

T-046-16

Sentencia T-046/16

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES ECONOMICAS-Procedencia excepcional

Esta Corte ha puntualizado en el tema del reconocimiento y pago de pretensiones en materia pensional señalando que estas controversias deben dirimirse a través de la jurisdicción ordinaria laboral o de la contencioso administrativa, según corresponda, pero que sólo en ocasiones su conocimiento corresponde a jueces constitucionales, estos casos son en los que por la inminencia, urgencia y gravedad de la situación, se hace imposible postergar la presentación de la acción constitucional para evitar un perjuicio irremediable, circunstancias que corresponde analizar, evaluar y verificar al juez de tutela en cada caso en concreto, y que le permite determinar que el mecanismo ordinario no es el idóneo para dar pronta solución al conflicto, teniendo en cuenta las consecuencias que se pueden presentar para los derechos fundamentales del peticionario.

PERSONA DE LA TERCERA EDAD COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Debe ser objeto de mayores garantías que permitan el goce y disfrute de sus derechos fundamentales

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL-Contenido

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Protección constitucional

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Instrumentos internacionales que reconocen su importancia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES-Procedencia excepcional cuando afecta derechos fundamentales

DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES Y A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Naturaleza jurídica y función

SUSTITUCION PENSIONAL O PENSION DE SOBREVIVIENTES-Beneficiarios

DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Controversias sobre el reconocimiento entre cónyuge supérstite y compañero(a) permanente o varios compañeros(as) permanentes

DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Cónyuge y compañera permanente en proporción al tiempo de convivencia

DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Beneficiarios en caso de convivencia simultánea de causante con cónyuge y compañero(a) permanente en los últimos cinco años

PENSION DE SOBREVIVIENTES CUANDO EXISTE CONVIVENCIA SIMULTANEA-Jurisprudencia del Consejo de Estado

PENSION DE SOBREVIVIENTES CUANDO EXISTE CONVIVENCIA SIMULTANEA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES-Improcedencia por cuanto no se cumple con el requisito de subsidiariedad y no se demostró un perjuicio irremediable

Referencia: expediente T-5.198.218

Acción de Tutela instaurada por Luz Amanda Pabón Calderón contra Positiva Compañía de Seguros.

Derechos fundamentales invocados: vida digna, seguridad social, salud, debido proceso, mínimo vital y dignidad humana.

Temas: (i) procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones económicas, (ii) el derecho fundamental a la seguridad social, (iii) la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, y (iv) naturaleza jurídica de la pensión de sobreviviente.

Problema jurídico: determinar si Positiva Compañía de Seguros ARL vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la salud, al debido proceso, al mínimo vital y a la dignidad humana invocados por la señora Luz Amanda Pabón Calderón, al no reconocerla como compañera del causante, a pesar de existir una sentencia judicial que así lo determina, y en consecuencia, negar el pago de la pensión de sobreviviente a que sostiene tienen derecho ella y su hija que para la fecha era menor de edad.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Barrancabermeja, el quince (15) de agosto de dos mil quince (2015) y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja, el veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015), en el trámite de la acción de tutela incoada por Luz Amanda Pabón Calderón contra Positiva Compañía de Seguros.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Diez de la Corte Constitucional escogió en el Auto del veintiocho (28) de octubre del dos mil quince (2015), notificado el once (11) de noviembre de dos mil quince (2015) para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede

a dictar la sentencia correspondiente.

1.1. SOLICITUD.

La señora Luz Amanda Pabón Calderón instauró el tres (3) de agosto de dos mil quince (2015), acción de tutela contra Positiva Compañía de Seguros ARL, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la salud, al debido proceso, al mínimo vital y a la dignidad humana, al no reconocerla como compañera del causante, a pesar de existir una sentencia judicial que así lo determina, y en consecuencia, negar el pago de la pensión de sobreviviente a que asegura tiene derecho.

Con base en lo expuesto, solicita se tutelen sus derechos fundamentales y se ordene a la demandada a que en el término de 48 horas se dé respuesta de fondo, clara, concreta, eficaz y detallada a la solicitud presentada de reconocimiento de pensión de sobreviviente, se ordene el pago de las mesadas pensionales que por ley le corresponden a ella y, de igual manera, que se reconozcan y paguen las mesadas pensionales que le corresponden a su hija Leidy Tatiana Figueroa Pabón, teniendo en cuenta que durante cuatro años fue despojada de dicho derecho pues para la época en que debió reconocerse la prestación, ella era menor de edad.

1.2. HECHOS REFERIDOS POR LA ACCIONANTE.

1.2.1. Comenta la peticionaria que el 30 de marzo de 2005 su compañero permanente, el señor Gustavo Figueroa Sánchez, sufrió un accidente de trabajo en el que perdió la vida.

1.2.2. Señala que mediante comunicado enviado por el Instituto de Seguros Sociales -ISS- de fecha 9 de mayo de 2007 al señor Néstor Quintero Correa, último empleador de su compañero permanente, se le aclaró que el evento acaecido fue determinado como de origen profesional por lo cual debía poner en conocimiento de sus beneficiarios esta decisión para que adelantaran la solicitud prestacional.

1.2.4. Positiva Compañía de Seguros S.A., emitió Resolución No. 04947 del 5 de agosto de 2010 por medio de la cual negó la prestación solicitada a las señoras Eyda María Herrera Ruidiaz y Luz Amanda Pabón Calderón por cuanto era necesario que acudieran primero a la justicia ordinaria para que fuera ésta la que decidiera el mejor derecho entre las dos. En

esta Resolución también se le negó el reconocimiento de la pensión a Leidy Tatiana y Gustavo Andrés Figueroa Pabón, hijos del causante y la actora, por cuanto a pesar de que se suspendió el trámite para que aportaran copia de los documentos de identidad y certificación de estudios dado que en ese momento ya eran mayores de edad, transcurridos cinco meses no los anexaron.

1.2.5. Posteriormente, la accionante adelantó proceso de declaración de constitución de unión marital de hecho y de disolución de liquidación de la sociedad patrimonial en el que el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja el 5 de diciembre de 2011 falló declarando que para todos los efectos legales, entre los señores Gustavo Figueroa Sánchez y Luz Amanda Pabón Calderón existió unión marital de hecho y sociedad patrimonial de hecho la cual se declara disuelta y en estado de liquidación.

