

Sentencia T-809/13

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la tutela, deben encontrarse efectivamente comprobadas

PERJUICIO IRREMEDIABLE FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Valoración del juez constitucional/SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Evaluación del perjuicio irremediable

El legislador ha establecido que la acción de tutela no procede cuando el interesado, cuenta con otros medios judiciales, salvo que la interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando aquel medio no resulta eficaz ni idóneo. Caso en el cual, el juez de tutela entrara a estudiar y determinar los factores del caso en concreto, como lo son: i) la edad para ser considerado sujeto especial de protección;(ii) la condición física, económica o mental; (iii) el grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iv) la existencia previa del derecho y la acreditación por parte del interesado de la presunta afectación; y (v) el despliegue de cierta actividad administrativa y procesal tendiente a obtener la protección de sus derechos, para decretar o no su procedibilidad.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional por ser sujetos de especial protección

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela frente a un medio eficiente de defensa judicial; o su procedencia eventual, incluso de existir un mecanismo expedito para ello, si se pretende evitar un perjuicio irremediable; indicando, que en materia de reconocimiento y pago pensional, la acción de tutela procede de manera excepcional cuando: (i) el accionante pertenece a la tercera edad y por tanto se trata de un sujeto de especial protección, (ii) acreditar que el peticionario está en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable; y que (iii) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste carece de la aptitud suficiente para salvaguardar los derechos amenazados o quebrantados, caso en el que ésta surge como medio principal de defensa. la sola

existencia de otros medios de defensa judicial, hace improcedente en principio la acción de tutela, sin embargo, la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada, pues se debe confirmar si las condiciones del peticionario hace procedente de manera idónea y eficaz los mecanismos ordinarios o si por el contrario, se requiere la intervención del juez Constitucional para evitar un perjuicio irremediable.

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

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Igualdad entre cónyuge supérstite y compañera permanente

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la sustitución pensional en caso de convivencia simultánea entre cónyuge y compañera(o) permanente, serán en partes iguales, siempre y cuando demuestren que han llevado una vida de convivencia, apoyo y soporte mutuo con su pareja, en atención al derecho a la igualdad.

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Prueba judicial para la convivencia entre compañeros es a través de declaraciones extrajudicial y corresponde al juez natural

Esta Sala de Revisión concluye que en atención al principio de juez de natural y el carácter excepcional de la acción de tutela, que en principio corresponde a la jurisdicción ordinaria decretar y valorar las pruebas aportadas con el fin de determinar la existencia de convivencia y así adjudicar el derecho de sustitución pensional. Esto, en tanto el despliegue probatorio involucra la recolección de testimonios, según se vio, junto con la implementación de todas las reglas jurídicas para su práctica. Por ejemplo la posibilidad de controvertir las declaraciones o de extenderlas a otros testigos. Lo que sin duda desborda "prima facie" las alternativas del juez de tutela.

DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Caso en que se suspendió solicitud de pensión de sobrevivientes por existir controversia entre esposa y compañera permanente

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE-Orden reconocer 50% de sustitución pensional y dejar en suspenso el otro 50% mientras la jurisdicción ordinaria resuelve controversia entre esposa y compañera permanente

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA EN MATERIA DE PENSION DE SOBREVIVIENTES-Orden reconocer 50% de sustitución pensional y dejar en suspenso el otro 50% mientras la jurisdicción ordinaria resuelve controversia entre esposa y compañera permanente

Referencia: expediente T- 3.932.294

Acción de tutela instaurada por Carmen Cecilia Parada de Fernández contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la Republica-FONPRECON-.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RIOS

Bogotá D.C. doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferido por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá y por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Carmen Cecilia Parada de Fernández contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la Republica-FONPRECON-.

I ANTECEDENTES

La señora Carmen Cecilia Parada de Fernández, interpuso acción de tutela ante el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y al pago oportuno de la pensión.

Hechos

1. La señora Carmen Cecilia Parada de Fernández de 82 años de edad, informó que contrajo matrimonio católico con el señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, el día 21 de Abril de 1954, relación que se mantuvo hasta el día 5 mayo de 2012, fecha en la cual falleció el esposo.

2. Mediante Resolución 0484 de marzo 7 de 2007, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República -FONPRECON-, reconoció pensión de vejez al señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido.

3. El 04 de julio de 2012 la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández, en su condición de cónyuge sobreviviente, solicitó a FONPRECON la sustitución de la prestación otorgada a su esposo.

4. El 13 de junio de 2012, la señora Paula Villamizar Moreno, presentó la misma solicitud ante FONPRECON, en calidad de compañera permanente, argumentando acreditar los requisitos exigidos para acceder a la misma.

5. A través de Resolución N° 0813 del 16 de octubre de 2012, FONPRECON deja en suspenso la solicitud de sustitución pensional presentada por las peticionarias, hasta que la jurisdicción competente determine a quien le asiste el derecho, pues de las pruebas aportadas no se pueden inferir.

6. Inconforme con la anterior resolución, la señora Parada de Fernández interpuso recurso de reposición, resuelto a través de las Resolución 0938 y 0877 de 2012, que confirmaron la decisión recurrida, decisión que constituye una vía de hecho por insuficiente y escasa valoración probatoria, toda vez que se limitó a afirmar que no estaba demostrada la vida matrimonial de los cónyuges dentro del rango de los 5 años anteriores al fallecimiento, cuando de los documentos aportados no queda duda acerca de la asistencia y dependencia económica durante los 58 años de convivencia.

Solicitud de tutela.

Con fundamento en los hechos narrados, la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y al pago oportuno de la pensión, y en consecuencia “dejar sin valor ni efecto las

Resoluciones N° 0813 de octubre 16 de 2012, N° 0938 de noviembre 21 de 2012 y N° 0977 de noviembre 29 de 2012 expedidas por el Fondo de Previsión del Congreso-FONPRECON-, y como resultado, se ordene a dicha entidad, que dicte resolución en que reconozca el pago de la pensión de sobreviviente o sustitución de la pensión del señor Josué Benjamín Fernández Vera (q.e.p.d) a su favor”.

