T-090-16

Sentencia T-090/16

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE SUSTITUCION PENSIONAL-Procedencia excepcional a favor de sujetos de especial protección constitucional o personas en circunstancias de debilidad manifiesta

Por regla general, atendiendo el principio de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional. Sin embargo, la Corte ha estimado que, dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se deben considerar las siguientes excepciones a dicha regla de improcedencia: (i) cuando los medios ordinarios de defensa no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales amenazados porque, por ejemplo, el beneficiario de la sustitución pensional es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta, la acción de tutela procede como instrumento definitivo para salvaguardarlos; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable sobre los derechos fundamentales del actor. En tal caso, si se trata de un sujeto de especial protección constitucional, conforme lo establece el artículo 13 Superior, la caracterización del perjuicio debe responder a un criterio más amplio; (iii) el asunto puesto a consideración del juez de tutela supone un problema de relevancia constitucional; y (iv) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada.

SUSTITUCION PENSIONAL-Naturaleza, finalidad y principios constitucionales

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Cuando respecto del pensionado existe un compañero(a) permanente y una sociedad conyugal anterior que no fue disuelta, la sustitución se divide entre el cónyuge y el compañero en proporción al tiempo que convivieron con el causante

Las disputas que puedan presentarse entre el cónyuge y el compañero o la compañera permanente supérstite en torno al derecho a la sustitución pensional pueden ocurrir, o bien

porque este convivió simultáneamente con su cónyuge y su compañera o compañero permanente, o bien porque, al momento de su muerte, tenía un compañero permanente y una sociedad conyugal anterior que no fue disuelta, o un compañero o compañera permanente y una unión conyugal vigente, con separación de hecho. En este último evento, no hace falta que el cónyuge supérstite demuestre que convivió con el causante durante los últimos cinco años de su vida, sino, solamente, que convivió con él o ella más de cinco años en cualquier tiempo.

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL PARA EL CONYUGE SUPERSTITE SEPARADO DE HECHO QUE CONSERVE VIGENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL-Para su reconocimiento debe demostrar vínculo matrimonial y convivencia igual o superior a cinco años en cualquier tiempo

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

La prestación se concede en forma vitalicia a quienes tienen 30 años de edad o más a la fecha del fallecimiento del causante y a quienes, teniendo menos edad, procrearon hijos con este. A los primeros, sin embargo, se les exige un requisito adicional cuando aspiran a la sustitución pensional (es decir, cuando el causante de la prestación ya tenía el status de pensionado). Para ser beneficiario de la sustitución, el cónyuge o el compañero o compañera permanente que contaba con 30 años de edad o más al momento del fallecimiento del pensionado debe demostrar que hizo vida marital con él hasta su muerte y que convivió al menos cinco años continuos antes de que falleciera. Quienes, en contraste, aspiran a una pensión de sobreviviente no tienen que acreditar ese requisito de convivencia.

CONCEPTO DE CONVIVENCIA-No supone necesariamente, habitación bajo el mismo techo

La convivencia que exige la Ley 797 de 2003, más allá de la cohabitación, supone la existencia de lazos propios de la vida en pareja, como el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico y el acompañamiento espiritual. Por eso, aplicando también en este punto la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este alto tribunal ha considerado que la ausencia de cohabitación no descarta la convivencia, cuando se

fundamenta en causas justificadas, relacionadas, por ejemplo, con cuestiones de salud, obligaciones u oportunidades legales, imperativos legales u económicos, entre otros. La multiplicidad de factores que pueden incidir en la acreditación del requisito de convivencia demanda una exigente labor de valoración probatoria.

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Orden reconocer 50%, por cuanto convivió por más de 5 años y el vínculo conyugal se mantuvo vigente hasta el fallecimiento del causante

Referencia: expediente T-5.004.773

Demandante: Victoria Parada Morales

Demandado: Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la providencia proferida, en segunda instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, el veintidós (22) de mayo de dos mil quince (2015), que revocó la sentencia dictada, en primera instancia, por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el trece (13) de febrero de dos mil quince (2015), dentro de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El dos (2) de febrero de dos mil quince (2015), la señora Victoria Parada Morales impetró acción de tutela contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a una vida digna, presuntamente vulnerados por dicha entidad al negar la sustitución de la pensión de vejez solicitada.

2. Reseña fáctica

2.1. Manifiesta la accionante que el 7 de octubre de 1993, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante Resolución N.°1953, reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación a su esposo, Jorge Enrique Contreras Acosta, quien falleció el 26 de septiembre de 2013.

2.2. Refiere que, el 7 de octubre de 2013, solicitó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia la sustitución de la pensión de vejez del señor Contreras, en razón a que convivió con él 15 años, desde 1966 hasta 1981, fecha para la cual su cónyuge abandono el hogar. Así mismo, porque a pesar de la separación de hecho, la sociedad conyugal siguió vigente y su esposo Jorge Enrique Contreras Acosta mantuvo su afiliación a los servicios de salud como beneficiaria.

2.3. Indica que, el 1 de agosto de 2014, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante Resolución N.°1843, reconoció el 50% de la sustitución pensional del causante a su hija menor de edad, Valentina Contreras Puerta, a través de su madre Luz Janelly Puertas Grisales. De igual manera, dejó en suspenso el 50% restante hasta que la instancia judicial competente defina si su reclamación como esposa del señor Contreras Acosta es procedente, toda vez que no acreditó haber convivido, de forma continua, con el pensionado sus últimos 5 años de vida. Sostiene que, en desacuerdo con lo anterior, presentó el recurso de reposición contra la mencionada resolución.

2.4. Informa que, el 6 de octubre de 2014, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante Resolución N.°2560, resolvió el recurso de reposición y confirmó lo decidido en la Resolución N.°1843, con base en los mismos argumentos.

2.5. Señala que la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha determinado que los cónyuges, separados de hecho, podrían tener derecho a la pensión de sobrevivientes en

relación al tiempo convivido con el causante, pues bastaría que la sociedad conyugal no se haya liquidado. Del mismo modo, manifiesta que tiene 73 años de edad y depende económicamente de su hija, Lidia Victoria Contreras Parada, quien no cuenta con un trabajo estable.

2.6. En razón de lo expuesto, la accionante solicita, mediante la acción de tutela, que se ordene al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocerle el 50% restante de la sustitución de la pensión de vejez de su esposo.

3. Oposición a la demanda de tutela

La acción de tutela objeto del presente pronunciamiento, fue tramitada por el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, despacho judicial que, mediante auto de tres (3) de febrero de dos mil quince (2015), admitió la demanda y corrió traslado a la entidad demandada para efectos de que ejerciera su derecho a la defensa.

3.1. Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

José Jaime Azar Molina, Subdirector de Prestaciones Sociales del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, solicitó al juez de tutela denegar el amparo invocado por improcedente, toda vez que la accionante cuenta con otro mecanismo judicial para la defensa de sus derechos. Así mismo, al advertir que no se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

4. Pruebas que obran en el expediente

Durante el trámite de la acción de tutela, las partes allegaron, entre otras, las siguientes:

· Copia de la petición de 7 de octubre de 2013, por medio de la cual la señora Victoria Parada Morales solicita al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia la sustitución de la pensión de vejez de su esposo (folio 16).

· Copia del Registro Civil de Defunción del señor Jorge Enrique Contreras Acosta (folio 17).

· Copia del Registro Civil de Matrimonio de los señores Jorge Enrique Contreras y Victoria Parada Morales (folio 18).

· Copia del Registro Civil de Nacimiento de la señora Victoria Parada Morales (folio 19).

· Copia de las Declaraciones Extra Juicio rendidas por los señores María Isabelina Meneses de Aponte, Henry Ramírez Romero, Victoria Parada Morales y Yolanda Espinel de Plazas (folios 20 a 23).

· Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Victoria Parada Morales (folio 24).

· Copia de la sentencia SL 1510 de 5 de febrero de 2014, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Luz Asuad de Olano contra la Caja Nacional de Previsión Social (folios 25 a 44).

· Copia de la Resolución N.°1843 de 1 de agosto de 2014, proferida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia (folios 45 a 50).

· Copia de la petición de 19 de agosto de 2014, por medio de la cual la señora Victoria Parada Morales presenta el recurso de reposición contra la Resolución N.°1843 de 2014, proferida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia (folios 51 y 52).

· Copia de la Resolución N.°2560 de 6 de octubre de 2014, proferida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia (folios 53 a 58).