1.2.6. El 26 de marzo de 2012, Positiva Compañía de Seguros, le envía un oficio a la actora informándole que al revisar el expediente se evidencia que no fue aportada la sentencia judicial en la que se determine quién tiene vocación y en qué proporción para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente ya que esa Compañía no goza de jurisdicción ni competencia para determinar a cuál de las compañeras le corresponde la prestación. La Compañía señala en la misma comunicación, que la sentencia aportada que declara la constitución de unión marital de hecho no dirimió el conflicto existente entre la actora y Eyda María Herrera Ruidíaz.

1.2.7. Arguye que a través de apoderado presentó derecho de petición el 17 de marzo de 2015 en donde solicita nuevamente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, al que Positiva da respuesta el 1 de abril del mismo año, indicando que no se registra el siniestro del señor Gustavo Figueroa Sánchez, ni afiliación, ni pagos, ni expediente a su nombre, por lo que le solicitan allegar copia del documento de identidad del fallecido para verificar si posiblemente hay un error aportado en la solicitud.

1.2.8. Posteriormente, el 12 de mayo de 2015 radica la accionante un nuevo derecho de petición en el que solicita copia de los oficios de negación de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de Gustavo Figueroa Sánchez, al cual Positiva da respuesta a través del oficio 57398 del 26 de mayo de 2015, adjuntando copia auténtica de la resolución 04947 del 5 de agosto de 2010 expedida por Positiva Compañía de Seguros y comunicación

del 26 de marzo de 2012. Aclara la entidad que ésta no tiene competencia para dirimir el conflicto al existir dos compañeras que discuten el derecho a la prestación económica, por lo tanto son las interesadas quienes están en mora de reclamar por vía ordinaria la definición del derecho en disputa.

1.2.9. Finalmente, señala que interpone la presente acción de tutela como mecanismo transitorio pues no cuenta con otro medio económico para subsistir, ha tenido que trabajar en oficios domésticos a pesar de que considera que tiene derecho a una pensión. Afirma que tiene 50 años y que con esa edad ya no tiene oportunidades laborales.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Barrancabermeja admitió la acción de tutela incoada por la señora Luz Amanda Pabón Calderón y corrió traslado a la accionada para que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recibo proceda a dar respuesta a lo señalado en el escrito de tutela.

1.3.1. Positiva Compañía de Seguros S.A.

En oficio No. 88489 del 10 de agosto de 2015, la apoderada de Positiva Compañía de Seguros S.A., solicitó que se declare improcedente la acción de tutela teniendo en cuenta los siguientes fundamentos:

1.3.1.2. En segundo lugar, recuerda que la acción de tutela no es el medio idóneo con el que cuenta la accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ya que esto es competencia de la jurisdicción ordinaria.

1.4. PRUEBAS.

A continuación se relacionan las pruebas relevantes que obran en el expediente:

1.4.1. Copia de la comunicación remitida por el Jefe de Departamento de Protección Laboral del ISS Seccional Santander, a Néstor Quintero Correa, de fecha 9 de mayo de 2007, con asunto: información de dictamen Médico Laboral Gustavo Figueroa Sánchez (Q.E.P.D.) en donde se le solicita poner en conocimiento de los posibles beneficiarios los documentos que deben presentar ante la Aseguradora.

1.4.2. Copia del oficio DRLS.P.E No. 000480 de fecha 16 de noviembre de 2007, remitido por el Jefe de Departamento de Riesgos Laborales del ISS, dirigido a la accionante, solicitando se sirva allegar el registro civil de nacimiento y fotocopia de la cédula de ciudadanía de Gustavo Andrés Figueroa Sánchez, e informar si se encuentra estudiando caso en el cual deberá adjuntar certificación de la institución. Además, declaraciones extrajuicio presentadas ante notaría donde conste la convivencia con el fallecido.

1.4.3. Copia del oficio 30799 de fecha 26 de marzo de 2012, suscrito por la Gerente de Indemnizaciones de Positiva Compañía de Seguros S.A. dirigido a la accionante, en donde se le da respuesta al derecho de petición radicado y se le indica que en el expediente no se encontró la sentencia judicial solicitada, que dirimiera el conflicto entre compañeras del fallecido.

1.4.4. Copia de oficio con fecha y radicación ilegibles, suscrito por la Gerente de Indemnizaciones de Positiva Compañía de Seguros S.A. dirigido a la accionante, en donde se le da respuesta a una comunicación radicada el 27 de marzo de 2012 y se le adjunta la comunicación 30799 del 26 de marzo de 2012.

1.4.5. Oficio SAL-35177 de fecha 1 de abril de 2015, suscrito por la Gerente de Indemnizaciones de Positiva Compañía de Seguros S.A. dirigido a Julio Manuel Gómez Pineda, con asunto: respuesta derecho de petición de fecha 17/03/15 PQR No. 111670 Rad Ent 42544, Fallecido: Gustavo Figueroa Sánchez.

1.4.6. Oficio SAL-57398 de fecha 26 de mayo de 2015, suscrito por la Gerente de Indemnizaciones de Positiva Compañía de Seguros S.A. dirigido a Julio Manuel Gómez Pineda, con asunto: solicitud de copias. Usuario Gustavo Figueroa Sánchez. Rad Ent 734156 PQR 117087 del 12 de mayo de 2015.

1.4.7. Copia de la Resolución No. 04947 del 5 de agosto de 2010, Por medio de la cual se resuelve una solicitud de prestación económica en el sistema general de riesgos profesionales administrado por Positiva Compañía de Seguros S.A.

1.4.8. Sentencia del 5 de diciembre de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja por la cual se declara la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial de hecho entre Gustavo Figueroa Sánchez y Luz Amanda Pabón Calderón, desde

el día 15 de enero de 1985 al 30 de marzo de 2005.

1.4.9. Copia de una solicitud de Gustavo Figueroa Sánchez, dirigida al Juez Primero Civil Municipal de Barrancabermeja, para que citara y recibiera la declaración a Mariene Mesa Duarte y Luis A. Blanco. Fecha 14 de enero de 1988.

1.4.10. Copia de la declaración juramentada de Mariene Meza Duarte, fechada 18 de enero de 1988, donde señala que el señor Gustavo Figueroa hace más de siete años vive en unión marital con la accionante.