Traslado y contestación de la Demanda.

Asumido el conocimiento de la acción de tutela por parte del el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, se ordenó mediante oficio del trece (13) de febrero de dos mil trece (2013), correr traslado al Director del fondo de Previsión Social del Congreso de la Republica para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas se pronuncie respecto de los hechos que lo motivan.

El veinte (20) de febrero de dos mil trece, la Subdirectora de Prestaciones Económicas del fondo de Previsión Social del Congreso de la Republica, manifestó que para FONPRECON resulta evidente que la señora Carmen Cecilia Parada de acuerdo con el Registro Civil de Matrimonio y de los documentos allegados como pruebas efectivamente es la cónyuge supérstite del señor Josué Benjamín Fernández. Lo que no resulta claro para la administración es el requisito subjetivo de la convivencia con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento de éste; claridad que se ve perturbada por la manifestación y pruebas igualmente aportadas por la señora Paula Villamizar Moreno, quien asegura haber convivido con el causante durante el tiempo requerido por la ley para ser beneficiaria de la prestación. Motivo por el cual, se dejó en suspenso la solicitud de sustitución pensional presentada por la accionante y por la señora Paula Villamizar Moreno.

Pruebas aportadas al proceso

- Copia de la Resolución 0484 de marzo de 2007, por medio de la cual se reconoce la pensión vitalicia de jubilación al señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido.[1]
- Copia de la solicitud de sustitución de pensional del señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, presentada a FONPRECON por la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández, con sus respectivos anexos[2].

- Copia de la Resolución 0813 del 16 de octubre de 2012, por medio de la cual se deja en suspenso la solicitud de sustitución pensional presentada por la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández[3].
- Copia del recurso de reposición presentado por la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández, a través de apoderado, contra Carmen Cecilia Parada de Fernández y anexos[4]
- Copia de la Resolución 0938 del 21 de noviembre de 2012, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández contra la Resolución N° 0813 de 2012[5]
- Copia de la Resolución 0977 del 29 de noviembre de 2012, por medio de la cual se modifica la Resolución N° 0938 de 2012[6]
- Copia de autorización de servicios médicos N° 2891574 de Saludcoop EPS al especialista en fisioterapia[7]
- Copia de examen auditivo de la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández[8]

Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado Veinticinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante fallo del veintiséis (26) de febrero de dos mil doce (2012), decidió NEGAR por improcedente la acción de tutela, al considerar que existe otro medio de defensa judicial como lo es la vía de lo contencioso administrativo; además de que existe un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 2013-01 ante el Juzgado Primero Administrativo de Pamplona promovido por la señora Villamizar Moreno en calidad de compañera permanente del señor Josué Benjamín Fernández contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la Republica.

Por otra parte indicó, que en la acción de tutela no se evidencia la dependencia económica con el causante, la afectación al mínimo vital, por el contrario, de las pruebas que obran en el expediente se observa que la accionante cuenta con vivienda propia, tiene una cuenta de ahorros, se encuentra afiliada a Saludcoop EPS como beneficiaria de su hija, y tiene un camión de servicio público que le permite satisfacer sus necesidades básicas.

Impugnación

La señora Carmen Cecilia Parada de Fernández a través de apoderado judicial impugnó la decisión de primera instancia argumentando que la presente acción de tutela se instauró como mecanismo transitorio, teniendo en cuenta que la señora Parada de Fernández es una persona de 82 años, sujeto de especial protección, con discapacidad corporal.

Respecto a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho alegado por el ad-quo, indicó que, la señora Paula Villamizar Moreno desistió el dieciocho (18) de febrero de dos mil trece (2013) de la demanda impetrada, al cual, accedió el Juez Primero Administrativo Oral de Pamplona mediante auto interlocutorio 027 del veintiséis (26) de febrero de dos mil trece (2013).

En relación con la no afectación al mínimo vital que alega el juez de primera instancia, señaló que, para mejor proveer sobre este asunto, se aportaran: “extractos bancarios de la cuanta de ahorros de la tutela, sin movimientos en el último año y con un precario saldo a la fecha; certificado y fotografías tomadas por la Oficina de Planeación Municipal que muestran el deterioro del inmueble de propiedad de la accionante, por lo cual impera su demolición o refuerzo estructural total y certificación de la Inspección Municipal de Tránsito y Transporte de Pamplona en donde se informa de la ejecución fiscal de la cuanta por impuestos impagados (sic) del vehículo de placas UVE-349, el cual por ser un camión de 43 años, se encuentra inmovilizado y se hace necesario chatarrizarlo como lo solicitó su propietario desde hace 4 años (...).”. Agregó que “entre ellos existía dependencia económica puesto que ellos compartían los bienes y sus gastos de sostenimiento los derivaban de la pensión del esposo fallecido toda vez que la cónyuge siempre se ocupó del hogar y no realizaba ni realiza actividades de producción económica”.

Segunda instancia

El Tribunal Superior del distrito Judicial de Bogotá Sala Penal, a través de fallo del seis (6) de mayo de dos mil trece (2013), resolvió el recurso de impugnación, decisión que confirmó la providencia de primera instancia, al considerar que al tratarse de un a controversia de carácter legal, donde se deben confrontar los derechos e intereses de dos ciudadanos, no era viable que la autoridad administrativa resolviera el asunto a favor de alguna de ellas y tampoco es admisible al juez constitucional usurpar esa competencia, salvo que se trate de

sujetos de especial protección, en el cual, se encuentra probado el derecho a reclamar las prestaciones relativas al reconocimiento y pago de pensiones.

Frente a la solicitud de amparo como mecanismo transitorio indicó que, no está demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, pues la actora no reside en la casa que se halla en mal estado, sino en un apartamento que es de propiedad de una de sus hijas, que se encuentra afiliada al servicio de salud, como beneficiaria de uno de sus hijos.