· Copia de la certificación emitida, el 11 de noviembre de 2014, por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y mediante la cual se hace constar que la señora Victoria Parada Morales está afiliada a dicha entidad adaptada en salud, en el régimen contributivo, como beneficiaria especial, cónyuge, desde el 1 de enero de 1998 (folio 60).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

Primera instancia

Mediante sentencia de trece (13) de febrero de dos mil quince (2015), el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, negó por improcedente el amparo solicitado al considerar que en el caso objeto de estudio la accionante cuenta con otro mecanismo judicial para la defensa de sus derechos. Así mismo, al advertir que no se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

De igual manera, advierte que en el caso de la referencia tampoco se cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que la demandante acude a la acción de tutela a controvertir actos administrativos que se profirieron hace cuatro meses.

Estimó que la demandante no demostró de qué manera la negativa de la entidad accionada de reconocerle la cuota parte de la sustitución pensional podía perjudicar su estilo de vida, pues, en primer lugar, no se trata de la interrupción de una prestación ya reconocida que afecte de forma considerable su mínimo vital y, en segundo lugar, cuenta con el apoyo de su hija para atender sus necesidades básicas.

En desacuerdo con lo anterior, la accionante presentó el recurso de apelación.

Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante providencia proferida el veintidós (22) de mayo de dos mil quince (2015), revocó la sentencia impugnada y, en su lugar, ordenó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia "emitir un acto administrativo, a través del cual reconozca y pague a la actora el 50% de la pensión que en vida era recibida por el señor Jorge Enrique Contreras Acosta, en calidad de beneficiaria de la sustitución pensional". Lo anterior, con base en los siguientes argumentos:

Determinó que la acción de tutela es procedente para resolver el problema jurídico planteado por la accionante porque, en primer lugar, es un sujeto de especial protección constitucional en razón a su avanzada edad, en segundo lugar, porque carece de los ingresos necesarios para solventar sus necesidades, pues depende únicamente de su hija y, en tercer lugar, porque la accionante estuvo inscrita en el servicio de salud, en calidad de

beneficiaria de su esposo, hasta que este falleció.

Ahora bien, respecto al derecho de la accionante a ser beneficiaria de la sustitución de la pensión de vejez de su esposo, el Tribunal transcribió el Artículo 13, inciso 3°, literal b de la Ley 797 de 2003, según el cual, "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". El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-1035 de 2008, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Aunado a lo anterior, dicha Corporación cito la sentencia SL 1510, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el 5 de febrero de 2014, en la que el Alto Tribunal recordó que:

"en decisiones más recientes del 24 de enero y 13 de marzo de 2012, Rads. 41637 y 45038 respectivamente, se introdujo una nueva modificación al criterio anterior, consistente en ampliar la interpretación que ha desarrollado la Sala sobre el tema, según la cual, lo dispuesto en el inc. 3° lit. b) del Art. 13 de la L. 797 de 2003 y la postura de otorgarle una cuota parte o la pensión a «quien acompañó al pensionado o afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época», se debe aplicar también en los casos en que no exista compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado. Ello toda vez que «si el derecho incorporado en ese literal, otorgaba esa prerrogativa a la (el) cónyuge cuando mediaba una (un) compañera (o)

permanente, no podía existir argumento en contra, ni proporcionalidad alguna, que se le restara cuando aquella no se hallaba, pues entonces la finalidad de la norma no se cumplía, es decir, no se proveía la protección al matrimonio que el legislador incorporó, haciendo la salvedad, de que la convivencia en el matrimonio, independientemente del periodo en que aconteció, no podía ser inferior a 5 años, según lo dispuesto en la preceptiva». Queda así armonizado el contenido de la citada norma con criterios de equidad y justicia, lo que implica un estudio particular en cada caso." (Subrayado fuera del texto original)

Sostiene que el causante, Jorge Enrique Contreras y la accionante, Victoria Parada Morales contrajeron matrimonio católico el 4 de enero de 1966, procrearon tres hijos y convivieron 15 años, desde 1966 hasta 1981. Así mismo, advierte que, después de la separación de hecho, el señor Contreras continuó en contacto telefónico con su cónyuge y la visitó "de tiempo en tiempo"[1], también, mantuvo su afiliación al servicio de salud como su beneficiaria. Por último, señala que el de cujus nunca disolvió la sociedad conyugal, ni convivió con otra persona después de que abandono a su esposa.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal consideró que "estas circunstancias encuadran en el supuesto de hecho que corresponde al precepto contemplado en el inciso 3° del Artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que introdujo una reforma en materia de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes consistente en que, si bien la convivencia con el causante sigue siendo el requisito fundamental para que el cónyuge o el compañero o la compañera permanente accedan a esa prestación por muerte, se estableció una excepción a esa regla general, con el fin de conferirle también la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus. (…)

En el presente caso, la señora Victoria Parada Morales en su condición de cónyuge separado de hecho mantiene vigente el vínculo matrimonial con el de cujus, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, confiere el derecho a la cuota parte de la pensión otorgada al señor Jorge Enrique Contreras por los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en el porcentaje que le fue suspendido por el Fondo de Pasivo Social de esa misma entidad".

III. PRUEBAS SOLICITADAS EN SEDE DE REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Mediante Auto de nueve (09) de septiembre de dos mil quince (2015), el Magistrado Sustanciador consideró que para proferir la decisión de fondo, era necesario vincular al presente tramite a la señora Luz Llanelly Puertas Grisales, madre de la hija menor de edad del señor Jorge Enrique Contreras Acosta. Así mismo, recaudar algunas pruebas para verificar hechos relevantes del proceso. En consecuencia, resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, OFICIESE a Cafesalud E.P.S., para que, en el término de tres (3) días siguientes a la notificación del presente proveído, informe a esta Corporación, la dirección de domicilio y número telefónico que tenga registrado en su base de datos respecto de la señora Luz Llanelly Puertas Grisales, identificada con la cédula de ciudadanía N.°24.413.885, quien según el Registro Único de Afiliados a la Protección Social-RUAF- aparece como afiliada en el Régimen Subsidiado, a través de Cafesalud E.P.S., en el departamento de Risaralda, municipio de Apia, como cabeza de familia, con el fin de vincularla al trámite de la acción de tutela de la referencia.

SEGUNDO: Por Secretaría General, OFICIESE a la señora Victoria Parada Morales para que, en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de este auto, se sirva informar a esta corporación, con los correspondientes documentos que respalden sus afirmaciones, lo siguiente:

· De qué forma dependía económicamente del señor Jorge Enrique Contreras Acosta

· Si tiene personas a cargo, indicando quiénes y cuántos

· Quiénes integran actualmente su núcleo familiar, de dónde derivan sus ingresos económicos y si tiene alguna profesión, arte u oficio

· Si es dueña de bienes muebles o inmuebles, indicando, en caso positivo, cuál es su valor y la renta que pueda derivar de ellos

· ¿Cuál es su situación económica actual?

· Si se encuentra afiliada a alguna entidad de salud y, en caso afirmativo, señale si es

en calidad de cotizante o beneficiaria

· ¿Cuánto tiempo y hasta cuando convivió con el causante?

· Si ha adelantado proceso ordinario laboral tendiente a obtener el reconocimiento pensional pretendido. En caso afirmativo, señale cuándo y dónde lo realizó. Para el efecto, anexe los documentos que permitan corroborarlo. En caso negativo, manifieste por qué razón no lo ha adelantado.

· La relación de gastos mensuales por todo concepto (alimentación, vestuario, salud, recreación, vivienda, préstamos, etc.), con los correspondientes soportes que así lo acrediten

· La dirección de residencia de la señora Luz Llanelly Puertas Grisales si la conoce

TERCERO: ORDENAR a la Secretaría General de la Corporación que, una vez hayan sido recepcionadas las pruebas requeridas, le informe al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a la señora Victoria Parada Morales para que se pronuncien sobre las mismas, en el término de tres (3) días hábiles, plazo durante el cual, el expediente quedará en la Secretaría General."

2. La Secretaria General de la Corte Constitucional informó al Magistrado Sustanciador que, en la recepción de esta Corporación, el 15 y 16 de septiembre de 2015, se recibieron los Oficios N.° RC-CF-REQ-35700 y OPT-A-1024/2015, suscritos por Ernesto Julio Niño Moreno, Director de Operaciones de Cafesalud EPS y, Victoria Parada Morales, respectivamente. Así mismo, se adjuntaron varias pruebas documentales.

3. El 18 de septiembre de 2015, la Secretaria General de la Corte Constitucional informó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a la señora Victoria Parada Morales de la recepción de las anteriores pruebas, las cuales puso a su disposición los días 21, 22 y 23 de septiembre.