1.4.11. Copia de la declaración juramentada de Luis A. Blanco, fechada 18 de enero de 1988, donde señala que el señor Gustavo Figueroa vive en unión marital con la accionante.

1.4.12. Declaración extraprocesal fechada 17 de mayo de 2007, de Luz Amanda Pabón Calderón y los testigos Ángel Miguel Solano Oróstegui y Alicia Ester Payares Noriega, ante la Notaría Segunda de Barrancabermeja, donde manifiestan tener conocimiento de que la accionante y Gustavo Figueroa convivían en unión marital de hecho.

1.4.13. Copia del certificado de Registro Civil de Defunción No. D603222, fecha 31 de marzo de 2005, del señor Gustavo Figueroa Sánchez. Fecha de expedición: 27 de febrero de 2012.

1.4.14. Copia del Registro Civil de Nacimiento de Gustavo Figueroa Sánchez.

1.4.15. Copia del Registro Civil de Nacimiento de Leidy Tatiana Figueroa Pabón, donde consta que nació el 21 de septiembre de 1989 (hoy tiene 26 años).

1.4.16. Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante (hoy tiene 50 años).

1.5. DECISIONES DE INSTANCIA.

1.5.1. Fallo de primera instancia – Juzgado Cuarto Penal Municipal de Barrancabermeja.

El Juzgado Cuarto Penal Municipal de Barrancabermeja, mediante providencia del quince (15) de agosto de dos mil quince (2015), tuteló los derechos de la accionante y ordenó a la demandada a que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia,

reconociera y pagara a la peticionaria el 50% de pensión de sobreviviente desde el 30 de marzo de 2005, y garantizara a todos los beneficiarios del causante el servicio de salud. Además previno a ARL POSITIVA para que una vez la señora Eyda María Herrera Ruidiaz allegue la sentencia judicial donde se declare unión marital de hecho y presente reclamación, se le reconozca el 50% restante de la pensión.

Lo anterior por cuanto, consideró que la accionante se encontraba en estado de indefensión al afectarse su mínimo vital y no tenía cómo solventar los costos de su subsistencia ni gastos médicos.

El despacho tuvo en cuenta la sentencia C-1035 de 2008 para determinar la proporción de la mesada pensional, por lo que otorgó el 50% a la compañera permanente, en este caso la accionante.

Respecto de Leidy Tatiana Figueroa Pabón, hija del causante, concluyó el Juzgado que ella ya cuenta con 25 años y no soportó que estuviera estudiando, por lo cual se le negaron las pretensiones.

1.5.2. Impugnación.

La apoderada de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., impugnó la anterior decisión con fundamento en los siguientes argumentos:

1.5.2.1. Recuerda que la entidad accionada solo es un actor del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales para reconocer y pagar prestaciones económicas, pero para dirimir la controversia de quién tiene mejor derecho y en qué proporción cuando se presentan varias solicitantes de una pensión de sobrevivientes, la justicia ordinaria es la competente.

1.5.2.2. De otro lado, considera que la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento de dicha prestación económica pues para tal fin, es la justicia ordinaria la que exclusivamente está facultada.

1.5.3. Fallo de segunda instancia – Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja, mediante providencia del veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015), revocó la sentencia de primera instancia.

El despacho llegó a esta conclusión al considerar que no se encontró probado un perjuicio irremediable pues en el caso analizado no se cumplieron los requisitos para que se configurara. Por tanto, son la jurisdicción laboral y/o la contenciosa administrativa los ámbitos propicios para desplegar este debate.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

2.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD.

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, y 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Con base en los antecedentes anteriormente expuestos, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional debe determinar si Positiva Compañía de Seguros ARL vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la salud, al debido proceso, al mínimo vital y a la dignidad humana invocados por la señora Luz Amanda Pabón Calderón, al no reconocerla como compañera del causante, a pesar de existir una sentencia judicial que así lo determina, y en consecuencia, negar el pago de la pensión de sobreviviente a que sostiene tienen derecho ella y su hija que para la fecha era menor de edad.

Para resolver el problema jurídico citado, la Sala examinará: primero, procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones económicas, segundo, el derecho fundamental a la seguridad social, tercero, la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, cuarto, naturaleza jurídica de la pensión de sobreviviente, y quinto, análisis del caso concreto.

2.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE

PRESTACIONES ECONÓMICAS.

En varias ocasiones, la Corte Constitucional ha emitido varios pronunciamientos relacionados con la posibilidad de utilizar el mecanismo constitucional de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Frente a este tema, la Corporación ha señalado que por ser este instrumento un mecanismo de carácter subsidiario para aquellos eventos en los que el o los afectados no cuenten con otro procedimiento judicial de defensa que les permita acceder a lo pedido o, existiendo, éste no sea idóneo o eficaz para lograr la protección de sus derechos definitivamente.

No obstante, es decir, existiendo otras vías judiciales, hay algunas situaciones en las que es posible impetrar la acción constitucional de tutela para lograr reconocimientos de índole prestacional que, en un primer plano, correspondería a la jurisdicción ordinaria, es el caso de cuando la aplicación de tal procedimiento conlleva a un perjuicio irremediable[1], y para tratar de evitarlo, se puede acudir a la garantía constitucional consagrada en el artículo 86 de la Carta Política.

De esta manera, esta Corte ha puntualizado en el tema del reconocimiento y pago de pretensiones en materia pensional señalando que estas controversias deben dirimirse a través de la jurisdicción ordinaria laboral o de la contenciosa administrativa, según corresponda, pero que sólo en ocasiones su conocimiento corresponde a jueces constitucionales, estos casos son en los que por la inminencia, urgencia y gravedad de la situación, se hace imposible postergar la presentación de la acción constitucional para evitar un perjuicio irremediable, circunstancias que corresponde analizar, evaluar y verificar al juez de tutela en cada caso en concreto, y que le permite determinar que el mecanismo ordinario no es el idóneo para dar pronta solución al conflicto, teniendo en cuenta las consecuencias que se pueden presentar para los derechos fundamentales del peticionario.

