivencia con la señora Delia Fabregas, como lo son: (i) la Resolución GNR 112439 del 28 de mayo de 2013, que le reconoció a ella el pago del auxilio funerario³⁵; y (ii) la afiliación realizada por el SENA a la y como beneficiaria del señor Eduardo Rafael Serrano Torne. Hechos que fueron presentados en la acción de tutela y no fueron desvirtuados por las accionadas.

Es así que la Sala le ordenará a Colpensiones, que le pague el 50% de la pensión, mientras que la jurisdicción ordinaria define el porcentaje correspondiente con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Adicionalmente, la Sala le ordenará al SENA que restablezca las afiliaciones de la señora Delia Fabregas de Serrano al sistema de seguridad social para que le continúen prestando el servicio de salud con el fin que este derecho fundamental le sea garantizado.

III. CONCLUSIONES.

1. Síntesis del caso.

El señor Rafael Serrano Torne falleció el 11 de marzo de 2013, debido a lo sucedido la señora Delia Fabregas de Serrano en calidad de cónyuge, solicitó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, el cual fue negado por Colpensiones mediante la Resolución GNR 199054 del 2 de agosto de 2013 debido a que, al parecer, existió convivencia simultánea entre el causante, la accionante y la señora Marta Morón Padilla.

La Sala consideró que ordenar la suspensión absoluta del pago de la sustitución pensional afecta el derecho al mínimo vital de la accionante, debido a sus circunstancias particulares, razón por la cual la Sala le ordenará a Colpensiones, que le pague el 50% de la pensión, mientras que la jurisdicción ordinaria define el porcentaje correspondiente con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La condición de sujeto de especial protección constitucional, es un criterio para hacer más flexible el análisis de procedencia de la acción de tutela, pero no es una razón única en sí misma considerada. Por lo tanto, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección para proteger la vida digna y el mínimo vital de sujetos de especial protección constitucional, cuando la demanda cumpla con los presupuestos formales, que como se mencionó se flexibilizan por tratarse de sujetos especiales, y se compruebe el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pretensión pensional.

En caso de controversia en la reclamación de la pensión de sobreviviente por parte del cónyuge y compañero (a) permanente, que aleguen convivencia simultánea hasta la muerte del causante, será el juez de la jurisdicción ordinaria laboral el competente para dirimir este tipo de conflictos y establecer quiénes son los beneficiarios y los porcentajes de la sustitución pensional correspondientes.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la providencia del 28 de abril de 2014 proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Uno de Decisión Laboral, que a su vez confirmó la providencia del 7 de marzo de 2014 del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla del 7 de marzo de 2014 que declaró improcedente el amparo solicitado, y en su lugar, CONCEDER transitoriamente la tutela del derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Delia Fabregas de Serrano.

SEGUNDO.- ORDENAR a Colpensiones para que en el término de cinco (5) días hábiles a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca de manera transitoria el derecho a la sustitución pensional del señor Rafael Serrano Torne, en favor de la señora Delia Fabregas de Serrano, hasta que haya un pronunciamiento definitivo por parte de la justicia ordinaria.

TERCERO.- ORDENAR al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA para que de manera

inmediata restablezca las afiliaciones de la señora Delia Fabregas de Serrano al sistema de seguridad social como beneficiaria del señor Rafael Serrano Torne, para que le continúen prestando el servicio de salud.

CUARTO.- PREVENIR a la actora, sobre su obligación de instaurar, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, la acción ordinaria correspondiente –si aún no lo ha hecho- y actuar en el proceso de manera diligente, para disfrutar de la protección que se concede, en los términos del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrado

Magistrado

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General

1 Acción de tutela presentada el 21 de febrero de 2014, por la señora Sandra Patricia Altamiranda Ariza como apoderada de la señora Delia Fabregas de Serrano contra Colpensiones y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. (Folios 2 al 7 del cuaderno No. 1).

2 Resolución GNR 112439 del 28 de mayo de 2013. (Folio 15 y 16 del cuaderno No. 1).

3 Resolución GNR 199054 del 2 de agosto de 2013. (Folio 11 a 13 del cuaderno No. 1).

4 Respuesta del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. (Folio 29 al 32 del cuaderno No. 1).

5 “Ley 797 de 2013, Artículo 13. Son beneficiarios de la sustitución pensional:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

(...)

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

(...)”

6 Ley 1204 de 2008, Artículo 6°. “Definición del derecho a sustitución pensional en caso de controversia. En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera:

Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el

caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto.

Si la controversia radica entre hijos y no existiere cónyuge o compañero (a) permanente que reclame la pensión, el 100% de la pensión se repartirá en iguales partes entre el total de hijos reclamantes, pero solo se ordenará pagar las cuotas que no estuvieran en conflicto, en espera a que la jurisdicción decida. Si existe cónyuge o compañero (a) permanente se asignará el 50% a este o estas(os) y sobre el 50% correspondiente a los hijos se procederá como se dispuso precedentemente.

7 Sentencia de instancia. (Folios 59 al 64 del cuaderno No. 1.).

8 Impugnación. (Folios 69 del cuaderno No. 1.).

9 Sentencia de segunda instancia. (Folios 82 al 88 del cuaderno No. 1.).

10 En Auto del 22 de septiembre de 2014 de la Sala de Selección de tutela No. 9 de la Corte Constitucional, dispuso la revisión del expediente T- 4.508.913 y procedió a su reparto.

11 Poder otorgado por la señora Delia Fabregas de Serrano a la abogada Sandra Patricia Altamiranda Ariza (Folio 1 del cuaderno No. 1).

12 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”.

13 Constitución Política de Colombia, Artículo 86.

14 Acción de tutela presentada el 21 de febrero de 2014 (Folio 2 al 7 del cuaderno No. 1)

15 Artículo 86, inciso 3° Constitución Política y en el Decreto 2591 artículo 6°-1° el cual establece la subsidiariedad como causal de improcedencia de la tutela.

16 Sentencia T-547 de 2011.

17 Sentencia T-722 de 2011.

18 Resolución GNR 199054 del 2 de agosto de 2013. (Folio 11 al 13 del cuaderno No. 1)

19 Cédula de ciudadanía de la señora Delia Fabregas de Serrano donde se evidencia que nació el 11 de noviembre de 1937 (Folio 8 del cuaderno No. 1)

20 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”

21 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”.

22 Sentencia T-1103 de 2000, T-932 de 2008.

24 C-1035 de 2008.

25 C-002 de 1999.

26 Artículo 46 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 12 de la Ley 100 de 1993.

27 T-301 de 2010. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B. Expediente No 760012331000199901453 01. Sentencia del 20 de septiembre de dos mil siete: “No existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera”.

28 Art. 13 de la Ley 797 de 2003. Inciso 3º, literal b) (...) Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido

superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

29 Radicado 40055 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, 29 de noviembre de 2012

30 Registro civil de matrimonio. (Folio 23 del cuaderno No. 1)

31 “Ley 797 de 2013, Artículo 13. Son beneficiarios de la sustitución pensional:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

(...)

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

(...)”

32 Registro Civil de Matrimonio. (Folio 23 del cuaderno No. 1)

33 Resoluciones GNR 199054 del 2 agosto de 2013 y GNR 112439 del 28 de mayo de 2013. (Folio 11 al 13 del cuaderno No. 1)

34 Cédula de ciudadanía en la que se evidencia que la señora Delia Fabregas de Serrano nació el 11 de noviembre de 1937. (Folio 8 del cuaderno No. 1)

35 Resoluciones GNR 112439 del 28 de mayo de 2013. (Folio 15 al 17 del cuaderno No. 1)