4. Mediante Auto de veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015), el Magistrado Sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas para verificar hechos relevantes del proceso. En consecuencia, resolvió lo siguiente:

“Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, OFÍCIESE al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para que, en el término de tres (3) días siguientes a la notificación del presente proveído, informe a esta Corporación, la dirección de domicilio y número telefónico que tenga registrado en su base de datos respecto de la señora Luz Llanelly Puertas Grisales, identificada con la cédula de ciudadanía N. ° 24.413.885, y quien según Resolución N.° 1843 de 2014 fue reconocida como representante legal de la menor Valentina Contreras Puertas, con el fin de vincularla al trámite de la acción de tutela de la referencia.

Así mismo, remita copia del acto administrativo por medio del cual reconoció a la señora Victoria Parada Morales, identificada con la cédula de ciudadanía N.° 20.286.720, en virtud de un fallo de tutela, el 50% de la pensión causada por el señor Jorge Enrique Contreras Acosta.”

6. Mediante Auto de dos (02) de octubre de dos mil quince (2015), el Magistrado Sustanciador consideró que para proferir la decisión de fondo, era necesario vincular al presente tramite a la señora Luz Llanelly Puertas Grisales, madre de la hija menor de edad del señor Jorge Enrique Contreras Acosta. Así mismo, recaudar algunas pruebas para verificar hechos relevantes del proceso. En consecuencia, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: ORDENAR que por conducto de la Secretaría General, se ponga en conocimiento de la señora Luz Llanelly Puertas Grisales, el contenido de la demanda de tutela que obran en el expediente T-5.004.773 para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, se pronuncie respecto de los hechos, las pretensiones y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela.

SEGUNDO: Por Secretaría General, OFÍCIESE a la señora Luz Llanelly Puertas Grisales, para que, en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de este auto, se sirva informar a esta corporación, con los correspondientes documentos que respalden sus afirmaciones, lo siguiente:

· Cuánto tiempo y hasta cuándo convivio con el señor Jorge Enrique Contreras Acosta

· Si dependía económicamente del señor Jorge Enrique Contreras Acosta

· ¿Si tiene personas a cargo, indicando quiénes y cuántos?

· ¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar, de dónde deriva sus ingresos económicos y si tienen alguna profesión, arte u oficio?

· ¿Si es dueña de bienes muebles o inmuebles, indicando, en caso positivo, cuál es su valor y la renta que pueda derivar de ellos?

· ¿Cuál es su situación económica actual?

· ¿Informe si se encuentra afiliada a alguna entidad de salud y, en caso afirmativo, señale si es en calidad de cotizante o beneficiaria?

· La relación de gastos mensuales por todo concepto (alimentación, vestuario, salud, recreación, vivienda, préstamos, etc.), con los correspondientes soportes que asi lo acrediten

· Si ha adelantado proceso ordinario laboral tendiente a obtener el reconocimiento pensional pretendido. En caso afirmativo, señale cuándo y dónde lo realizó. Para el efecto, anexe los documentos que permitan corroborarlo. En caso negativo, manifieste por qué razón no lo ha adelantado.

TERCERO: ORDENAR a la Secretaria General de la Corporación que, una vez hayan sido recepcionadas las pruebas requeridas, le informe al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a la Señora Victoria Parada Morales para que se pronuncien sobre las mismas, en el término de tres (3) días hábiles, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaria General."

7. La Secretaria General de la Corte Constitucional informó al Magistrado Sustanciador que en la recepción de esta Corporación, se recibió un Oficio suscrito por la señora Luz Llanelly Puerta Grisales, junto con pruebas documentales y fotográficas.

8. La Secretaria General de la Corte Constitucional informó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a la señora Victoria Parada Morales de la recepción de las anteriores pruebas, las cuales puso a su disposición. Sobre dichos documentos, las dos partes allegaron escritos manifestando sus opiniones al respecto.

9. Mediante Auto de nueve (09) de octubre de dos mil quince (2015), el Magistrado Sustanciador consideró que para proferir la decisión de fondo era necesario recaudar algunas pruebas para verificar hechos relevantes del proceso. En consecuencia, resolvió lo siguiente:

· La fecha en la cual fue incluida en nominada la señora Victoria Parada Morales

· Si la señora Victoria Parada Morales ha reclamado las mesadas pensionales

SEGUNDO: Suspender el término para fallar el presente asunto hasta tanto sean allegadas y valoradas las pruebas aquí ordenadas."

10. La Secretaria General de la Corte Constitucional informó al Magistrado Sustanciador que, en la recepción de esta Corporación, se recibió el Oficio N.° OPT-1212 de 2015 suscrito por José Jaime Azar Molina, Subdirector de Prestaciones Sociales del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. De igual manera, se adjuntaron varias pruebas documentales.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares, en los casos específicamente previstos por el legislador. En esta oportunidad, la señora Victoria

Parada Morales solicita el amparo de sus derechos e intereses, razón por la cual se encuentra legitimada para actuar como demandante.

2.2. Legitimación pasiva

El Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia se encuentra legitimado como parte pasiva en el presente proceso de tutela, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, debido a que se le atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

3. Problema jurídico

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y las decisiones de tutela adoptadas por los jueces de instancia, en esta oportunidad, le corresponde a la Sala de Revisión determinar, si el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y a una vida digna de la señora Victoria Parada Morales al negar el reconocimiento de la cuota parte de la sustitución pensional, en calidad de cónyuge supérstite, de la pensión de vejez del señor Jorge Enrique Contreras Acosta, argumentando que la accionante no acreditó haber convivido, de forma continua, con el pensionado sus últimos 5 años de vida.

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala necesario ocuparse de los siguientes temas: (i) Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de sujetos de especial protección constitucional o personas en circunstancias de debilidad manifiesta; (ii) Naturaleza, finalidad y principios constitucionales de la sustitución pensional; (iii) Derecho a la sustitución pensional para el cónyuge supérstite separado de hecho que conserve vigente la sociedad conyugal y, luego analizará (iv) el caso concreto.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de sujetos de especial protección constitucional o personas en circunstancias de debilidad manifiesta. Reiteración de jurisprudencia

Por regla general, la resolución de los conflictos jurídicos que surgen en materia de sustituciones pensionales es asunto que compete a la jurisdicción ordinaria laboral o a la

contencioso administrativa, según sea el caso. Así pues, la acción de tutela, al tener naturaleza subsidiaria y encontrarse subordinada a la inexistencia o falta de idoneidad del medio judicial para la protección del derecho vulnerado, conforme lo indica el artículo 86 Superior, se torna improcedente para resolver pretensiones de dicha clase.

Sin embargo, si los medios ordinarios de defensa no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales amenazados, como sería el caso de personas merecedoras de especial protección, de manera excepcional, procede la acción de tutela como instrumento definitivo para salvaguardarlos, teniendo en cuenta que la jurisprudencia constante de esta Corporación ha destacado el vínculo estrecho que une al mínimo vital y la vida digna con la recepción de ciertas acreencias pensionales[2], dentro de las cuales se encuentra la sustitución pensional. Así se señaló, por ejemplo, en las sentencias T-396 y T-820 de 2009[3]:

"En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo principal y definitivo en el evento en que el medio de defensa judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y/o eficaz en el caso concreto. La Corte ha considerado que los mecanismos laborales ordinarios, aunque idóneos, no son eficaces cuando se trata de personas que reclaman el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores y/o por si situación de desplazamiento forzado, entre otras. Frente a estas circunstancias, las acciones ordinarias no son lo suficientemente expeditas frente a la exigencia de la protección inmediata de derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la salud, a la educación, a la vivienda digna, a la alimentación adecuada y a la seguridad social".

Así pues, es importante resaltar que la idoneidad y la eficacia del mecanismo ordinario para reclamar el reconocimiento de la sustitución pensional, deben ser analizadas por el juez de tutela haciendo una evaluación de los hechos expuestos en cada caso en concreto, en procura de determinar si el conflicto planteado transciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de relevancia constitucional.

De otro lado, la acción de tutela también procede, de forma excepcional, como mecanismo

transitorio para reclamar el reconocimiento de la sustitución pensional, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable, el cual se configura, en estos casos, cuando se viola o amenaza el derecho al mínimo vital del peticionario y/o de su familia por la ausencia de la referida prestación.

El perjuicio irremediable, además de reunir las condiciones de inminencia, urgencia, gravedad y requerir la ejecución de medidas impostergables, debe cumplir con dos supuestos adicionales comprobables por el juez constitucional: "(i) la prestación económica que percibía el trabajador o pensionado fallecido constituye el sustento económico de su grupo familiar dependiente; y, (ii) los beneficiarios de la pensión carecen, después de la muerte del trabajador o pensionado, de otros medios para garantizarse su subsistencia, por lo que quedan expuestos a un perjuicio irremediable derivado de la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital"[4]. Precisamente, frente a la presunción de afectación al mínimo vital, la Corte ha indicado que a pesar de la informalidad de la acción de tutela, de todos modos, el accionante debe acompañar a su afirmación de que le asiste el derecho alguna prueba siquiera sumaria[5] o esta debe ser decretada por el juez de tutela, de oficio[6].