Para determinar si se está configurando un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha señalado unos elementos que se deben presentar, como lo son: (i) la inminencia, la cual se presenta cuando existe una situación “que amenaza o está por suceder prontamente” [2], con la característica de que sus consecuencias dañinas se pueden dar a corto plazo, lo que hace urgente tomar medidas oportunas y rápidas para evitar que se lleve a cabo la

afectación; (ii) la urgencia, que se relaciona directamente con la necesidad o falta de algo que es necesario y que sin eso se pueden amenazar garantías fundamentales, que exige una pronta ejecución y que sea de forma ajustada a las circunstancias de cada caso; (iii) la gravedad, que se puede ver cuando las consecuencias de esa falencia o necesidad han producido o pueden producir un daño grande e intenso en el universo de derechos fundamentales de una persona, lo cual puede desembocar en un menoscabo o detrimento de sus garantías. Dicha gravedad se reconoce fundada en la importancia que el ordenamiento jurídico le concede a ciertos bienes bajo su protección[3]:

“La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente”[4].

Finalmente, (iv) la impostergabilidad de la acción, que lleva a que el amparo sea realmente oportuno pues, si se llegara a tardar o posponer se corre el riesgo de que no resulte lo eficaz que se requiere, así, se hace necesario acudir al amparo constitucional para obtener el restablecimiento o protección de los derechos fundamentales y evitar la amenaza o vulneración de los mismos, y las consecuencias que podría traer al accionante.

Concluyendo, la Corporación ha señalado que la acción de tutela resulta improcedente cuando dicha situación se puede ventilar ante la jurisdicción ordinaria o la contenciosa, según el caso, pero de manera excepcional se admite su procedencia cuando la persona no cuente con otro mecanismo de defensa o cuando este mecanismo existe pero no es el idóneo o resulte ineficaz para la protección de sus derechos, y se incluyó una circunstancia más, y es que cuando se evidencian los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción[5], se configure un perjuicio irremediable y éste se pretenda evitar, como sucede con las personas que conforman los grupos poblacionales que están llamados a gozar de una protección especial del estado.

Así, la Constitución Política reconoce la igualdad de las personas ante la ley y reconoce que

gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, los cuales serán garantizados por las respectivas entidades o instituciones del Estado[6]. Esta protección se torna en especial cuando están inmersas personas que por su estado físico, mental, situación económica, o por su edad, están expuestos a una afectación mayor de sus derechos fundamentales por encontrarse en condición de debilidad manifiesta que es lo que justifica que se deban garantizar con mayor ahínco.

De esta manera, es el Estado quien debe implementar mecanismos y brindar las herramientas necesarias para que estos sujetos puedan gozar de garantías constitucionales de forma acentuada y prioritaria, pues se encuentran en alguna condición que los hace personas en debilidad manifiesta, en quienes puede recaer alguna circunstancia de discriminación.

Es por lo anterior que la Corte Constitucional ha señalado los grupos poblacionales que gozan del amparo anteriormente mencionado, y uno de esos grupos es el de las personas de la tercera edad:

“(…) en particular, a este grupo pertenecen las personas de la tercera edad, quienes al final de su vida laboral tienen derecho a gozar de una vejez digna y plena (C.P. artículos 1º, 13, 46 y 48). En relación con estas personas, la Corte ha sentado la doctrina del derecho fundamental a la seguridad social. Así, se le ha dado preciso alcance al mandato constitucional de defender, prioritariamente, el mínimo vital que sirve, necesariamente, a la promoción de la dignidad de los ancianos (C.P. artículos 1º, 13, 46 y 48).”[7]

Estos conceptos han desembocado en una protección, por parte de esta Corporación, a través de la acción de tutela de los derechos fundamentales de las personas catalogadas como de la tercera edad. No obstante, se sostiene que el pertenecer a este grupo de población no es eximente de que se verifiquen, siquiera de manera sumaria, los siguientes presupuestos de procedibilidad, los cuales se señalan en la sentencia T-055 de 2006[8]:

“(i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección;

(ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,

(iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y

(iv) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo.”

De tal forma que, desconocer derechos fundamentales como el derecho a la vida digna y al mínimo vital, entre otros, les priva de gozar de derechos indispensables para llevar una vejez en condiciones aceptables[9].

Teniendo en cuenta lo anterior, la acción de tutela, en principio se torna improcedente para solicitar amparo de derechos económicos, pero se admite la posibilidad de que el juez en cada caso concreto examine los elementos que le permitan determinar que es esta garantía constitucional, la idónea para dirimir el conflicto y proteger los derechos fundamentales del accionante.

2.4. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL.

Nuestra Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social en su artículo 48, el cual señala que: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”[10] y lo convierte en una garantía fundamental, independiente y autónoma, que cuando se comprueba que se causa un perjuicio irremediable o que no existe otro mecanismo idóneo para protegerla, se podrá hacer mediante la acción de tutela.

Esta protección otorgada por el ordenamiento constitucional nacional, es complementada por la normativa internacional ya que algunos de los instrumentos internacionales reconocen este derecho.

Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 22 señala que:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos,

sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

La Declaración Americana de los Derechos de la Persona, en el artículo 16, estipula que:

“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”.

En el mismo sentido, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 9 prescribe:

“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”.

Así mismo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[11] y el Código Iberoamericano de la Seguridad Social[12] reconocen la Seguridad social como inalienable del ser humano.

De la anterior normativa se concluye que el derecho a la seguridad social protege “a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral”[13].

Inicialmente, en diferentes pronunciamientos, la Corte Constitucional consideró que los derechos sociales, económicos y culturales, los cuales configuraban los llamados “derechos de segunda generación” podían ser protegidos mediante acción de tutela sólo si se lograba demostrar que existía una conexidad[14] entre estos derechos y uno de índole fundamental, pero con el tiempo, otra corriente adoptada por la Corporación consideró que estos derechos definidos en ese momento como prestacionales, configuran también garantías

fundamentales que conllevan a que el Estado “ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado)”.[15]

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha concluido que todos los derechos constitucionales tienen el status de fundamentales[16] por relacionarse directamente con los bienes protegidos que los Constituyentes determinaron elevar a constitucionales y la seguridad social no es ajena a esta característica[17].

2.5. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE.

