

T-202-95

Sentencia No. T-202/95

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL DE COMPAÑERO PERMANENTE/ PRINCIPIO DE IGUALDAD /DISCRIMINACION POR SEXO

A partir de la vigencia de la ley 71 de 1988, el compañero permanente también tiene derecho a la sustitución pensional y, en tal virtud, es equivocada la aseveración que se hace en los actos de la aludida Seccional en el sentido de que al peticionario no le asiste el derecho a la sustitución pensional. Por otra parte, el hecho de que las resoluciones en cuestión fueron dictadas bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991, implica que dichas actuaciones administrativas debieron sujetarse a lo dispuesto en el artículo 13 que reconoce el derecho a la igualdad y prohíbe, entre otras, las discriminaciones por razón del sexo.

SUSTITUCION PENSIONAL/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA/DERECHOS DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Condicion dignas/DERECHO A LA SUBSISTENCIA

Agotada la vía gubernativa, el peticionario tiene un medio alternativo de defensa judicial como es la acción ordinaria ante la justicia laboral. Sin embargo, atendiendo las condiciones personales del peticionario, quien es persona de avanzada edad (más de 70 años), enferma y que al parecer no dispone de medios económicos para atender a su subsistencia, según se infiere de lo acreditado en el expediente, procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues el reconocimiento de la sustitución pensional y su pago efectivo se constituyen en algo inaplazable y vital para su subsistencia en condiciones dignas.

REF.:

Expediente T-56159.

Acción de tutela contra el Instituto de los Seguros Sociales -Seccional-Cundinamarca y D.C.-.

ACTOR:

Manuel Sabogal Pardo.

TEMA:

Sustitución pensional para el compañero permanente.

MAGISTRADO PONENTE:

ANTONIO BARRERA CARBONELLI.

Santafé de Bogotá, D.C., mayo diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES.

## 1. La pretensión y los hechos.

Por conducto de apoderado el señor Manuel Sabogal Pardo, en escrito del 20 de septiembre de 1994 impetra la tutela de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 13, 23 y 25 de la Constitución Política, los cuales estima vulnerados por el Instituto de los Seguros Sociales -Seccional Cundinamarca y Distrito Capital y, en tal virtud, expuso los siguientes hechos:

A la señora Nelly Indaburo Lozano, fallecida el 10 de febrero de 1988, le fue reconocida por el ISS mediante resolución 02614 del 10 de abril de 1988 una pensión por invalidez de origen no profesional, a partir del 3 de noviembre de 1987.

El peticionario hizo vida marital de hecho aproximadamente durante 15 años con la citada.

Por medio de la resolución 001050 del 28 de febrero de 1989 se le reconoció al actor la condición de esposo de la afiliada Nelly Indaburo Lozano.

Con fecha 4 de febrero de 1993 el demandante elevó solicitud al Instituto de los Seguros Sociales Seccional -Cundinamarca y Distrito Capital, la sustitución de la afiliada Nelly Indaburo Lozano, en su condición de compañero permanente.

Ante la demora de dicho instituto en resolver la petición del actor, instauró una acción de tutela ante el Juzgado 74 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá. Mediante providencia del 25 de abril de 1993 el juzgado resolvió no conceder la tutela, pero esta decisión fue revocada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, corporación ésta que en sentencia del 12 de mayo de 1993 revocó la decisión de primera instancia y accedió a la tutela del derecho de petición.

Por medio de la resolución No. 05596 del 6 de julio de 1993, la Comisión de Prestaciones Sociales del ISS -Seccional Cundinamarca D.C., negó la sustitución pensional solicitada por el señor Manuel Sabogal Pardo. Contra dicha resolución se interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación; el primero de éstos fue resuelto por la misma comisión según resolución No. 09786 del 2 de noviembre de 1993, en el sentido de confirmar el acto recurrido y el segundo, fue decidido por medio de la resolución 1900 del 13 de mayo de 1994, expedida por el gerente de la aludida seccional, igualmente en sentido adverso a los intereses del petente.

La decisión de no otorgar al peticionario la sustitución pensional obedeció a que éste tenía vínculo matrimonial vigente, con la señora Marina Franco Sabogal, con fundamento en las siguientes consideraciones:

El artículo 29 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la ley 71 de 1988, en su artículo 13 prevé: "Para que el compañero o compañera permanente tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, se requerirá, que sea soltero o que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes, y que haya hecho vida marital con el causante durante los 3 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento"; al respecto el señor Manuel Sabogal Pardo aportó declaraciones extraproceso para acreditar la convivencia con la causante por más de 3 años

y hasta el momento del deceso de ésta, pero no ha aportando la prueba de la separación legal de bienes y de cuerpos del matrimonio católico contraído con la señora Marina Franco Sabogal.