Frente a este punto, la Corte, en sentencia T-789 de 2003[7], reiterada en la sentencia T-326 de 2007[8], indicó que el análisis de procedibilidad de la acción de tutela y la caracterización del perjuicio irremediable, deben responder a un "criterio amplio" cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional. En esos eventos, el estudio debe efectuarse con una óptica, "si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad". Sin embargo, es pertinente señalar que la mera circunstancia de que el afectado sea un sujeto de especial protección constitucional no contrae en sí misma la acreditación del perjuicio irremediable, sino que tiene como consecuencia que su valoración deba realizarse bajo criterios más amplios, como se explicó.

Finalmente, es necesario recordar que el excepcional reconocimiento del derecho a la sustitución pensional por vía de tutela se encuentra sometido, adicionalmente, a una última

condición de tipo probatorio, consistente en que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho, a pesar de que la entidad encargada de responder no haya hecho mención al reconocimiento o simplemente no haya ofrecido respuesta alguna al escrito de tutela, y que el accionante haya agotado algún trámite administrativo o judicial tendiente a obtener el reconocimiento de tal prestación. Así lo señaló la Corte, en sentencia T-651 de 2009[9], cuando, al estudiar el reconocimiento de una pensión especial de vejez para la madre de una hija inválida, adujo que "(...) la acción de tutela procede cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión y, sin embargo, la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en consecuencia".

En este orden de ideas, por regla general, atendiendo el principio de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional. Sin embargo, la Corte ha estimado que, dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se deben considerar las siguientes excepciones a dicha regla de improcedencia: (i) cuando los medios ordinarios de defensa no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales amenazados porque, por ejemplo, el beneficiario de la sustitución pensional es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta, la acción de tutela procede como instrumento definitivo para salvaguardarlos; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable sobre los derechos fundamentales del actor. En tal caso, si se trata de un sujeto de especial protección constitucional, conforme lo establece el artículo 13 Superior, la caracterización del perjuicio debe responder a un criterio más amplio; (iii) el asunto puesto a consideración del juez de tutela supone un problema de relevancia constitucional; y (iv) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada.

5. Naturaleza, finalidad y principios constitucionales de la sustitución pensional. Reiteración de jurisprudencia.

Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones se consagró por parte del legislador un conjunto de prestaciones económicas con la finalidad de prevenir

contingencias propias de los seres humanos, tales como la viudez, la invalidez, la muerte y la vejez.

Así las cosas, reconoció derechos pensionales para aquellos afiliados que les sobrevenga alguna de estas eventualidades, previo el cumplimiento de unos requisitos, a efectos de evitar la consolidación de mayores daños a sus condiciones de vida.

En ese sentido, estableció, entre otras, la pensión de vejez, de invalidez, de sobrevivientes y la sustitución pensional.

Con la intención de atender el intríngulis del asunto que concita a la Sala, se ahondará en el estudio del derecho a la sustitución pensional.

En ese sentido, la sustitución pensional pretende evitar que las personas que financieramente mantenían una dependencia con el pensionado, queden sin un ingreso que les permita su congrua subsistencia, de manera intempestiva, ante la eventualidad sobrevenida por el deceso de aquel.

Por tanto, se trata de una prestación económica cuya finalidad se asimila a la de la pensión de sobrevivientes, salvo que, en esta última no se ha consolidado el derecho pensional en favor del afiliado sino que se encuentra laborando y cotizando al SGSS y fallece, por lo que en este supuesto se torna necesario cumplir un número mínimo de aportes para que puedan acudir sus familiares a solicitar el reconocimiento.

Situación que no hace falta en tratándose de sustituciones habida cuenta que el afiliado ya consolidó y le fue reconocida su pensión y, ante su deceso, lo que pretenden los beneficiarios es sustituirlo por cuanto era quien suministraba los recursos financieros para cubrir sus necesidades y, con su muerte, son expuestos a un inminente perjuicio de no contar con la continuidad del pago de la asignación prestacional.

Desde esa perspectiva, la Corte, en sentencia C-111 de 2006[10], estableció que "la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria[11]. 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 que, además, en muchos casos compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades mínimas". Por consiguiente, resulta claro para la Sala que la finalidad que se persigue con la sustitución pensional es la de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que el pensionado ofrecía a sus familiares, y que el deceso de éste no determine el cambio sustancial de las condiciones de vida del beneficiario o beneficiarios, pues dicha sustitución tiene el alcance de brindar una ayuda vital e indispensable para la subsistencia de éstos.

Así las cosas, para la Corte las disposiciones destinadas a regular los aspectos relacionados con la sustitución pensional no pueden incluir expresa o implícitamente tratos discriminatorios que se conviertan en barreras que dificulten el acceso a aquella, dada su especial dimensión constitucional y los principios en comento que le sirven de respaldo constitucional.

Desde el punto de vista legal, la sustitución pensional se encuentra consagrada tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual con solidaridad. En términos generales, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, las personas que tienen derecho a la sustitución pensional son los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca[12].

En forma adicional, para tener derecho al reconocimiento de la sustitución pensional, se debe acreditar por parte de los miembros del grupo familiar del causante, la condición de beneficiarios legales a partir del orden de prelación que estatuyen los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados y recogidos en lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003[13]. Dicho orden garantiza la estabilidad económica y financiera del sistema general de pensiones, habida consideración que el reconocimiento de la sustitución pensional solo opera para los miembros del grupo familiar que, por su cercanía y dependencia del causante, pueden resultar afectados en su digna subsistencia.

6. Derecho a la sustitución pensional para el cónyuge supérstite separado de hecho que conserve vigente la sociedad conyugal.

La Ley 100 de 1993 contempló, en sus artículos 47 y 74, quiénes pueden ser beneficiarios

de la sustitución pensional y de la pensión de sobrevivientes y los requisitos que deben satisfacer para que se les reconozca tal condición. Tales disposiciones fueron modificadas por la Ley 797 de 2003, cuyo artículo 13 identificó como beneficiarios de esas prestaciones, en forma excluyente i) al cónyuge o al compañero o compañera permanente supérstite y a los hijos menores de 18 años y mayores de 18, hasta los 25 años, que estuvieran estudiando y dependieran del causante al momento de su muerte; ii) a los padres del causante y iii) a sus hermanos inválidos, si dependían de él.

Con respecto al cónyuge y al compañero o compañera permanente, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 indicó, primero, que pueden acceder a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, según corresponda, en forma vitalicia o temporal.

La prestación se concede en forma vitalicia a quienes tienen 30 años de edad o más a la fecha del fallecimiento del causante y a quienes, teniendo menos edad, procrearon hijos con este. A los primeros, sin embargo, se les exige un requisito adicional cuando aspiran a la sustitución pensional (es decir, cuando el causante de la prestación ya tenía el status de pensionado). Para ser beneficiario de la sustitución, el cónyuge o el compañero o compañera permanente que contaba con 30 años de edad o más al momento del fallecimiento del pensionado debe demostrar que hizo vida marital con él hasta su muerte y que convivió al menos cinco años continuos antes de que falleciera. Quienes, en contraste, aspiran a una pensión de sobreviviente no tienen que acreditar ese requisito de convivencia.[14]

Finalmente, la norma contempla que la prestación se concede en forma temporal a la esposa o compañera menor de 30 años que no procrearon hijos con el causante. En ese caso, la pensión se reconoce durante veinte años, lo cual exige a su beneficiario cotizar al sistema para obtener, después, su propia pensión.

Tales son las exigencias que determinan el reconocimiento de la sustitución pensional y de la pensión de sobreviviente cuando al causante le sobrevive su cónyuge o su compañero o compañera permanente. No obstante, la Ley 797 de 2003 previó también la posibilidad de que el causante hubiera hecho vida en común con varias personas que pudieran considerarse beneficiarias del respectivo derecho pensional. El artículo 13 contempló las reglas para identificar al titular de la prestación en esos eventos.