2.5.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que la pensión de sobrevivientes, es una prestación social fundada en los principios de solidaridad y de universalidad de la seguridad social, que busca garantizar a los familiares de la persona afiliada fallecida, una estabilidad económica suficiente para asegurar su subsistencia en condiciones dignas, máxime, cuando dicha prestación es la única fuente de ingreso de sus beneficiarios, que tiene por fin evitar una situación de desamparo. En este último caso la naturaleza de la pensión de sobrevivientes siempre estará ligada a la protección del derecho fundamental al mínimo vital[18] y por tanto, adquiere el carácter de fundamental.

2.5.2. En ese sentido, esta Corporación, a través de la sentencia C-617 de 2001 dijo que esta prestación “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento”[19] y, con ello se busca mantener el statu quo de los familiares del trabajador a fin de “garantizar a sus beneficiarios el acceso a los recursos necesarios para continuar viviendo en condiciones dignas, tal como la hacían durante la vida del causante.”[20]

2.5.3. Así, pues, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes adquiere carácter fundamental cuando: i)

está dirigida a garantizar el mínimo vital de las personas que se encontraban al cuidado del causante[21]; ii) se trata de proteger los derechos de sujetos de especial protección del Estado, como es el caso de menores de 18 años de edad, personas de tercera edad, desplazados o madres cabeza de familia, que se encuentran en situación de debilidad manifiesta[22]; iii) existe íntima relación entre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida.[23]

2.6. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE.

La Corte Constitucional, en múltiples pronunciamientos se ha manifestado a cerca de la pensión de sobrevivientes y su naturaleza jurídica.

En la sentencia T-190 de 1993 la Corte señaló cuál es el fin de esta prestación así:

“La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido”

Más adelante, en las Sentencias C-1176 de 2001, reiterada por la C-1094 de 2003, se hicieron algunas precisiones y señalamientos sobre la Ley 797 de 2003 en lo referente a los requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes considerando lo siguiente:

“La pensión de sobrevivientes.

La Constitución Política consagra una serie de mandatos referentes a la naturaleza, cobertura y efectos de la seguridad social. En el artículo 48 la define como un servicio público de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Dispone igualmente la Carta que la seguridad social es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes (art. 48).

Por su parte, el legislador ha dispuesto que el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la

invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones[24].

La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades”.

(...)

Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia. Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional. Por esto, dijo la Corte, con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la

seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13)".

Posteriormente, en la Sentencia C- 451 de 2005, esta Corporación estimó que los fines perseguidos con la pensión de sobrevivientes, eran los siguientes:

"En este orden de ideas, la pensión de sobrevivientes atiende un importante objetivo constitucional cual es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, pues con esta prestación se pretende que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas que dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades económicas más urgentes[25]. Sin embargo, la jurisprudencia ha precisado que el régimen de la pensión de sobrevivientes no se inspira en la acumulación de un capital que permita financiarla, sino en el aseguramiento del riesgo de deceso del afiliado".

En la Sentencia C-111 de 2006, la Corte Constitucional reafirmó la importancia de esta prestación señalando que:

"Cualquier decisión administrativa, legislativa o judicial que desconozca esa realidad, e implique por consiguiente la reducción de las personas a un estado de miseria, abandono, indigencia o desprotección, debe ser retirada del ordenamiento jurídico por desconocer la protección especial que la Constitución le otorgó al mínimo vital y a la dignidad humana como derechos inalienables de la persona, y a los principios constitucionales de solidaridad y protección integral de la familia, como soportes esenciales del Estado Social de Derecho".

Así las cosas, se concluye que el propósito de la pensión de sobreviviente está dirigido a (i) alcanzar fines conformes con los postulados de justicia retributiva y equidad; y (ii) proteger

al núcleo familiar que queda desamparado por la muerte de quien lo sostenía económicamente. Adicionalmente, no obstante tratarse de una prestación económica, en determinados casos ha sido considerada en términos de derecho fundamental habiéndose entendido que también apunta a proteger, en especial, a aquellos integrantes del núcleo familiar que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, a efectos de evitar que caigan en un estado de abandono y miseria.

Por su parte, la Ley 100 de 1993, estableció los requisitos necesarios para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y del derecho a la sustitución pensional, tanto en el régimen de prima media con prestación definida[26], como en el de ahorro individual con solidaridad[27], al igual que mencionó qué personas pueden ser beneficiarios de dichas prestaciones así:

“Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

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 por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

b) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;

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

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho,

serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil”[58].

La mencionada ley tenía un vacío en cuanto a lo que pasaría si se presentara una convivencia simultánea entre cónyuges y compañeros (as) permanentes o entre compañeros (os) permanentes que consideraran tenían derecho a reclamar la pensión en comento.

Por lo anterior, la Ley 797 de 2003, modificó el artículo 47 de la Ley 100, y dispuso que en el evento de que se presentara convivencia simultánea entre cónyuge y compañera (o) permanente dentro de los cinco años anteriores a la muerte del causante, la pensión se le concedería a la (el) esposa (o). De igual manera, señaló que de no existir convivencia simultánea, manteniéndose vigente la unión conyugal, pero habiendo una separación de hecho, la (el) compañera (o) podría reclamar una cuota parte de la pensión en proporción al tiempo convivido con el causante, siempre que éste hubiese sido superior a los cinco años anteriores al fallecimiento del de cujus.

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señaló:

“(…)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.”

A pesar de que con la reforma anterior se quiso corregir el yerro, continuaba presentándose una discriminación frente a la compañera (o) permanente, pues, aunque se presentara una convivencia simultánea entre el causante, la cónyuge y la compañera permanente, la pensión de sobreviviente se le concedía a la esposa.

Es por esto que la Sentencia T- 301 de 2010[28], señaló que los vacíos encontrados en esta norma fueron evidenciados por el Consejo de Estado en el caso de la esposa y compañera permanente de un miembro de la Policía Nacional, quienes acreditaron convivencia simultánea con el causante. Aplicando criterios de “justicia y equidad”, la Sección Segunda del Consejo de Estado, resolvió dividir en partes iguales entre las peticionarias, el monto de la mesada pensional reclamada.