Mediante sentencia del 24 de mayo de 1994, la Sección Segunda. del H Consejo de Estado declaró nula la frase “que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes” del artículo 29 del Acuerdo No. 49 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

## 2. Fallos objeto de revisión.

· En sentencia del 3 de octubre de 1994 el Juzgado 25 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá tuteló el derecho a la igualdad de Manuel Sabogal Pardo al considerar que al peticionario le fue vulnerado por el ISS - Seccional Cundinamarca y D. C. su derecho a la igualdad, y ordenó a esta entidad “que en un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de este fallo, reexamine la apelación interpuesta por el solicitante en contra de la resolución 05596 del 6 de julio de 1993 emitida por la Comisión de Prestaciones Económicas de esta entidad, pero esta vez resguardando los principios y garantías constitucionales y en particular respetando el derecho a la igualdad consagrado en el art. 13 de la nueva Constitución Colombiana”.

Se destacan en la sentencia del juzgado los siguientes apartes:

“La resolución 1900 del 13 de mayo de 1994 confirma la determinación tomada el 6 de julio del año inmediatamente anterior en la resolución 05596, sosteniendo la negativa a la sustitución pensional en lo dispuesto por el art. 10. de la ley 33 de 1973. Esto es que la ley sólo contemplaba a la VIUDA como beneficiario de esa prestación con clara exclusión del cónyuge supérstite hombre o compañero permanente que se encontrara en la misma situación que la mujer. La razón fundamental para la aplicación de esa disposición al caso en concreto fue la vigencia de la misma para la fecha del deceso de la pensionada (10 de febrero de 1988) aun cuando se reconoce que esa situación varió sustancialmente al entrar a regir la ley 71 de 1988 que consagró la sustitución pensional para el cónyuge o compañero permanente supérstite sin distingos de sexo.

Para cuando se emitieron las dos resoluciones en cuestión por parte del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, julio de 1993 y mayo de 1994, ya estaba en vigor la Constitución Nacional de 1991. De suerte, al adoptar las decisiones de su competencia y aplicar las leyes en lo de su cargo, era precisamente esta nueva Constitución la que debían observar los funcionarios de todo orden de manera que sus determinaciones al tiempo que acatar la ley cuidarán de salvaguardar los principios fundamentales de la Carta que ya no regía”.

Al comparar la disposición legal aplicada al caso en concreto por las autoridades del ISS, estando en vigencia la nueva Carta Constitucional, claramente se evidencia una apreciable incompatibilidad de la ley con la norma superior pues aquella establece una odiosa discriminación por razón del sexo entre cónyuges o compañeros permanentes para efectos de gozar del derecho a la sustitución pensional, lo que ciertamente riñe con el derecho fundamental a la igualdad consagrado por el art. 13 de la reciente Constitución Política Colombiana y por consiguiente, al presentarse semejante incongruencia la norma que debió

primar, por mandato igualmente Constitucional, fue y será el que consagra la igualdad entre los sexos como principio y derecho fundamental constitucional. De suerte, aun por sobre los principios de aplicación de las leyes en el tiempo, las directrices del ISS debieron aplicar de preferencia el mandato superior inaplicando, por vía de excepción de inconstitucionalidad, la norma contenida en el art. 1o. de la ley 33 de 1973 por cuanto así se lo ordenaba el art. 4o. de la Constitución. En ese orden de ideas, es claro aquí que la resolución No. 01900 del 13 de mayo de 1994, emitida por el señor Gerente del ISS, seccional Cundinamarca y Distrito Capital, no sólo vulnera el derecho a la igualdad de MANUEL SABOGAL PARDO, consagrado como fundamental por el art. 13 Constitucional, del que hace parte como directivo, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2o. C.N.)”.

· La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declaró improcedente la acción de tutela.

Básicamente argumentó el Tribunal para adoptar su decisión que al tenor de los artículos 62-2 y 63 del C.C.A. una vez decidida la apelación que interpuso el actor, el acto administrativo que negó la sustitución pensional quedó en firme y por ende, agotada la vía gubernativa, es decir, culminaba toda actuación del ISS; y por tal motivo no era procedente ordenar el reexamen de la apelación interpuesta contra la resolución No. 5596, pues para ello existe la alternativa de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en aras de anular la referida decisión.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

#### 1. Competencia

A la luz de lo consagrado en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y 32 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para revisar el fallo judicial cuyo resumen antecede.