Pruebas decretadas por la Sala

La Sala Octava De Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del primero (1) de octubre de dos mil trece (2013), vinculó a la señora Paula Villamizar Moreno, como parte interesada en la presente decisión, para que se pronuncie acerca de las pretensiones y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela. Así mismo, se decretó como prueba oficiar a la señora Paula Villamizar Moreno, con el fin de que informara al Despacho, si ha instaurado alguna acción judicial en la que pretenda la sustitución pensional, en calidad de compañera permanente del señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, y para que allegará los elementos probatorios, que considerara pertinentes para determinar la modalidad de convivencia con el causante.

El veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013), la señora Paula Villamizar Moreno, por medio de apoderado judicial, contestó la acción de tutela informó que:

“convivió con el señor Josué Benjamín Hernández (q.e.p.d.) en un inmueble ubicado en la carrera 8 N° 7-149 del barrio chapinero de la ciudad de Pamplona N.S., por un término de 5 años, esto es, desde el 1 de marzo de 2007 hasta el 5 de febrero de 2012, tal y como se demuestra en las declaraciones rendidas por personas que les consta este hecho rendidas el día 26 de septiembre y 29 de agosto de 2012.

En la acción de tutela la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández desconoce a mi representada Paula Villamizar moreno (sic), situación que se puede desvirtuar con una queja interpuesta por un hijo de la accionante, quien en abril de 2006 interpuso un proceso de violencia familiar tramitado en la Comisaría de Familia de Pamplona, como se puede observar en los documentos y en la declaración rendida por el quejoso, el día 23 de mayo de 2006, citó a su padre para esa época con el fin de buscar alternativas de solución de las

dificultades familiares que existían para es época, para así evitar una afectación en la hoy en día accionante.

(...)

En el concepto emitido por la psicóloga en formación de la comisaría de familia, al dar a conocer su estudio, informa que las causales que conlleva a la violencia intrafamiliar, señalando igualmente desde esa época que el señor Josué Benjamín Hernández ya mantenía una relación extramatrimonial.

La misma señora Carmen Cecilia Parada de Fernández envía documento el día 23 de mayo de 2006, donde solicita la intervención de la Comisaría de Familia de Pamplona, para proteger sus derechos al persistir la conducta considerada inapropiada y desconsiderada de su esposo, solicitando además una cuota alimentaría, situación con la cual se puede demostrar que desde la época ya las relaciones de esposos no existía en realidad. ”

Dentro del mismo escrito de la constelación de la demanda, la señora Paula Villamizar Moreno anexa como prueba lo siguiente:

- Dos declaraciones extrajuicio de la señora Paula Villamizar Moreno y el señor Ciro Alfonso Parada Sierra, rendidas el 24 de octubre de 2013 y 26 de septiembre de 2012.
- Copia de la queja interpuesta por la señora Alexi Leonor Fernández Parada en contra de su señor padre Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, por violencia intrafamiliar.[9]
- Copia de la queja interpuesta por el señor Javier Alberto Fernández Parada en contra de su señor padre Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, y la señora Paula Villamizar Moreno, por violencia intrafamiliar[10]
- Copia de la solicitud de protección y cuota alimentaría presentada por la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández ante la Comisaría de Familia.[11]
- Copia del Formulario de afiliación a la Empresa de Seguros Pamer Omega Gold Ltda., donde figura como beneficiario de la señora Paula Villamizar Moreno, el señor

Josué Benjamín Fernández Vera fallecido.[12]

- Copia de la querrela policiva interpuesta por la señora Paula Villamizar Moreno contra los hijos del señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, por agresiones y amenazas.[14]

II CONSIDERACIONES

Competencia

1.- Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico y planteamiento del caso.

2.- En esta oportunidad, la Corte conoce el caso de la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández, de 82 años de edad, quien solicitó al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República-FONPRECON- la sustitución pensional, como cónyuge sobreviviente del señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido; petición que fue resuelta mediante Resolución N° 0813 del 2012, dejando en suspenso la sustitución pensional, hasta que la jurisdicción competente determine a cual de las peticionarias le asiste el derecho; decisión contra la cual interpuso recurso de reposición, el cual confirmó la decisión recurrida.

Por su parte el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República-FONPRECON- manifestó que debido a la solicitud presentada por la señora Paula Villamizar Moreno, en calidad de compañera permanente del señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, y ante la incapacidad legal para determinar a cual de las peticionarias le asiste el derecho al reconocimiento de la sustitución pensional, decidió dejar en suspenso las solicitudes presentadas, hasta que la jurisdicción competente determine a cual de las peticionarias le asiste el derecho.

Los jueces de instancia negaron el amparo deprecado, al considerar que no se demostró una afectación al mínimo vital, para hacer procedente la acción de tutela.

Problema jurídico

Corresponde a esta Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿procede la acción de tutela para el reconocimiento de la sustitución pensional como mecanismo transitorio, cuando existe controversia entre cónyuge y compañera permanente?

Para resolver el problema planteado, esta Sala se referirá a i) procedencia de acción de tutela como mecanismo transitorio; ii) procedencia excepcional de la acción de tutela para reconocimientos de prestaciones sociales-pensión; iii) derecho a la sustitución pensional cuando hay convivencia simultánea; iv) metodología probatoria para la demostración judicial de la convivencia entre compañeros, y por último v) estudio del caso concreto.

LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

El legislador ha establecido que la acción de tutela no procede cuando el interesado, cuenta con otros medios judiciales, salvo que la interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando aquel medio no resulta eficaz ni idóneo. Caso en el cual, el juez de tutela entrara a estudiar y determinar los factores del caso en concreto, como lo son: i) la edad para ser considerado sujeto especial de protección;(ii) la condición física, económica o mental; (iii) el grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iv) la existencia previa del derecho y la acreditación por parte del interesado de la presunta afectación; y (v) el despliegue de cierta actividad administrativa y procesal tendiente a obtener la protección de sus derechos[15], para decretar o no su procedibilidad.