La norma contempla tres hipótesis distintas. La primera, (i) se presenta cuando respecto del pensionado existe un compañero o compañera permanente y una sociedad conyugal anterior que no fue disuelta. En este caso, la pensión de sobrevivientes se divide entre el cónyuge y el compañero o compañera en proporción al tiempo en que convivieron con el causante.[15]

La segunda, es la que tiene lugar (ii) cuando el causante de la prestación -afiliado o pensionado- convivió simultáneamente con su cónyuge y con su compañero o compañera permanente durante los cinco años anteriores a su muerte. Según la Ley 797, en tal hipótesis, la pensión debía reconocérsele a la esposa o al esposo del causante.[16]

El último caso al que remite la norma es aquel en el que (iii) el causante de la pensión de sobreviviente o de la sustitución pensional tenía un compañero o compañera permanente al momento de su muerte y una unión conyugal vigente, estando, no obstante, separado de hecho de su cónyuge. De acuerdo con la Ley 797 de 2003, tal situación permite que la compañera o el compañero permanente reclamen una cuota parte de la prestación correspondiente, en forma vitalicia, en un porcentaje proporcional al tiempo que convivieron con el causante, siempre que haya sido superior a los últimos cinco años antes de su fallecimiento. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge supérstite del afiliado o pensionado.[17]

Esta corporación ha interpretado dichas pautas normativas en distintos escenarios. En sede de control de constitucionalidad, por ejemplo, la Sentencia C-1035 de 2008[18] examinó 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, y la declaró exequible, en el entendido de que también serían beneficiarios de la pensión la compañera o compañero permanente, y de que la pensión se dividiría entre ellos (as) –el cónyuge y el compañero permanente -en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.[19]

El fallo advirtió que preferir al esposo o a la esposa para efectos del reconocimiento de la sustitución pensional o de la pensión de sobrevivientes resultaba discriminatorio e irrazonable, pues no había motivos para privilegiar a la pareja conformada por un vínculo

matrimonial sobre aquella conformada por un vínculo natural en los casos de convivencia simultánea. La naturaleza del vínculo familiar no podía constituir un criterio para establecer tratamientos diferenciales que, como el aplicado por la norma acusada, desconocían la finalidad legal y constitucional de la pensión de sobrevivientes, dijo la Corte.

Sobre esos supuestos, esta Corporación ha insistido en la importancia de que los conflictos que se presenten entre el cónyuge y el compañero o compañera permanente por cuenta de su derecho a ser reconocidos como beneficiarios de la sustitución pensional o de la pensión de sobrevivientes se resuelvan considerando el contenido garantista de la Carta de 1991, que protege, en condiciones de igualdad, a las familias que el causante constituyó con su esposo o esposa y con su compañero o compañera permanente.[20] Tal es el fundamento de los fallos de revisión de tutela que han ordenado reconocer tales prestaciones de forma proporcional al tiempo de convivencia con el causante, en aquellos casos en los que este compartió los últimos cinco años de su vida con su cónyuge y su compañero o compañera permanente, o incluso con varios compañeros permanentes.

De manera más reciente, la Sentencia C-336 de 2014[21] estudió la constitucionalidad del aparte del inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en virtud del cual se permite que el cónyuge separado de hecho obtenga una cuota parte de la pensión de sobreviviente o de la sustitución pensional proporcional al tiempo en el que convivió con el causante. La norma fue demandada sobre el supuesto de que relevar al cónyuge de demostrar la convivencia efectiva con el causante durante los últimos años de su vida resultaba discriminatorio frente al compañero o compañera permanente supérstite, quien, en contraste, sí debía demostrar tal convivencia.

La regla que en ese sentido contemplaba la Ley 797 de 2003 había sido, en efecto, de difícil interpretación para la justicia constitucional y para la justicia ordinaria. De hecho, fue la Corte Suprema de Justicia la que, en decisión de 2011, dio cuenta de que el legislador había previsto dicha posibilidad –la de que el cónyuge separado de hecho accediera a la prestación demostrando una convivencia de cinco años en cualquier tiempo- en ejercicio de su libertad de configuración en materia pensional.[22]

Siguiendo tal interpretación, esta corporación ha reconocido, en sede de tutela, el derecho a la pensión de sobrevivientes de quienes, al momento de la muerte del causante,

mantenían vigente su sociedad conyugal con este, si además convivieron con él durante al menos cinco años en cualquier tiempo.[23]

La Sentencia C-336 de 2014 ratificó dicho criterio jurisprudencial al declarar exequible la expresión "la otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente", contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de Ley 797 de 2003. El fallo aclaró que permitir que el cónyuge separado de hecho obtenga una cuota de la pensión de sobrevivientes aunque no haya convivido durante los últimos años de su vida con el causante no equivale a discriminar al compañero permanente supérstite. Tal posibilidad, por el contrario, busca equilibrar la tensión surgida entre el último compañero permanente del causante y su cónyuge, con quien subsisten los vínculos jurídicos, aunque no la convivencia.

En virtud de lo expuesto es posible concluir, entonces, que las disputas que puedan presentarse entre el cónyuge y el compañero o la compañera permanente supérstite en torno al derecho a la sustitución pensional pueden ocurrir, o bien porque este convivió simultáneamente con su cónyuge y su compañera o compañero permanente, o bien porque, al momento de su muerte, tenía un compañero permanente y una sociedad conyugal anterior que no fue disuelta, o un compañero o compañera permanente y una unión conyugal vigente, con separación de hecho. En este último evento, no hace falta que el cónyuge supérstite demuestre que convivió con el causante durante los últimos cinco años de su vida, sino, solamente, que convivió con él o ella más de cinco años en cualquier tiempo.

Así mismo, es importante precisar que el concepto de convivencia no supone, necesariamente, habitación bajo el mismo techo. La convivencia que exige la Ley 797 de 2003, más allá de la cohabitación, supone la existencia de lazos propios de la vida en pareja, como el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico y el acompañamiento espiritual. Por eso, aplicando también en este punto la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este alto tribunal ha considerado que la ausencia de cohabitación no descarta la convivencia, cuando se fundamenta en causas justificadas, relacionadas, por ejemplo, con cuestiones de salud, obligaciones u oportunidades legales, imperativos legales u económicos, entre otros.[24]

La multiplicidad de factores que pueden incidir en la acreditación del requisito de convivencia demanda una exigente labor de valoración probatoria. De ahí que el legislador haya previsto que las controversias entre el cónyuge y el compañero o compañera permanente supérstites por el derecho a la sustitución pensional deban ser resueltos por la jurisdicción correspondiente. La Ley 1204 de 2008 señala que, mientras se define en sede judicial quién es el beneficiario de la sustitución y en qué proporción, la prestación quedará en suspenso.[25]

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala de Revisión pasa al análisis del caso concreto.

7. Análisis del caso concreto

A partir de la reseña fáctica expuesta y de las pruebas que obran dentro del expediente, la Sala de Revisión encuentra acreditados los siguientes hechos:

· Que el 4 de enero de 1966, el señor Jorge Enrique Contreras Acosta y la señora Victoria Parada Morales contrajeron matrimonio católico. De dicha unión nacieron 3 hijos, Lidia Victoria, Giovanny y Mario Contreras Parada.

· Que la señora Victoria Parada Morales y el señor Jorge Enrique Contreras Acosta compartieron techo, lecho y mesa hasta 1981, año para el cual este último abandono el hogar. Sin embargo, dicha sociedad conyugal nunca fue disuelta.

· Que el 7 de octubre de 1993, Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante Resolución N.°1953, reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación al señor Jorge Enrique Contreras Acosta.

· Que el señor Jorge Enrique Contreras Acosta y la señora Luz Llanelly Puerta Grisales convivieron, en unión marital de hecho, por el periodo comprendido entre 1994 y 2002. De dicha relación nació, el 17 de agosto de 1997, Valentina Contreras Puertas.

· Que el 26 de septiembre de 2013, falleció el señor Jorge Enrique Contreras Acosta.

· Que el 7 de octubre de 2013, la señora Victoria Parada Morales solicitó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia la sustitución de la pensión de vejez

de su esposo. En razón a que convivió 15 años con él, desde 1966 hasta 1981, fecha para la cual su cónyuge abandonó el hogar. Así mismo, porque a pesar de la separación de hecho, la sociedad conyugal siguió vigente y su esposo Jorge Enrique Contreras Acosta mantuvo su afiliación a los servicios de salud como beneficiaria.

· Que también la señora Luz Llanelly Puertas Grisales solicitó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia la sustitución de la pensión de vejez del señor Jorge Enrique Contreras Acosta, en nombre y representación de su hija menor de edad, Valentina Contreras Puertas.

· Que el 1 de agosto de 2014, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante Resolución N.°1843, reconoció el 50% de la sustitución pensional del señor Jorge Enrique Contreras Puerta a su hija menor de edad, Valentina Contreras Puerta, a través de su madre Luz Janelly Puertas Grisales. Así mismo, dejó en suspenso el 50% restante hasta que la instancia judicial competente definiera si la reclamación de la señora Victoria Parada Morales como esposa del causante era procedente, toda vez que no acreditó haber convivido, de forma continua, con el pensionado sus últimos 5 años de vida, requisito exigido en la normatividad aplicable, artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En desacuerdo con lo anterior, la señora Victoria Parada Morales presentó el recurso de reposición contra la mencionada resolución.