En el fallo lo dice en los siguientes términos:

“Los vacíos de la norma citada fueron puestos en evidencia por el Consejo de Estado, al desatar una controversia originada entre la cónyuge y la compañera permanente de un pensionado de la Policía Nacional que acreditaban convivencia simultánea con el causante. La Sección Segunda del Consejo de Estado, “bajo un criterio de justicia y equidad”, resolvió distribuir en partes iguales la pensión de sobrevivientes entre las peticionarias. El Consejo de Estado reiteró la línea jurisprudencial sentada por esta corporación en la sentencia T-1103 de 23 de agosto de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Al respecto, recordó:

“En la sentencia T-190 de 1993 se definió el contenido y alcances de ese derecho prestacional, de la siguiente manera:

‘La sustitución pensional, de otra parte, es un derecho 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 (Ley 12 de 1975, art. 1º y Ley 113 de 1985, art. 1º, párrafo 1º). La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.”

“El Consejo de Estado señaló que tanto el cónyuge como el compañero(a) permanente tienen igual derecho a disfrutar la pensión de sobrevivientes en razón a que “los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente y a que el artículo 42 de la Constitución Nacional protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho.”

El Consejo de Estado señaló que en caso de convivencia simultánea entre el causante y la (el) cónyuge y la (el) compañera (o) permanente, ambas (os) tienen igual derecho a disfrutar de la sustitución pensional, dado que “los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente y a que el artículo 42 de la Constitución Nacional protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho”[29].

A partir de este pronunciamiento, se abrió la posibilidad de que cuando existiera una convivencia simultánea entre el causante y su cónyuge y su compañera permanente, la última pudiera acceder también a ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional.

En el fallo del Consejo de Estado se diseñó una fórmula para distribuir la mesada pensional cuando se probara la convivencia simultánea que era reconocer en partes iguales la pensión, tema que se desarrolló posteriormente en la Ley 1204 de 2008 que dispuso que en caso de disputa entre la (el) cónyuge y la (el) compañera (o) permanente del causante, a

efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución de la pensión, la misma debía quedar suspendida hasta que la jurisdicción competente definiera a quién se le debía asignar y en qué proporción. Así lo dispone el artículo 6 de la ley mencionada:

“Ley 1204 de 2008, artículo 6o. 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.”

La mencionada ley llegó a la Corte Constitucional para su examen de constitucionalidad y mediante Sentencia C-1035 de 2008[30], se declaró la exequibilidad condicionada del literal b (parcial) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, “en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”.

Sobre esas bases, la Corte en la misma sentencia declaró la exequibilidad condicionada de los apartes demandados, con los siguientes argumentos:

“10.2.5.5. Frente a esta regulación legislativa, considera la Corte que, de acuerdo al entendimiento de la dimensión constitucional que irradia la figura de la pensión de sobrevivientes, 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.

10.2.5.6. Al analizar el criterio con base en el cual, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al cónyuge a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes, la Corte no encuentra que con la norma se busque alcanzar un fin constitucionalmente imperioso. Es más, la Corte, con base en su propia jurisprudencia, estima que la distinción en razón a la naturaleza del vínculo familiar no puede constituir un criterio con base en el cual, como lo hace la disposición bajo examen, se establezcan tratamientos preferenciales que desconozcan la finalidad legal y constitucional de la pensión de sobrevivientes.

(...)

En estos términos, a pesar de que la Corte ha sostenido que el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones con especificidades propias y no plenamente asimilables, la jurisprudencia constitucional ha decantado que ‘los derechos conferidos a la familia que se conforma por cualquiera de las dos vías no son susceptibles de tratamiento diferencial cuando éste tiene como único fundamento su divergencia estructural’. Por este motivo, la Corte llega a la conclusión de que el trato preferencial que establece la expresión demandada no es constitucional.”

Teniendo en cuenta lo expuesto, se puede llegar a dos conclusiones: (i) siempre que haya controversia sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o del derecho a la sustitución pensional, en razón a que el (la) cónyuge y (el) la compañera (o) permanente, o las (los) dos compañeras (os) permanentes del causante han demostrado convivir con este en periodos de tiempo diferentes o de forma simultánea, quien debe dirimir el asunto es la jurisdicción competente; y (ii) la controversia por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o del derecho a la sustitución pensional también se puede presentar entre cónyuge y compañera (o) permanente del causante, o entre dos compañeras (os)

permanentes. En tales casos, con base en la sentencia de constitucionalidad citada, ambos reclamantes deben demostrar la convivencia simultánea con el causante en sus últimos años de vida, para que la pensión de sobrevivientes o la respectiva sustitución pensional, pueda ser reconocida a los dos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido o, pueda ser reconocida a ambas (os) en partes iguales con base en criterios de justicia y equidad[31]. Así lo dijo esta Corporación recientemente:

“En primer lugar, cuando existan controversias sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debido a que el cónyuge y compañero(a) permanente, o los dos compañeros(a) permanentes del causante han acreditado convivencia con este último en periodos distintos o de manera simultánea, la decisión sobre el reconocimiento y reparto de la pensión corresponde a la jurisdicción ordinaria. En estos casos, la institución encargada del reconocimiento de la pensión debe suspender el trámite y someterlo a la decisión de la jurisdicción ordinaria.

En segundo lugar, las controversias sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se pueden presentar tanto entre el cónyuge supérstite y compañero(a) permanente del causante, como entre sus dos compañeros(a) permanentes. En estos eventos, de conformidad con la sentencia C-1035 de 2008, si los dos o las dos reclamantes acreditan convivencia simultánea con el causante durante al menos sus últimos cinco años de vida, la pensión de sobrevivientes debe ser concedida a los(a) dos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. Sin embargo, con base en criterios de justicia y equidad, como lo ha señalado el Consejo de Estado, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en casos de convivencia simultánea se puede hacer en partes iguales a los compañeros(a) permanentes o al cónyuge y compañero(a) permanente[32]”.

3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Para resolver el caso bajo estudio, la Sala analizará, en primer lugar, la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de la tutelante y luego, de resultar procedente, se examinará la presunta vulneración de los mismos.

3.1.1. Legitimación en la causa por activa.

Los artículos 86 Constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991 indican que es titular de la

acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados. Estas personas pueden invocar directamente el amparo constitucional o pueden hacerlo a través de terceros que sean sus apoderados, representantes o agentes oficiosos, para el caso de las personas que no se encuentran en condiciones de interponer la acción por sí mismas.

En el caso examinado se observa que la señora Luz Amanda Pabón Calderón interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la salud, al debido proceso, al mínimo vital y a la dignidad humana.