Lo anterior, teniendo en cuenta la naturaleza subsidiaria de la acción tutela, tal como lo expresado la Corte en reiteradas jurisprudencias “la subsidiariedad y excepcionalidad de la acción de tutela, permiten reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, a ellos se debe acudir preferentemente, siempre que sean conducentes para conferir una eficaz protección constitucional a los derechos fundamentales de los individuos. De allí que, quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales por esta vía, debió agotar los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto. Exigencia que pretende asegurar que

una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador[16].

Es así, como el Decreto 2195 de 1991 establece en su artículo 8°, la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, para evitar un perjuicio irremediable[17]. Entendido este último como aquella afectación inminente, urgente y grave.

En palabras de la Corte Constitucional el perjuicio irremediable se caracteriza: [e]n primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable"[18]

En consecuencia, solo en aquellos casos en los cuales los medios judiciales ordinarios resultan ser ineficaces, la acción de tutela pasará de ser un mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, a un mecanismo idóneo de protección constitucional.

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES EN MATERIA PENSIONAL. REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.

El artículo 2° de la Ley 712 de 2001, establece que, los conflictos jurídicos que se originan directa o indirectamente de un contrato de trabajo, serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral, determinando en su numeral 4 como una de sus competencias " Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan."

Sin embargo, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela frente a un medio eficiente de defensa judicial; o su procedencia eventual, incluso de existir un mecanismo expedito para ello, si se pretende evitar un perjuicio irremediable; indicando, que en materia de reconocimiento y pago pensional, la acción de tutela procede de manera excepcional cuando: (i) el accionante pertenece a la tercera edad y por tanto se trata de un sujeto de especial protección, (ii) acreditar que el peticionario está en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable; y que (iii) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste carece de la aptitud suficiente para salvaguardar los derechos amenazados o quebrantados, caso en el que ésta surge como medio principal de defensa.

Así mismo, en Sentencia T-971 de 2005 M.P., Jaime Córdoba Triviño se estableció que:

“El juez de tutela debe verificar que: “(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 cual quedan expuestos a un perjuicio irremediable derivado de la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital”

En consecuencia, en Sentencia T-083 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, se indicó que:

“La regla que restringe la participación de la acción de tutela en la protección de los derechos prestacionales tampoco es absoluta. Conforme con su propia filosofía, la Corte ha venido sosteniendo que, excepcionalmente, es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, no solo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancias que deben ser valorados por el juez constitucional en cada caso particular.

Este último razonamiento encuentra pleno respaldo en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, el cual, al referirse a las causales de improcedencia del amparo constitucional, señala claramente que la existencia de otros medios de defensa judicial tendrá que ser apreciada “en concreto” por el juez, teniendo en

cuenta el grado de eficiencia y efectividad del mecanismo judicial frente a las circunstancias en que se encuentre el solicitante al momento de invocar la protección del derecho presuntamente conculcado. Amparada en ese mandato, la Corte expresó en uno de sus primeros pronunciamientos, lo siguiente:

“...el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela. De no ser así, se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente.” (Sentencia T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón).”

Respecto a la procedencia de la acción de tutela cuando se está frente a un sujeto de especial protección, como lo son las personas de la tercera edad, la Corte Constitucional ha indicado que “la sola condición de ser una persona de la tercera edad no constituye por sí misma razón suficiente para definir la procedencia de la acción de tutela en estos casos. Para que el mecanismo de amparo constitucional pueda desplazar la vía judicial ordinaria o contenciosa, es también condición necesaria acreditar que el daño impetrado al solicitante afecta materialmente sus derechos fundamentales o aquellos que lo son por conexidad – como la dignidad, el mínimo vital, la salud y la subsistencia digna –, e igualmente, que darle trámite al litigio por el otro mecanismo de defensa hace temporalmente nugatorio el ejercicio y disfrute de tales derechos, haciendo mucho más gravosa la situación particular del actor.”.[19]

Así mismo, se ha señalado que la apreciación de los factores que permitan la aparición de un perjuicio irremediable deberán ser valorados por el juez constitucional en atención a las condiciones fácticas del caso en concreto y no en abstracto, aclarando que en materia pensional la aparición de un perjuicio irremediable se evidencia cuando existía dependencia económica del cónyuge, compañero o compañera permanente con el causante.[20]

En síntesis, la sola existencia de otros medios de defensa judicial, hace improcedente en principio la acción de tutela, sin embargo, la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada[21], pues se debe confirmar si

las condiciones del peticionario hace procedente de manera idónea y eficaz los mecanismos ordinarios o si por el contrario, se requiere la intervención del juez Constitucional para evitar un perjuicio irremediable.

DERECHO A LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL CUANDO EXISTE CONVIVENCIA SIMULTÁNEA ENTRE CÓNYUGE Y COMPAÑERA SUPÉRSTITE.