#### 2. Inexistencia de temeridad en el ejercicio de esta nueva acción de tutela.

Si bien el artículo 38 del decreto 2591 de 1991 establece que cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes, no es del caso desestimar la pretensión del peticionario, en atención a la nueva situación que se presenta a raíz del fallo del H. Consejo de Estado que anuló el art. 29 del acuerdo 49 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, pues precisamente este acuerdo sirvió de fundamento para la expedición de las decisiones que negaron la sustitución pensional al demandante.

#### 3. Sentencia del Consejo de Estado en relación con el acuerdo 49 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (expediente No. 6263. Autoridades Nacionales. Actor: Ignacio Castilla C. M.P. Dr. Diego Younes Moreno), declaró la nulidad de la frase “que siendo casado estuviese separado legal y

definitivamente de cuerpos y de bienes” del art. 29 del acuerdo 49 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado mediante el decreto 758 de 1990.

En apoyo de su determinación dijo el Consejo lo siguiente:

“1) La ley que se estima vulnerada por el actor es la ley 71 de 1988, aplicable tanto al sector público como al sector privado junto con las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4 de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985 y 113 de 1985.

Así lo expresa el texto del artículo 11 de la ley 71 de “Esta ley y las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de previsión social del sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez.”

“2) Esta sala con ponencia de la Dra. Clara Forero de Castro, al declarar nulas las expresiones contenidas en el decreto 1160 de 2 de junio de 1989, reglamentario de la ley 71 de 1988 y sobre similar material, dijo lo siguiente:

E. Artículo 13, inciso segundo, que dice:

“En caso de vínculo matrimonial del compañero o compañera permanente que reclame el derecho a la sustitución pensional, se deberá presentar la respectiva sentencia judicial sobre la nulidad o el divorcio, debidamente ejecutoriada”.

Dice la demanda que este inciso, además de exceder la potestad reglamentaria, es injusto porque en el evento de vínculo matrimonial exige al compañero (a) permanente sentencia judicial sobre la nulidad o divorcio del matrimonio para reclamar sustitución pensional. Y agrega “... el titular de esta prestación (la pensión) es doblemente perjudicado, primero porque al separarse del cónyuge que tuviere derecho a pensión de jubilación y este falleciere, el cónyuge pierde el derecho por no encontrarse haciendo vida marital, en segundo lugar se niega la sustitución de pensión al compañero o compañera permanente que tuviese vínculo matrimonial y sobre este no exista pronunciamiento judicial”.

“Es verdad que el requisito de presentar sentencia judicial debidamente ejecutoriada sobre nulidad o divorcio del matrimonio con el fin de obtener sustitución pensional para el compañero (a) permanente con vínculo matrimonial, no lo establece la ley 71 de 1988 ni ninguna de las otras leyes que regulan la sustitución”.

“Y si como ya se dijo, no exige la ley ser soltero para tener la calidad de compañero (a) permanente, tampoco hay razón para exigir sentencia judicial de nulidad o divorcio”.

“Sobre el particular dijo la Corte Constitucional en sentencia de 12 de mayo de 1993 T-190, con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

Respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a

proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quien tiene derecho a este beneficio. Por el contrario la ley acoge un criterio material -convivencia afectiva al momento de la muerte-, y no simplemente formal- vínculo matrimonial- en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida. En consecuencia, en el hipotético caso de la negación de este derecho a la compañera permanente bajo el argumento de un vínculo matrimonial preexistente, pero disociado de la convivencia efectiva- v. Gr. Por el abandono de la esposa debido a la carga que representaba el cónyuge limitado físicamente-, se configuraría una vulneración del derecho de igualdad ante la ley en perjuicio de quien materialmente tiene derecho a la sustitución pensional”.

“De lo anterior, se deduce que como el legislador acogió respecto de la sustitución pensional el criterio material de convivencia entre parejas antes que el referido al criterio formal del vínculo matrimonial, mal puede el Consejo Nacional de los Seguros Obligatorios y el Gobierno Nacional variar esta materia sin estar autorizados por el legislador para ello”.

“4) Por consiguiente, como la ley 71 de 1988, ni las demás normas legales a las cuales se remite el acto acusado exige la condición de que el compañero o compañera permanente si es casado debe estar separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes, se concluye que el acto acusado excedió las previsiones legales y por lo tanto le asiste razón al demandante debiéndose anular la frase acusada”.