Por lo anterior, la Sala encuentra que en virtud de la normativa mencionada, se encuentra legitimada para iniciar la acción.

3.1.2. Legitimación por pasiva.

En el presente caso se tiene que la actora demandó a Positiva Compañía de Seguros por no reconocerla como compañera del causante y beneficiaria de la pensión de sobreviviente del mismo.

En este caso, esta Sala encuentra que la solicitud de amparo está dirigida contra una entidad privada que, eventualmente, puede desconocer derechos fundamentales de los ciudadanos y frente a la cual, la jurisprudencia ha aceptado que la acción de tutela proceda en tanto puede presentarse una condición de indefensión.

En este caso se trata específicamente de atacar la actuación desplegada por Positiva Compañía de Seguros ante la cual la actora solicitó se les reconociera, a ella y a su hija, como beneficiarias de la pensión de sobreviviente de su compañero permanente, fallecido por accidente laboral. En consecuencia, existe legitimación en la causa por pasiva.

3.1.3. Examen de inmediatez.

Respecto este requisito, se observa que la última actuación en el proceso, se surtió el 26 de mayo de 2015 y fue la contestación de la entidad a la actora, dando respuesta a un derecho de petición adjuntando copia de la Resolución 04947 del 5 de agosto de 2010 y de la comunicación del 26 de marzo de 2012, reiterando que Positiva ARL no era competente para dirimir el conflicto de cuál de las dos peticionarias tiene mejor derecho y en qué

proporción de la pensión de sobreviviente del señor Gustavo Figueroa Sánchez, y la interposición de la acción de tutela se llevó a cabo el 3 de agosto de 2015, así que, en efecto, entre la fecha de la contestación de la compañía y la fecha de la tutela que hoy se revisa, trascurrieron poco más de dos meses.

Aunado a lo anterior, la Corporación ha señalado también que si se demuestra que la vulneración es permanente en el tiempo y que, a pesar de que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la acción, la situación desfavorable del actor, consecuencia del agravio, continúa y es actual, la acción de tutela se hace procedente superando el requisito de inmediatez, como en el presente caso, donde se advierte que la accionante está solicitando el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, prestación económica que tiene un carácter periódico, y que su no pago teniendo derecho, puede estar vulnerando derechos permanentemente en el tiempo, sin dejar de lado lo analizado en precedencia en cuanto a que los derechos pensionales son imprescriptibles y se puede solicitar su protección en cualquier momento,

3.1.4. Examen del cumplimiento del principio de subsidiariedad.

En el caso bajo estudio, la actora solicita se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente a la que cree tiene derecho por la muerte de su compañero permanente por accidente laboral. Frente a las actuaciones desplegadas en el proceso se observa lo siguiente:

Positiva Compañía de Seguros S.A. emitió la Resolución No. 04947 el 5 de agosto de 2010, en ella se le negó la prestación solicitada a las señoras Eyda María Herrera Ruidiaz y Luz Amanda Pabón Calderón por cuanto las dos presentaron solicitud y documentos para que se les reconociera como beneficiarias de la pensión de sobreviviente del señor Gustavo Figueroa Sánchez, pero ninguna allegó, a pesar de haberseles solicitado formalmente, una decisión proferida por un juez que determinara cuál de las dos tenía mejor derecho y en qué proporción respecto de dicho beneficio.

En la misma Resolución se señala que frente a la decisión allí tomada procedían los recursos de reposición y de apelación los cuales no fueron interpuestos por la accionante y en el expediente de tutela no aparece razón alguna que justifique dicha falencia.

Aunado a lo anterior, la actora adelantó un proceso de declaración de constitución de unión marital de hecho y de disolución de liquidación de la sociedad patrimonial en el que el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja profirió sentencia el 5 de diciembre de 2011 declarando, en efecto, que existió unión marital de hecho y sociedad patrimonial entre la señora Pabón Calderón y Gustavo Figueroa Sánchez.

Este proceso, de carácter voluntario, no fue solicitado por la compañía para poder tramitar la solicitud de pensión de sobreviviente, ya que allí, como lo señala Positiva ARL, no se dirimió el conflicto entre las dos petentes pues no se definió quién tenía el derecho y en qué proporción para el disfrute de la prestación en trámite.

En precedencia se señaló que la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela resulta improcedente para solicitar el reconocimiento de prestaciones económicas cuando dicha situación se puede ventilar ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa, pero de manera excepcional se admite su procedencia cuando la persona no cuente con otro mecanismo de defensa o cuando éstos existen pero no son los idóneos o resulten ineficaces para la protección de sus derechos además de evidenciarse elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, se configure un perjuicio irremediable y éste se pueda evitar.

En ese contexto, en el caso bajo estudio se observa que la accionante no interpuso los recursos que tenía a su disposición y alcance frente a la Resolución 04947 del 5 de agosto de 2010, es decir, el de reposición y apelación, instrumentos idóneos que le permitían controvertir la decisión tomada por la entidad demandada.

De otro lado, frente a la pensión de sobrevivientes específicamente, esta Corporación también ha concluido que “cuando existan controversias sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debido a que el cónyuge y compañero(a) permanente, o los dos compañeros(a) permanentes del causante han acreditado convivencia con este último en periodos distintos o de manera simultánea, la decisión sobre el reconocimiento y reparto de la pensión corresponde a la jurisdicción ordinaria. En estos casos, la institución encargada del reconocimiento de la pensión debe suspender el trámite y someterlo a la decisión de la jurisdicción ordinaria[33]”.

Por tanto, es evidente que la accionante no hizo uso de las herramientas requeridas para

que la compañía continuara con el trámite legal de reconocimiento y pago de la prestación económica por ella solicitada.

Ahora bien, los trámites anteriores podrían obviarse si se determinara en el caso concreto, que dichos mecanismos resultan ineficaces para la protección de sus derechos, además de evidenciarse elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, o se configure un perjuicio irremediable y éste se pueda evitar.

En este caso, la señora Luz Amanda Pabón Calderón alega que presenta acción de tutela por cuanto dependía económicamente del fallecido, en el momento de la interposición de la acción de tutela contaba con 50 años y a esa edad no era posible acceder a un trabajo; adicionalmente indica que al morir su esposo, su hija era menor de edad.