El artículo 48 de la Constitución Política estableció el derecho a la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Con fundamento en el artículo 48, el legislador a través de la Ley 100 de 1993, desarrolló el sistema de Seguridad Social integral, donde reúne un conjunto de entidades, normas y procedimientos a los cuales podrán tener acceso las personas y la comunidad con el fin principal de garantizar una calidad de vida que esté acorde con la dignidad humana.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que: “ el derecho constitucional a la seguridad social ha adquirido dentro de nuestro ordenamiento jurídico la connotación de garantía iusfundamental, toda vez que ha cumplido con los criterios de fundamentabilidad que caracterizan esta especial categoría de derechos. De este modo, se ha desarrollado mediante la concreción de derechos subjetivos prestacionales; cuenta con una estructura enderezada a la satisfacción de sus contenidos; su goce y disfrute está íntimamente relacionado con la satisfacción de los restantes derechos humanos; y la constatación de su cardinal importancia en la efectivización del principio de dignidad humana en cuanto se dirige a la superación de las desigualdades materiales que la pobreza y la miseria entrañan. (...) Igualmente, toda vez que el derecho fundamental a la seguridad social se encuentra en una relación de interdependencia con la satisfacción de los restantes derechos constitucionales reconocidos en la Carta, y los valores y principios en que se funda el ordenamiento superior, la jurisprudencia de esta Corte se ha ocupado de advertir al legislador que tales valores, principios y derechos representan un límite a su margen de configuración legislativa, al punto que al regular aquellos aspectos relativos al goce y disfrute del derecho a la seguridad social, debe evitar adoptar medidas que impliquen la anulación o vaciamiento de tales bienes constitucionales.”[22]

La Ley 100 de 1993 en su artículo 47, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, consagra el derecho a la Pensión de Sobreviviente, que se da ante la muerte de quien era pensionado por vejez, generando la subrogación del pago de la prestación económica que venía recibiendo, en cabeza de los miembros del grupo familiar.

“Artículo 47. 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) (...)

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; pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido...”. declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional 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 (Negrilla y Subrayado

fuera de texto)

(...)”

Por otro lado, la Ley 1204 de 2008 con el fin de dar una solución a las controversias que suscitan en el caso de convivencia simultánea entre cónyuge y compañera(o) permanente, estableció:

“ARTÍCULO 6o. DEFINICIÓN DEL DERECHO A SUSTITUCIÓN PENSIONAL EN CASO DE CONTROVERSIA. En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera:

Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto.

(...)

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la sustitución pensional en caso de convivencia simultánea entre cónyuge y compañera(o) permanente, serán en partes iguales, siempre y cuando demuestren que han llevado una vida de convivencia, apoyo y soporte mutuo con su pareja, en atención al derecho a la igualdad.[23] .

Al respecto, esta Corporación en Sentencia T-893 de 2011 Indicó:

“...puede concluirse que respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo una familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio. Por el

contrario, la ley acoge un criterio material –convivencia efectiva al momento de la muerte– en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida”

METODOLOGÍA PROBATORIA PARA LA DEMOSTRACIÓN JUDICIAL DE LA CONVIVENCIA ENTRE COMPAÑEROS

En relación con el requisito de convivencia no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte del causante, se ha indicado que dicha coexistencia, que debe ser permanente y continua, se puede probar por cualquiera de los medios contemplados en la ley, siendo el medio más utilizado, las declaraciones extrajudiciales, un claro ejemplo de ello, son los fallos de casación de Corte Suprema de Justicia, en los cuales basa su decisión en los diversos testimonios presentados por las partes dentro del proceso ordinario.

Así, la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del veintinueve (29) de noviembre de dos mil once (2011)[24], al estudiar la juridicidad del fallo de segunda instancia del tribunal Superior del Distrito Superior del distrito Judicial de Pasto, Sala Laboral, dentro del proceso ordinario adelantado por Aura Marina Burbano Eraso, en calidad de compañera permanente, contra la Universidad de Nariño y la señora Martha Lucía Díaz Arboleda como cónyuge supérstite, en procura del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, resolvió el asunto en discusión con base en lo siguiente:

Se afirma por la recurrente en alzada que la cónyuge de causante abandonó el hogar al poco tiempo de casados, luego la convivencia no superó los dos años. Sin embargo, encuentra la Corte que obran pruebas en el proceso de las que se puede inferir que esa convivencia se prolongó por un tiempo mayor, como la declaración de renta del causante de folio 74, presentada en noviembre de 1981 y que fue suscrita por él y su cónyuge, en la que aparece que ellos dividían rentas de trabajo, lo que es un indicio de vida en común. Y aparte del testimonio del hijo de la demandada, que el juez de primer grado no tuvo en cuenta, obra el de Martha Patricia Villacis Ortega, del que para la Corte no hay razón para dudar de su verosimilitud, del que se puede extraer que esa convivencia existía por lo menos en el año 1984 y se prolongó hasta el año 1996, como que afirmó: “Vuelvo a reiterar que la conocí como empleada de servicios durante todos los años de amistad que tuvo con mi familia y con migo (sic), cuando supe que más o menos en el 95 o en el 96, ella quedó

embarazada de JUAN fue apenas cuando me vine a enterar que entre ellos había una relación diferente a la laboral y JUAN Y MARTHA LUCIA por obvias razones terminaban su relación de esposos, que era la que conocía durante todos los años a MARTHA LUCIA como esposa de JUAN DIAZ”

Si bien este testimonio puede aparecer contradictorio con el del hermano del causante, que obra a folios 153, quien dijo que aquel se separó de su cónyuge más o menos a los tres años de casados, importa anotar que luego, al responder la pregunta sobre las razones por las cuales le constaba el abandono del hogar por parte de Martha Díaz, dijo: “Sin determinar fecha porque no me acuerdo, yo trabajaba en el municipio de San Lorenzo y mi hermano fue a visitarme unos 8 días, cuando regresó no encontró nada en el apartamento, sino un catre viejo, lo que es muebles, lo de cocina, todos los haberes que habían (sic) se los llevó ella”. Por lo tanto, tampoco hay exactitud en las razones de ese dicho[25]

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-041 de 2012 indicó “es pertinente reiterar la jurisprudencia de esta Corporación en la que se señala que no existe una tarifa probatoria para acreditar la unión marital de hecho y que esta puede ser demostrada por medio de declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento por testigos, sobre la convivencia de la pareja”.

Por lo tanto, esta Sala de Revisión concluye que en atención al principio de juez de natural y el carácter excepcional de la acción de tutela, que en principio corresponde a la jurisdicción ordinaria decretar y valorar las pruebas aportadas con el fin de determinar a la existencia de convivencia y así adjudicar el derecho de sustitución pensional. Esto, en tanto el despliegue probatorio involucra la recolección de testimonios, según se vio, junto con la implementación de todas las reglas jurídicas para su práctica. Por ejemplo la posibilidad de controvertir las declaraciones o de extenderlas a otros testigos. Lo que sin duda desborda “prima facie” las alternativas del juez de tutela.