“5) Al respecto conviene aclarar que el artículo 54 del D.L. 1045 de 1978 en cuanto exige que “no se admitirá la calidad de compañero permanente cuando se tenga el estado civil de casado, salvo en los casos de sentencias de separación de cuerpos”, no es aplicable en el presente caso por cuanto dicha disposición legal rige para los empleados oficiales del orden nacional según lo preceptúa el artículo primero de dicho decreto ley, y el acto acusado en el sub-lite tiene destinatarios a los empleados del sector privado, como quiera que está incorporado en el llamado “Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte” o seguros I.V.M.”.

#### 4. La materia.

4.1. En la resolución 05596 de la Comisión de Prestaciones Económicas del ISS.-Seccional Cundinamarca y D.C. se señala como fundamento de la negativa a conceder la sustitución pensional el artículo 29 del Decreto 758 de 1990, que corresponde al artículo 29 del acuerdo 49 del mismo año, declarado nulo por el Consejo de Estado en la aludida sentencia, en cuanto señalaba que para que el compañero o compañera tuvieran derecho a la pensión de sobreviviente cuando fueran casados se requería estuvieran separados legal y definitivamente de cuerpos y de bienes.

En la resolución 01900, en virtud de la cual el Gerente de la mencionada Seccional resolvió el recurso de apelación, se comparte el argumento anterior, pero además se aclara “que la negativa de la sustitución pensional obedece a que la ley 90 de 1946 y el decreto 3041 de 1966 sólo previeron como beneficiarias de esta prestación a las viudas o compañeras permanentes, por tal razón al compañero de la causante no le asiste el derecho reclamado”, más aun si se tiene en cuenta que el artículo 1 de la ley 33 de 1973, vigente a la fecha del fallecimiento de la señora Nelly Indaburu Lozano (10 de febrero de 1988), sólo preveía la

sustitución pensional para la viuda.

No obstante, se observa que el artículo 3 de la ley 71 de 1988 dispuso extender “las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la ley 12 de 1975, de la ley 44 de 1980 y de la ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:”. Por consiguiente, no cabe duda que a partir de la vigencia de dicha Ley, el compañero permanente también tiene derecho a la sustitución pensional y, en tal virtud, es equivocada la aseveración que se hace en los actos de la aludida Seccional en el sentido de que al petitionerio no le asiste el derecho a la sustitución pensional.

Por otra parte, el hecho de que las resoluciones en cuestión fueron dictadas bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991, implica que dichas actuaciones administrativas debieron sujetarse a lo dispuesto en el artículo 13 que reconoce el derecho a la igualdad y prohíbe, entre otras, las discriminaciones por razón del sexo.

En este orden de ideas es claro que los referidos actos se apartan de la preceptiva de la ley 71 de 1988 y vulneran el derecho a la igualdad del petitionerio, no sólo por las razones antes expuestas, sino porque no se adecuan a los criterios expuestos en la sentencia T-190 del 12 de mayo de 1993, a la cual se hizo alusión anteriormente.

4.2. En el presente caso, dado que se encuentra agotada la vía gubernativa, el petitionerio tiene un medio alternativo de defensa judicial como es la acción ordinaria ante la justicia laboral según el artículo 2o del C.P.L.

Sin embargo, atendiendo las condiciones personales del petitionerio, quien es persona de avanzada edad (más de 70 años), enferma y que al parecer no dispone de medios económicos para atender a su subsistencia, según se infiere de lo acreditado en el expediente, procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues el reconocimiento de la sustitución pensional y su pago efectivo se constituyen en algo inaplazable y vital para su subsistencia en condiciones dignas.

En razón de lo expuesto se revocará la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y, en su lugar, se confirmarán los ordinales 1o, 3o y 4o de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 25 Penal del Circuito de esta ciudad, en cuanto concedieron la tutela impetrada, y se modificará el ordinal 2o en el sentido de que la tutela se concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en los términos del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991

#### IV. DECISION.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995) proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y, en su

lugar, CONFIRMAR los ordinales 1o, 3o y 4o de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, dictada el tres (3) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) por el Juzgado 25 Penal del Circuito de esta ciudad, en cuanto concedieron la tutela impetrada.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal 2o de la sentencia del Juzgado 25 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el cual quedará así:

La tutela se concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en los términos del artículo 8 del decreto 2591 de 1991. Por lo tanto, la parte demandante deberá instaurar la correspondiente acción dentro del término de 4 meses contados a partir de la notificación de esta sentencia; si así no lo hiciere, cesarán los efectos de este fallo.

TERCERO: LIBRAR comunicación de esta providencia al Juzgado 25 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE y PUBLIQUESE EN LA GACETA CONSTITUCIONAL.

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

MARTHA V SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General