· Que el 6 de octubre de 2014, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante Resolución N.°2560, resolvió el recurso de reposición y confirmó lo decidido en la Resolución N.°1843, al considerar que la señora Victoria Parada Morales no aportó un nuevo argumento, factico o legal, que pudiera modificar la decisión tomada.

· Que el 2 de febrero de 2015, la señora Victoria Parada Morales impetró acción de tutela contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a una vida digna, presuntamente vulnerados por dicha entidad al negar la sustitución de la pensión de vejez solicitada.

· Que de dicha acción conoció, en primera instancia, el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, despacho que, en sentencia de 13 de febrero de 2015, negó por improcedente el amparo solicitado, al considerar que la accionante contaba

con otro mecanismo judicial para la defensa de sus derechos. Así mismo, al advertir que no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En desacuerdo con lo anterior, la accionante presentó el recurso de apelación.

· Que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante providencia proferida el 22 de mayo de 2015, revocó la sentencia impugnada y en su lugar, ordenó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia "emitir un acto administrativo, a través del cual reconozca y pague a la actora el 50% de la pensión que en vida era recibida por el señor Jorge Enrique Contreras Acosta, en calidad de beneficiaria de la sustitución pensional". Lo anterior, al considerar que "En el presente caso, la señora Victoria Parada Morales en su condición de cónyuge separado de hecho mantiene vigente el vínculo matrimonial con el de cujus, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, confiere el derecho a la cuota parte de la pensión otorgada al señor Jorge Enrique Contreras por los ferrocarriles Nacionales de Colombia, en el porcentaje que le fue suspendido por el Fondo de Pasivo Social de esa misma entidad".

· Que en virtud de la anterior decisión judicial, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante Resolución N.° 1259 de 24 de julio de 2015, reconoció el 50% restante de la sustitución de la pensión de vejez del señor Jorge Enrique Contreras Acosta a su cónyuge supérstite, Victoria Parada Morales.

· Que el señor Jorge Enrique Contreras Acosta tenía inscritos como beneficiarios para la prestación de los servicios médicos y de salud a su cónyuge, Victoria Parada Morales y a su hija menor de edad, Valentina Contreras Puerta.

· Que la señora Victoria Parada Morales tiene 74 años de edad y depende económicamente de su hija Lidia Victoria.

En el caso objeto de estudio, se advierte que la señora Victoria Parada Morales acude a la acción de tutela con el fin de que le sea reconocida la cuota parte de la sustitución de la pensión de vejez de su esposo. En ese orden de ideas, corresponde a la Sala de Revisión determinar, en primer lugar, si la acción de tutela es procedente para solicitar el amparo invocado.

Del material probatorio allegado con el escrito tutelar, la Sala observa que la accionante es

un sujeto de especial protección constitucional en razón a su avanzada edad, pues a la fecha tiene 74 años. Así mismo, se advierte que no cuenta con ningún ingreso económico, pues depende en forma exclusiva de su hija.

Ahora, si bien las controversias referentes al reconocimiento de la sustitución pensional se deben ventilar ante la justicia laboral dicho medio ordinario de defensa, con que cuenta la accionante, carece de eficacia para proteger su derecho fundamental al mínimo vital, habida cuenta que el cubrimiento de sus necesidades básicas no puede estar supeditado a un largo proceso laboral. Por consiguiente, la tutela procede como instrumento definitivo para salvaguardar los derechos de la señora Victoria Parada Morales, máxime cuando el caso denota relevancia constitucional.

Superado el anterior juicio amplio de procedencia de la acción de tutela, la Sala centra su atención en la segunda verificación, atinente al derecho que le asiste a la accionante para reclamar una cuota parte de la pensión de vejez de su esposo. Frente al tema, la Corte observa que el señor Jorge Enrique Contreras Acosta disfrutaba, desde el 7 de octubre de 1993, de la pensión mensual vitalicia de jubilación concedida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

El pensionado falleció el 26 de septiembre de 2013 y, por ende, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, tienen derecho a la sustitución pensional los miembros de su grupo familiar cercano. De esta forma, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante Resolución N.°1843 de 2014, reconoció el 50% de la sustitución pensional del señor Jorge Enrique Contreras Puerta a su hija menor de edad, Valentina Contreras Puerta, a través de su madre Luz Janelly Puertas Grisales. Así mismo, dejó en suspenso el 50% restante hasta que la instancia judicial competente definiera si la reclamación de la señora Victoria Parada Morales como esposa del causante era procedente, toda vez que no acreditó haber convivido, de forma continua, con el pensionado sus últimos 5 años de vida, requisito exigido en la normatividad aplicable, artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, la controversia queda contraída a determinar si la señora Victoria Parada Morales, cónyuge supérstite, tiene derecho al reconocimiento del 50% restante de la sustitución de la pensión de vejez del señor Jorge Enrique Contreras Acosta, por haber

permanecido vigente la sociedad conyugal con el causante, pese a no haber convivido con este en los últimos 5 años anteriores a su muerte y no existir durante ese lapso, alguna compañera permanente.

Debe comenzar la Sala por advertir, que tal como lo señaló el Tribunal, Ad quem, la norma aplicable a la situación pensional aquí debatida, no es otra que la Ley 797 de 2003, en su artículo 13, que, a su vez, modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, toda vez que el afiliado Jorge Enrique Contreras Acosta, falleció el 26 de septiembre de 2013.

Dicha preceptiva reguló íntegramente lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

"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 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 éste. 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 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 (…)". (Resalta y subraya fuera del texto original).

El texto entre paréntesis fue declarado exequible condicionalmente, mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido».

Ahora bien, acerca de la correcta interpretación de la parte pertinente de la norma transcrita, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en fallo CSJ SL, 29 nov. 2008, rad. 32393, rad. 40055, precisó que la hipótesis de la L. 797/2003, art. 13, lit. b, inc, 3º, solo aplica para el evento en que, luego de la separación de hecho de un cónyuge con vínculo matrimonial vigente, el causante establezca una nueva relación de convivencia y concurra un compañero o compañera permanente, caso en el cual la convivencia de los 5 años de que habla la norma para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en «cualquier tiempo». En esta oportunidad, así se pronunció la Sala:

"(….) la conclusión que se obtiene de la expresión <La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente…>, porque esa referencia no deja lugar a dudas de que el cónyuge que conserva con vigor jurídico el lazo matrimonial tendrá derecho a una cuota parte de la prestación. De tal modo, en caso de que, luego de la separación de hecho de su cónyuge, el causante establezca una nueva relación de convivencia, en caso de su fallecimiento el disfrute del derecho a la pensión deberá ser compartido entre el cónyuge separado de hecho y el compañero o compañera permanente que tenga esa condición para la fecha del fallecimiento, en proporción al tiempo de convivencia.

Con el fin de delimitar el ámbito de aplicación de la norma, considera la Corte que, desde luego, la referencia que en aquella se hace a la cónyuge, también debe entenderse efectuada respecto del cónyuge, pues, de no entenderse así la disposición, se establecería una discriminación por razón de género que, en la actualidad no tendría justificación, en tanto que, claramente, sería violatoria del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Es indudable que el precepto en cuestión establece como condición que la convivencia «haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante"; pero un análisis de esa disposición legal, en su contexto, permite concluir que, de la forma como está redactada, ese requisito se predica respecto de la compañera o del compañero permanente, mas no del cónyuge porque, con claridad, no se refiere a éste sino a aquéllos, ya que está escrita, en la parte que interesa, en los siguientes términos: "…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".

Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, seria carente de toda lógica, que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien "mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho", se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges.

Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues, como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene

vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del Sistema de Seguridad Social" (Subraya fuera del texto original).

La anterior interpretación fue ampliada, en las decisiones CSJ SL 24 ene. 2012, rad. 41637 y CSJ SL, 13 de mar. 2012, rad. 45038, en el sentido de que lo dispuesto en la L. 797/2003, art. 13, lit. b, inc, 3º el inciso 3° y la postura de otorgarle una cuota parte o la pensión a «quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época», también debe aplicarse en los casos en que no exista compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, toda vez que «si el derecho incorporado en ese literal, otorgaba esa prerrogativa a la (el) cónyuge cuando mediaba una (un) compañera (o) permanente, no podía existir argumento en contra, ni proporcionalidad alguna, que se le restara cuando aquella no se hallaba, pues entonces la finalidad de la norma no se cumplía, es decir, no se proveía la protección al matrimonio que el legislador incorporó, haciendo la salvedad, de que la convivencia en el matrimonio, independientemente del periodo en que aconteció, no podía ser inferior a 5 años, según lo dispuesto en la preceptiva».