CASO CONCRETO

La señora Carmen Cecilia Parada de Fernández de 82 años de edad, considera que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República –FONPRECON- ha vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y al pago oportuno de la pensión, al dejar en suspenso la solicitud de sustitución pensional presentada en calidad de

cónyuge supérstite del señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, hasta que la jurisdicción contenciosa administrativa determine a cual de las peticionarias le asiste el derecho, atendiendo a lo establecido en el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008. Decisión, en la que se incurrió en vía de hecho por insuficiente, escasa y contraevidente valoración de las pruebas aportadas, pues de ellas se evidencia la convivencia, ayuda y socorro mutuo en todos los aspectos afectivos de pareja, familiares, sociales de asistencia y dependencia económica.

En virtud de lo establecido en la jurisprudencia de esta Corporación para la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente, encuentra la Sala, que la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández es una persona de la tercera edad, pues actualmente cuenta con 82 años de edad, sujeto de especial protección constitucional, y que de acuerdo con la Sentencia T-495 de 2010 M.P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub “la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados”

En relación con la afectación al mínimo vital y la condición económica de la accionante, observa el Despacho, que del escrito de tutela y de las declaraciones aportadas, se extrae que la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández dependía económicamente de su esposo, nunca ejerció alguna labor que le generaran ingresos, que si bien posee un vehículo, una vivienda propia y una cuenta de ahorros como lo alegan los jueces de instancias, también lo es que el vehículo en la actualidad no genera ningún ingreso[26], el hecho de tener una cuenta de ahorros no quiere decir, que la actora cuente con solvencia económica, y la vivienda de su propiedad se encuentra en mal estado[27], razón por la cual, vive en un apartamento de propiedad de unas de sus hijas.

Es menester aclarar que respecto a la conclusión a la que llegó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Penal, al indicar que “De esta suerte, es evidente que la accionante no se encuentra en condiciones precarias que le genere riesgo en su vida o su integridad física, ya que cuenta con un adecuado lugar para habitar y con el respaldo de sus

hijos para el cubrimiento de sus necesidades[28], tanto que otra de sus descendientes lo afilió al servicio de salud, por lo que no se puede tener como demostrado la existencia del alegado perjuicio irremediable”; no es de recibo por esta Sala, pues la pensión de sobrevivientes es un derecho irrenunciable e independiente de la obligación de alimentos que tienen los hijos respecto de los padres, y que persigue precisamente garantizar autonomía y una subsistencia independiente a sus beneficiarios[29].

Como se indicó en las consideraciones de esta providencia, la pretensión sobre el reconocimiento de la sustitución pensional cuando existe controversia entre cónyuge y compañera permanente superviviente corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral, por tanto, existe otro medio de defensa judicial efectivo e idóneo que evita que la acción de tutela proceda como mecanismo principal. No obstante, dada la avanzada edad de la accionante, la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital por el hecho de no percibir ingresos para garantizarse una existencia digna, llevan a la Corte a la convicción de que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Respecto a los requisitos para acceder a la sustitución pensional, en calidad de cónyuge superviviente, revisa la Sala que en el caso que nos ocupa, la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández elevó solicitud ante el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República -FONPRECON-, junto con el registro civil de defunción del señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, cédula de ciudadanía del mismo, Registro civil de matrimonio y tres declaraciones extraprocesales.[30]

Mediante oficio del 21 de agosto de 2012, FONPRECON requirió a la accionante para que allegara (i) copia auténtica de la partida eclesiástica de matrimonio celebrado el 21 de abril de 1954, (ii) títulos de propiedad de bienes muebles o inmuebles adquiridos durante el vínculo matrimonial y del lugar donde vivían (iv) certificado de libertad y tradición expedido por la oficina de registro e instrumentos públicos y privados con fecha de expedición no mayor de dos meses y, (vi) los demás elementos probatorios que considere pertinentes para determinar la calidad de cónyuge superviviente, con el fin de continuar con el trámite solicitado.

En atención al oficio en referencia, la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández radicó el

13 de octubre de 2012, en las oficinas de la entidad accionada los siguientes documentos:

- Copia en original, de la partida de matrimonio católico N° 31624, contraído por la accionante y el señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido[31].

- Certificados originales de libertad y tradición de las matriculas inmobiliarias 272-4279, 272-4289 y 272-4277 expedidos por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pamplona[32].

-Fotocopia de la tarjeta de propiedad del vehículo de placas UVE-349 a nombre de Carmen Cecilia Parada de Fernández con postulación para desintegración física elevada ante el Ministerio de Transporte en diciembre 23 de 2009[33].

-Fotocopia de los extractos bancarios de las cuentas de ahorros de los años 2008 y 2009[34].

-Fotocopias simples de los registros civiles de los siete hijos nacidos dentro del matrimonio Fernández-Parada[35].

-Declaración extrajuicio juramentada rendida por la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández[36].

-Declaración extrajuicio juramentada rendida de los señores Blanca Elena Villamizar, Olinto Duran Albarracín, María Romero y José Darío Romero, vecinos y colindantes de la casa de habitación matrimonial[37].

-Declaración extrajuicio juramentada rendida por la señora Sonia Teresa Fernández Parada[38].

-Constancia de residencia expedida por la Junta de Acción Comunal del barrio chapinero de Pamplona (N.S)[39].

-Promesa de venta, acta de entrega y Certificado de Libertad y Tradición del inmueble inmobiliario 272-43749 ubicado en la calle 7N° 9-27 edificio plazuela mayor[40].

-Facturas de compra de muebles y enseres[41].