Frente a estas manifestaciones, la Sala encuentra que a la fecha de muerte de su compañero permanente, es decir, el 30 de marzo de 2005, la señora Pabón Calderón tenía 40 años, y su hija 15 años. La peticionaria recibió por parte de la compañía demandada, la primera solicitud de documentos el 16 de noviembre de 2007, es decir dos años después del suceso; después de esta comunicación sólo se encuentra la Resolución No. 04947 del 5 de agosto de 2010 por la cual se le niega el reconocimiento de la pensión por cuanto no allegó la documentación requerida respecto de la determinación de la porción a que tiene derecho ya que la señora Eyda María Herrera Ruidiaz también había presentado la petición de reconocimiento, y respecto de sus hijos no había aportado el certificado de escolaridad teniendo en cuenta que ya eran mayores de edad.

Posteriormente, Positiva ARL le envía nueva comunicación informándole a la actora que al revisar el expediente no se encontró la sentencia judicial en la que se determine quién tiene vocación y en qué proporción, para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente ya que la decisión aportada por ella declara de que existió una unión marital de hecho pero no dirime el conflicto de simultaneidad de convivencia y la compañía no es la competente para hacerlo.

De manera que, los hechos antes expuestos no permiten afirmar que en este caso se adviertan elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, o la presencia de un perjuicio irremediable toda vez que la accionante no es adulto mayor pues al momento de la muerte de su compañero tenía 40 años, al de la expedición de la

Resolución que negó el reconocimiento de la pensión tenía 45 años y en la actualidad 50 años, edades que no impiden acceder al mercado laboral y lograr un sustento económico que supliera su mínimo vital y el de sus hijos. Más aún, cuando ella ha reconocido que ha trabajado en servicios generales para sostenerse durante los quince (15) años que lleva el proceso.

Además, la accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad e imposterabilidad de la acción, para poder omitir los mecanismos idóneos que tenía a su alcance como eran los recursos de reposición y apelación contra la Resolución 04947, y el proceso laboral que dirimiera el conflicto de convivencia simultánea.

En este orden de ideas, en el caso concreto, al evaluar las condiciones fácticas de la actora con el fin de establecer si existía un perjuicio irremediable que hiciera procedente de manera excepcional la acción de tutela, o alguna condición especial que la hiciera un sujeto de especial protección constitucional[34] (como pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad, encontrarse en situación de desplazamiento o discapacidad, tener hijos menores, o padeciendo alguna enfermedad que no le permita acceder al mercado laboral), la Sala de Revisión no observó el cumplimiento de las exigencias jurisprudenciales para ello, teniendo en cuenta que las pretensiones son de carácter económico, toda vez que lo perseguido es el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente.

Lo anterior no es óbice para que la accionante inicie el proceso laboral indicado y allegue la sentencia judicial requerida para que Positiva ARL continúe con el trámite de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente que en este momento está suspendido.

3.1.5. Conclusión.

De conformidad con lo expuesto, al no cumplir con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela fijados por la jurisprudencia, particularmente con el relacionado a la subsidiariedad, la acción sometida a estudio de la Sala deviene improcedente.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja, el veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015), en cuanto revocó la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de

Barrancabermeja, el quince (15) de agosto de dos mil quince (2015) que concedía el amparo solicitado.

4. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja, el veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015), que revocó la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Barrancabermeja, el quince (15) de agosto de dos mil quince (2015) que concedía el amparo solicitado por la señora Luz Amanda Pabón Calderón dentro de la acción de tutela promovida contra Positiva Compañía de Seguros.

Segundo.- Por Secretaría General librar las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] T-576^a de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: “Al respecto, Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. En dicho fallo, esta Corporación estudió el término “perjuicio irremediable”, considerando que según el artículo 6º del num. 1º del Decreto 2591 de 1991 se ‘entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización’, de tal modo que para esta Corte el anterior enunciado antes de definir lo que es el concepto, lo que hace es describir el efecto del mismo, y aclaró:

“(…) El género próximo es el perjuicio; por tal, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ha de entenderse el ‘efecto de perjudicar o perjudicarse’, y perjudicar significa –según el mismo Diccionario– “ocasionar daño o menoscabo material o moral”. Por tanto, hay perjuicio cuando se presenta un daño o menoscabo material o moral injustificado, es decir, no como consecuencia de una acción legítima.

La indiferencia específica la encontramos en la voz ‘irremediable’. La primera noción que nos da el Diccionario es ‘que no se puede remediar’, y la lógica de ello es porque el bien jurídicamente protegido se deteriora irreversiblemente hasta tal punto, que ya no puede ser recuperado en su integridad.”

En la misma providencia se establecieron unos criterios que se deben presentar para que se configure un perjuicio irremediable. Ellos son:

“(…) la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.””.

[2] Sentencia T-225 de 2003, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[3] Sentencia T-576^a de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[4] Sentencia T-225 de 1993 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[5] Ibídem.

(....) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición

económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

[7] Sentencia C-458 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[8] M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[9] Al respecto ver Sentencia SU-995 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[10] “Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: “26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social”, sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término “seguro social” quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas. 27. De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales” (...) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.” Sentencia T-505 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[11] Artículo 9 “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

[12] Artículo 1: “El Código reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del

ser humano”

[13] T-505 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[14] T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

[15] T-505 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[16] T-580 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[17] Sentencias T-888 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-609 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-495 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1282 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1251 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-597 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[18] Sentencia T-006 de 2010 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[19] Sentencia C-617 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galvis.

[20] Sentencia T-606 de 2005 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[21] Sentencias T-1229 de 2003, T-701 de 2006 y T-996 de 2005.

[22] Sentencias T-701 de 2006, T-1221 de 2004, T-111 de 1994 y T-076 de 2003, entre otras.

[23] Sentencias T-235 de 2002, T-789 de 2003, T-482 de 2001 y T-1752 de 2000.

[24] Artículo 10 de la Ley 100 de 1993.

[25] Sentencia C-080 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[26] Ver artículos 46 al 49 de la Ley 100 de 1993.

[27] Ibídem.

[28] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[29] Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, fallo 2410 del 20 de septiembre 2007, C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

[30] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[31] Sentencia T-018 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[32] Sentencia T-301 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[33] Sentencia T-301 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.