De conformidad con lo expuesto, la Sala de Revisión concluye que a la señora Victoria Parada Morales le asiste el derecho sobre el 50% restante de la sustitución pensional de la pensión de vejez de su esposo, Jorge Enrique Contreras Acosta, por cuanto hizo vida en común con él por más de 5 años y el vínculo conyugal se mantuvo vigente hasta su muerte. En consecuencia, confirmará el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, el 22 de mayo de 2015, dentro del expediente T-5.004.773.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el proceso que aquí se

decide.

SEGUNDO.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo judicial proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, el 22 de mayo de 2015, dentro del expediente T-5.004.773.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-090/16

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Se debió conceder la acción de tutela de manera transitoria, mientras la jurisdicción ordinaria resuelve los titulares del derecho (Salvamento de voto)

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL PARA EL CONYUGE SUPERSTITE SEPARADO DE HECHO QUE CONSERVE VIGENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL-Requisito de no demostrar convivencia durante los cinco años antes de su fallecimiento resulta discriminatorio respecto del compañero(a) permanente que si debe demostrar la convivencia en ese lapso de tiempo (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-5.004.773

Acción de tutela presentada por Victoria Parada Morales contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me condujeron a salvar el voto en la sentencia de la referencia, proferida por la Sala Cuarta de Revisión, el 24 de febrero de 2016.

La sentencia T-090 de 2016 analizó la acción de tutela interpuesta por la señora Victoria Paredes contra el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a través de la cual la demandante reclamaba la protección de sus derechos al mínimo vital y a la vida digna, que estimó vulnerados porque la entidad accionada le negó su solicitud de sustitución pensional.

De los hechos relatados en la tutela, se conocía que el señor Jorge Enrique Contreras y la accionante contrajeron matrimonio y convivieron durante 15 años, desde 1966 hasta 1981. Después de esa fecha, se separaron de hecho, pero aún así el señor Contreras siempre mantuvo a la señora Parada afiliada como beneficiaria en el sistema de salud.

También se conocía que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales reconoció pensión de jubilación al señor Jorge Enrique Contreras en 1993. Y en 2014, después del

fallecimiento del pensionado, se presentaron ante el Fondo dos solicitudes de sustitución pensional: una, de la señora Luz Llanely Puertas Grisales, quien requirió la sustitución de la prestación a favor de la hija que tuvo con el causante, Valentina Contreras Puerta, menor de edad; y otra, de la señora Victoria Parada, quien afirmó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los cónyuges separados de hecho, pueden obtener la pensión de sobrevivientes en proporción al tiempo convivido con el causante.

El Fondo reconoció el 50% de la pensión del señor Contreras a la menor de edad y dejó en suspenso la adjudicación del 50% restante porque consideró que para decidir quien tenía derecho a ésta, era necesario adelantar un proceso judicial ante la instancia competente.

La señora Victoria Parada interpuso acción de amparo porque, en su criterio, debido a su edad y a la falta de recursos económicos, no podía acudir a la jurisdicción ordinaria para que se definiera su derecho. Indicó que tiene 73 años y depende económicamente de una hija que no cuenta con trabajo estable, por lo que la negación de la sustitución pensional afectaba su mínimo vital.

En sede de revisión, el Magistrado sustanciador profirió varios autos de pruebas en los cuales indagó, principalmente, por la situación socio económica de la señora Victoria Parada y por su posible dependencia económica con el causante. También ofició a algunas entidades con el fin de obtener los datos de la señora Luz Llanely Puertas y, posteriormente, la puso en conocimiento del proceso. A la señora Puerta le solicitó informar sobre su situación socio económica y su relación con el señor Contreras.

En el estudio del caso, la sentencia determinó que la tutela era procedente porque la demandante era una persona de especial protección en razón de su edad y no podía someterse a un largo proceso laboral.

Posteriormente, en el análisis de fondo, se indicó que la norma aplicable al caso era el inciso tercero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Al determinar el alcance de la disposición, la sentencia acogió la interpretación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, al cónyuge separado de hecho no se le exige una convivencia en los últimos 5 años de vida del causante, sino en cualquier tiempo. Lo anterior, porque dicha Corporación considera que si el Legislador incluyó el derecho a la sustitución pensional de los cónyuges separados de hecho, no se les puede exigir convivencia en los últimos años,

pues es obvio que por estar separados de hecho no convivían.

Por consiguiente, la Sala Cuarta de la Corte Constitucional concluyó que la señora Victoria Parada tiene derecho al 50% de la sustitución pensional porque estuvo casada con el señor Jorge Enrique Contreras e hizo vida común con él por más de 15 años.

Decidí salvar mi voto en la anterior decisión por tres razones que expongo a continuación.

Primero, considero problemático conceder una sustitución pensional a través de la acción de tutela como mecanismo definitivo por la dificultad de traer a la discusión a todos los posibles interesados y por la complejidad del debate probatorio. De las pruebas aportadas, parece no existir otra compañera permanente del causante, se infiere también que no hay una persona que tenga interés en la sustitución pensional, no obstante, no hay certeza de la no existencia de otra persona con mejor derecho. Esta falta de certidumbre no es algo particular del caso de la referencia, corresponde a lo complejo que son este tipo de asuntos que son competencia principal de la jurisdicción ordinaria, escenario en el cual existe un procedimiento especial para llamar a los posibles interesados en la pensión de sobrevivientes y definir a quién o a quiénes corresponde la prestación.

En el caso de la referencia, puede suceder que no estén vinculados todos los interesados en la sustitución pensional y, aún así, se concedió la petición a la actora como mecanismo definitivo.

Por lo tanto, creo que no es adecuado que en sede de tutela se conceda el amparo como mecanismo definitivo cuando se persigue una sustitución pensional, si eventualmente es necesario ordenar una protección, estimo que ésta debe ser, principalmente, transitoria, y posteriormente la jurisdicción debe estudiar el caso y definir los titulares de los derechos.

Segundo, estimo que no es claro que se deba conceder la titularidad del 50% de la prestación del causante a la accionante y, con esto, se afecta el derecho de un titular incuestionable.

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 explica los casos en los que es posible que el compañero permanente o cónyuge supérstite obtenga la pensión de sobrevivientes de su

pareja. El inciso 3, aplicado en la tutela de la referencia, dispone cómo resolver los casos en los que existe compañero permanente y cónyuge separado de hecho, sin convivencia simultánea.

Sin embargo, en el caso concreto, de acuerdo con el material probatorio que reposa en el expediente, el señor Contreras no tenía compañera permanente al momento de morir, pues la relación con la señora Puerta terminó en 2002. En ese sentido, en mi criterio, la disposición aplicable es el inciso primero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el que se indica que si el causante tenía cónyuge –como en este caso, pues no se divorció de la señora Victoria Parada- aquella tiene derecho a su pensión, únicamente si convivió con el causante hasta la muerte y, al menos, cinco años antes de su fallecimiento.

En mi criterio, de acuerdo con una interpretación literal del artículo, la señora Victoria Parada no tiene derecho a la sustitución pensional pues no vivió con el causante hasta la muerte, ni convivió con él en sus últimos cinco años de vida.

Y más importante aún, desde una interpretación finalística de la norma, la sustitución pensional es una figura jurídica que tiene como objeto no dejar desprotegido a quien dependía del causante y que al momento de la muerte del pensionado deja de contar con recursos económicos indispensables para su sobrevivencia. La prestación que se discute no se entiende entonces como un bien de la herencia, es un dinero que busca proteger el mínimo vital de la pareja de quien fallece.

De los hechos descritos en el caso de la señora Victoria Parada se entiende que aquella no dependía económicamente del causante, su sostenimiento está a cargo de su hija. La accionante únicamente recibía del señor Contreras la afiliación a salud. Por consiguiente, no hay razón para que ella sea la beneficiaria de la pensión, pues su subsistencia no estaba atada a percibir estos recursos. Si se entiende que la norma busca proteger a quien se enfrenta a una afectación de su mínimo vital ante la muerte del pensionado, en el caso de la señora Victoria Parada no es claro su derecho a la pensión.

Asimismo, es de resaltar que conceder la titularidad del 50% de la pensión a la accionante, implica que la hija menor de edad del causante deje de percibir ese porcentaje. De forma que lo que se decida respecto de la demandante repercute en la prestación que recibirá otra persona que tiene un derecho indiscutible.

Tercero, considero que la interpretación del inciso 3 del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que hace la sentencia, a partir de lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, puede ser discriminatoria.