-Constancia de residencia, expedida por el Consejo de Administración de la Unidad Residencial Plazuela Mayor[42].

-Aviso fúnebre con ocasión al fallecimiento en la ciudad de Cúcuta del señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido[43].

-Fotocopia autentica del Decreto 0052 “por medio del cual, el Municipio de Pamplona a través de su Alcalde, rinde homenaje póstumo a la memoria del señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, entregando nota de estilo a su esposa Carmen Cecilia Parada de Fernández e hijo en las honras fúnebres”[44].

-Fotocopia auténtica de la Resolución 060 de 2012, con la cual el honorable Consejo Municipal de Cúcuta exalta la labor comunitaria del señor Josué Benjamín Fernández Vera con motivo de su fallecimiento y hace entrega de este acto a su familia en cabeza de su esposa[45].

-Certificado de afiliación en salud, expedida por la EPS Saludcoop, donde consta que el señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido afilió en calidad de beneficiaria a su esposa Carmen Cecilia Parada de Fernández[46].

-Fotografía varias tomadas en los últimos cinco años, en los cuales consta la convivencia como cónyuges de los esposos Fernández-Parada[47].

De igual manera, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República –FONPRECON- solicitó el 21 de agosto de 2012 a la señora Paula Villamizar Moreno allegará los siguientes documentos: (i) títulos de propiedad de bienes muebles o inmuebles adquiridos durante la convivencia y del lugar donde habitaban y, (ii) los demás elementos probatorios que considere pertinentes para determinar la calidad de compañera permanente durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del señor Josué Benjamín Fernández Vera.

Sin embargo, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República –FONPRECON-, deja en suspenso la solicitud presentada por la accionante en calidad de cónyuge del causante y por la señora Paula Villamizar Moreno como compañera permanente, argumentando que si bien, la señora Paula Villamizar Moreno allegó declaraciones extraprocesales donde se manifiesta que convivió en unión marital de hecho compartiendo techo y lecho desde el

mes de marzo de 2007 hasta el día de su muerte el 5 de mayo de 2012[48], la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández no allegó prueba alguna; motivo por el cual, el Fondo de Previsión Social del Congreso-se reitera- deja en suspenso la solicitud presentada hasta que la jurisdicción competente determine a cual de las peticionarias le asiste el derecho a la sustitución pensional, de conformidad con el artículo 6° de la Ley 1204 de 2003.

Contra la Resolución N° 0813 del 16 de octubre de 2012, que dejó en suspenso la solicitud de sustitución pensional, la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución N° 0938 del 21 de noviembre de 2012, decisión que confirma la resolución recurrida, bajo los mismos argumentos.

se debe recordar, que esta Sala de Revisión con el fin de subsanar la omisión del Juzgado Veinticinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior del distrito Judicial de Bogotá, al no vincular a la señora Paula Villamizar Moreno como parte interesada dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández, la vinculó mediante auto del 1 de octubre de dos mil trece (2013) y la oficio, para que allegará los elementos probatorios, que considerara pertinentes para determinar la modalidad de convivencia con el señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, e informara al Despacho, si ha instaurado alguna acción judicial en la que pretenda la sustitución pensional.

De la contestación y de las pruebas allegadas por la señora Paula Villamizar Moreno observa el Despacho que, existen elementos probatorios que permiten inferir que existió una relación sentimental entre la señora Paula Villamizar Moreno y el señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, pues a folio 98[49] se indica “hace año y medio el mantiene una relación íntima, conocida por la sociedad, la familia, donde en una de las propiedades que es la finca “Doña andrea”, se encuentran y pasan días y noches enteras a esto se suma la llamadera telefónica del señor Benjamín y Paula, donde uno escucha los susurros y palabras de cariño entre ellos”. No obstante, lo anterior no permite concluir la existencia de una convivencia durante los 5 años inmediatamente anterior al fallecimiento del causante, como lo establece el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, requisito indispensable para obtener el derecho a la sustitución pensional.

En efecto no es posible afirmar que la señora Paula Villamizar Moreno y el señor Josué

Benjamín Fernández Vera fallecido convivieron, porque como se vio ello requiere la existencia y análisis de testimonios preferentemente.

Situación diferente, acontece con la accionante, pues la constancia emitida por la Unidad Residencial “plazuela mayor” se informó que:

“ (...) NOS PERMITIMOS CERTIFICAR QUE EL APARTAMENTO 704 DE LA Unidad Residencial Plazuela Mayor, ubicado en la carrera 7 N° 9-27 de Pamplona, fue ocupado desde el día 24 de diciembre de 2011 por los esposos JOSUÉ BENJAMÓN FERNÁNDEZ VERA (Q.E.P.D) y CARMEN CECILIA PARADA DE FERNÁNDEZ”[50]

Motivo por el cual, y como se ha indicado en la parte motiva de esta Sentencia, corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral adelantar dicha demostración.

Ahora bien, respecto a la afirmación según la cual los dos señores “dependían económicamente con el causante al momento de su fallecimiento”, encuentra el Sala que la señora Paula Villamizar Moreno en el escrito de contestación manifestó que “dependía económicamente de él, por ser una persona que se dedicó a los cuidados personales de su compañero”, sin que allegara prueba que lo demuestre, además, de que en desarrollo del proceso tampoco las aportó para respaldar la mencionada afirmación.

Por otro lado, la señora Paula Villamizar Moreno es una persona de 53 años de edad, no alega ninguna condición especial, ni ningún perjuicio irremediable que la haga sujeto de especial protección constitucional.

Por lo anterior, concluye esta Sala de Revisión que esta Corte no puede definir con certeza en qué proporción, se debe otorgar el derecho de sustitución pensional a cada una de las señoras, ya que de las pruebas aportadas al expediente de tutela, se evidencia que ambas tuvieron una relación sentimental con el causante, sin embargo la señora Paula Moreno no demostró en que modalidad mantenían dicha relación, diferente a la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández, quien demostró que al 24 de diciembre de 2011 convivió con el señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido[51].