La sentencia sostiene que el cónyuge separado de hecho no debe demostrar convivencia con el causante en sus últimos cinco años de vida para obtener la sustitución pensional, basta con que demuestre su vínculo matrimonial y ese tiempo mínimo de convivencia en cualquier momento. Sin embargo, de acuerdo con la misma interpretación, al compañero permanente no se le releva de tal requisito, es decir que aquel sí debe demostrar vida en pareja en los últimos cinco años de vida del pensionado, para tener derecho a la prestación.

Como expliqué anteriormente, considero que esta interpretación de la norma resulta problemática, pues desde una perspectiva finalística el requisito de convivencia durante los últimos cinco años está dispuesto para que se entregue la pensión del causante a quien requiere ese ingreso económico porque se beneficiaba de él en vida del pensionado. Adicionalmente, considero que los efectos de esta interpretación pueden resultar discriminatorios porque frente a dos tipos de familia –la creada por matrimonio y la creada por unión libre- se privilegia a aquella que surgió por un vínculo matrimonial, al eliminársele al cónyuge el requisito de convivencia antes de la muerte del beneficiario de la pensión para reclamar la prestación, pero mantener la condición de convivencia para que a los compañeros se les reconozca el derecho a la pensión de sobrevivientes. Este trato diferente tiene como consecuencia que el cónyuge tendrá derecho a la sustitución pensional durante toda la vida. En cambio, un eventual compañero permanente no tendría tal prerrogativa, que está sometida a su convivencia dentro de los cinco años previos al fallecimiento.

Por ejemplo, se puede presentar el siguiente escenario. Una persona contrajo matrimonio con otra, convivió con su cónyuge por cinco años y se separaron de hecho. Luego, vivió 20 años con un compañero permanente. Y en los últimos 10 años de su vida no tuvo pareja alguna y no era responsable económicamente de sus anteriores parejas. Bajo la interpretación adoptada en la sentencia T-090 de 2015, en el caso hipotético, el cónyuge tendría derecho a la sustitución pensional, mientras que el compañero permanente no, pues el requisito de convivencia en los últimos 5 años sólo aplicaría a éste último.

Lo anterior, a mi juicio, supone una protección acentuada a ciertas familias, según el vínculo matrimonial que las conforma. Lo cual, a su vez, implica una falta de reconocimiento como familia igualmente válida a aquella que surge de la unión marital de hecho. Con ello, se remarca un estereotipo discriminatorio que asimila la familia ideal como aquella constituida bajo el matrimonio, a la cual se le brinda una protección jurídica mayor.

Es cierto que no todos los vínculos familiares son iguales, ni tienen las mismas repercusiones jurídicas. Cada institución jurídica puede tener deberes y derechos específicos. Ahora bien, las prerrogativas que surgen en virtud del apoyo y el sentimiento de afecto en cada una de las familias, no puede ser privilegio de unas cuantas constituidas por un vínculo formal, tal como el matrimonio. Por eso, los derechos que surgen del reconocimiento del apoyo mutuo, no pueden ser una prerrogativa únicamente de quienes se unen bajo matrimonio.

Con respecto a la figura de la sustitución pensional, la Corte Constitucional ha indicado que ésta fue creada para auxiliar a la persona que queda desamparada económicamente con la muerte de su pareja que recibía una pensión. Este auxilio no encuentra un mejor derecho frente a los cónyuges, ni un menor derecho ante los compañeros permanentes. Sin importar el vínculo, el objeto de la norma es no dejar en situación de desprotección a la pareja del causante que dependía de él, más allá de la vía que escogieron para conformar su familia.

En la misma línea de lo expuesto, una discriminación aún mayor podría ocurrir frente a las parejas que no pueden acceder al matrimonio. Por ejemplo, en este momento, a algunas parejas conformadas por personas del mismo sexo se les ha negado el vínculo de matrimonio, así que éstas uniones no tendrían la posibilidad de obtener un derecho a la sustitución pensional en los mismos términos que pueden tenerlo las parejas del mismo sexo que contraen matrimonio, si se sigue la interpretación de la sentencia T-090 de 2016.[26]

En conclusión, considero que en el ámbito específico de la aplicación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no es posible otorgar un trato privilegiado al cónyuge, frente al compañero permanente, únicamente en razón del vínculo del matrimonio que dio origen a su familia con el causante.

Finalmente, en conexión con la segunda razón que expuse para sustentar por qué me aparto de la sentencia T-090 de 2016, deseo precisar que lo dicho no significa que considere que el requisito de convivencia en los últimos años de vida del causante se deba eliminar también para los compañeros permanentes, con el fin de otorgarles el mismo trato que a los cónyuges. Lo anterior, porque se desnaturalizaría el objeto de la sustitución pensional que es brindar apoyo económico a quien dependía del ingreso de la persona fallecida, como lo expliqué anteriormente.

Únicamente pretendo mostrar que la interpretación adoptada por la sentencia de la referencia tiene efectos discriminatorios sobre las familias y puede crear un trato diferente injustificado en parejas que no tengan la posibilidad de contraer matrimonio.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Folio 22.

[2] Sentencia T-593 de 2007, T-701 de 2008 y T-396 de 2009, entre otras.

[3] Magistrado Humberto Sierra Porto.

[4] Sentencia T-971 de 2005, reiterada en las sentencias T-692 de 2006, T-129 de 2007 y T-396 de 2009.

[5] Sentencia T-335 de 2007.

[6] Sentencia T-820 de 2009.

[7] Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

[8] Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

[9] Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

[10] Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

[11] Sentencia C-002 de 1999.

[12] En sentencia C-617 de 2001, la Corte indicó que el numeral 1° del Artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con su respectiva modificación, regula la situación que se presenta ante la muerte del pensionado por vejez o invalidez, hipótesis en la cual tiene lugar la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular, y no la generación de una prestación nueva o diferente. Dijo que es lo que se denominado en sentido estricto, sustitución pensional.

[13] El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 indica: "Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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;

c) 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, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

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

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".

[14] El artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en efecto, solo exige al cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite acreditar su convivencia con el causante en aquellos casos en que "la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado". Tal exigencia no opera, por lo tanto, cuando el causante de la prestación era un afiliado al sistema.

[15] "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".

[16] "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". La Sentencia C-1035 de 2008 condicionó tal disposición a que se entendiera que, en caso de convivencia simultánea, la pensión se dividiría entre el cónyuge y el compañero permanente, de forma proporcional al tiempo en que cada uno convivió con el causante.

[17] "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".

[18] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[19] El Consejo de Estado ya había cuestionado, en 2007, que los casos de convivencia simultánea del causante con su cónyuge y su compañero o compañera permanente dentro de los cinco años anteriores a la muerte del primero debieran resolverse a favor del esposo o la esposa del afiliado. Así, aplicando criterios de justicia y equidad, ordenó distribuir en partes iguales una pensión de sobrevivientes entre la esposa y la compañera permanente de un pensionado de la Policía Nacional que había convivido con ellas simultáneamente durante los cinco años anteriores a su muerte.

[20] Los conflictos pensionales que se presenten entre el cónyuge y el compañero permanente de pensionados fallecidos antes del 7 de julio de 1991 cuyas sustituciones pensionales se rigieran por normas dictadas en vigencia de la Constitución de 1886 deben resolverse bajo esa misma perspectiva. La Sentencia T-110 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) advirtió que, en esos casos, la Carta de 1991 se aplica retrospectivamente, para asegurar que los compañeros permanentes se beneficien de la igualdad de trato que el nuevo marco constitucional les confiere a las familias constituidas por vínculos naturales o jurídicos.

[21] M.P. Mauricio González Cuervo.

[22] La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia rectificó su jurisprudencia sobre la materia en los siguientes términos: "Es indudable que el precepto en cuestión establece

como condición que la convivencia «haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante"; pero un análisis de esa disposición legal, en su contexto, permite concluir que, de la forma como está redactada, ese requisito se predica respecto de la compañera o del compañero permanente, mas no del cónyuge porque, con claridad, no se refiere a éste sino a aquéllos, ya que está escrita, en la parte que interesa, en los siguientes términos: "…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". Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, seria carente de toda lógica, que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien "mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho", se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges. Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues, como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del Sistema de Seguridad Social." (Radicado 40055, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, 29 de noviembre de 2011).

[23] Sobre el particular pueden revisarse las sentencias T-217 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla); T-278 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T-641 de 2014 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).

[24] Al respecto puede revisarse, por ejemplo, la sentencia T-197 de 2010 (M.P. María Victoria Calle).

[26] Al momento de proferir este salvamento de voto, la Sala Plena de la Corte Constitucional estudia varios expedientes de tutela en los que se estudian las acciones de amparo presentadas por la Procuraduría General de la Nación contra las decisiones judiciales o de notarios que unieron bajo matrimonio, en algunos casos, o un contrato especial, en otros casos, a parejas conformadas por personas del mismo sexo.