No obstante, y en atención a que la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández es un sujeto de especial protección, que demostró los requisitos establecidos por esta Corporación

para la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio para el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente y con fundamento en los criterios de igualdad material señalados por esta Corporación, los artículos 5, 13, 42 y 48 de la Constitución Política y la finalidad la sustitución pensional[52], TUTELARÁ los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante y se ORDENARÁ al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República -FONPRECON-, que reconozca y pague el 50% de la prestación que devengaba el señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido de manera transitoria, a favor de la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández en calidad de cónyuge supérstite y dejar el otro 50% en suspenso, hasta que la jurisdicción competente determine si la señora Paula Villamizar Moreno en calidad de compañera permanente tiene o no derecho a la sustitución pensional, en que porcentaje si es el caso, o por el contrario si solo le asiste derecho a la cónyuge caso en el cual se le deberá reconocer el 100% de la prestación económica.

IV DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo del veintiséis (26) de febrero de dos mil doce (2012), proferido por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que a su vez confirmó el fallo proferido por el Tribunal Superior del distrito Judicial de Bogotá Sala Penal, el seis (6) de mayo de dos mil trece (2013), para en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social de la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTO las Resoluciones 0938 del veintiuno (21) de noviembre de dos mil doce (2012) y la 0877 del veintinueve (29) de noviembre de dos mil doce (2012), proferidas o emitidas por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República -FONPRECON-, en lo relativo a la suspensión de pago de la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández.

TERCERO.-ORDENAR al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República -FONPRECON-, que reconozca y pague el 50% de la prestación económica que devengaba

el señor Josué Benjamín Fernández Vera (fallecido) a la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández en calidad de cónyuge superviviente, como mecanismo transitorio y DEJAR EN SUSPENSO el otro 50%, hasta que la jurisdicción ordinaria laboral, determine si la señora Paula Villamizar Moreno, en calidad de compañera permanente, tiene o no derecho a la sustitución pensional, y en qué porcentaje.

CUARTO.- VINCULAR al personero municipal de Pamplona (Norte de Santander), para que dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la presente decisión, acompañe y brinde asesoría a la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández y a la señora Paula Villamizar Moreno en la interposición de la respectiva demanda ordinaria laboral.

QUINTO.- ADVERTIR a la señora Carmen Cecilia Parada de Fernández, que los efectos de esta Sentencia se mantendrán únicamente mientras las autoridades judiciales competentes deciden en forma definitiva sobre su solicitud, por lo cual debe proponer la demanda correspondiente, si aun no lo ha hecho, dentro de los próximos cuatro (4) meses. De no hacerlo, vencido dicho plazo expirarán los efectos de esta decisión.

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

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-809/13

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Se debió declarar la improcedencia por cuanto existe incertidumbre sobre la efectiva convivencia de la accionante con el pensionado, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al deceso, se debe resolver en proceso ordinario (Salvamento parcial de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Octava de Revisión, me permito salvar parcialmente el voto en el asunto de la referencia.

Si bien el proceso satisface los requisitos formales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones administrativas que niegan o suspenden el reconocimiento de una pensión, no cumple, en mi criterio, el requisito de procedencia material o de fondo. En mi opinión, a pesar de las pruebas recaudadas oficiosamente por la Sala, no es posible arribar al convencimiento sobre la efectiva convivencia de la accionante con el pensionado, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al deceso.

Ciertamente la disputa que la peticionaria mantiene con la presunta compañera permanente del pensionado, impide tener seguridad sobre la convivencia o apoyo mutuo entre el causante y la demandante, en los cinco años anteriores a la muerte del primero, o sobre la eventual coexistencia de relaciones del pensionado con su cónyuge y la supuesta compañera permanente, en el mismo periodo. Dicha incertidumbre, como se mencionó, no fue esclarecida con las pruebas obrantes en el expediente. Por esta razón, el asunto debe ser resuelto en el proceso contencioso administrativo, en el marco del amplio escenario probatorio dispuesto para ese tipo de trámites.

Atendiendo a estas razones, salvo el voto parcialmente en la sentencia de la referencia.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Folio 90 al 95 del cuaderno original

[2] Folio 15 al 89 del cuaderno original

[3] Folios 96 al 99 del cuaderno original "(...) dada la controversia suscita entre las peticionarias Carmen Cecilia Parada de Fernández y Paula Villamizar Moreno, el Fondo de Previsión Social del Congreso no cuenta con la capacidad legal para determinar a cual de la peticionarias le asiste el derecho a la sustitución pensional, correspondiendo a la jurisdicción contenciosa administrativa definir cual de las peticionarias tiene el derecho al reconocimiento de la sustitución pensional causada con ocasión del fallecimiento del señor Josué Benjamín Fernández Vera"

[4] Folio 100 al 107 del cuaderno original

[5] Folio 108 al 112 del cuaderno original "(...) verificado por este despacho que no existe certeza sobre a cual de las peticionarias le asiste el derecho a sustituir la pensión de jubilación que dejare causada el señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, ya hasta tanto no exista un fallo judicial por parte de la jurisdicción competente, se hace necesario confirmar en todos sus apartes la Resolución N° 0813 de 2012"

[6] 113 al 114 del cuaderno original

[7] Folio 116 del cuaderno principal

[8] Folio 117 del cuaderno principal

[9] Ver folios 76 al 89 del cuaderno constitucional

[10] Ver folios 96 al 106 del cuaderno constitucional

[11] Ver folio 107 del cuaderno constitucional

[12] Ver folio 108 del cuaderno constitucional

[13] Ver Folio 109 al 104 del cuaderno constitucional

[14] Folios 113 y 114 del cuaderno constitucional

[15] Sentencia T-1249 de 2008, M.P., Jaime Córdoba Triviño

[16] Sentencia T- 417 del 25 de mayo de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa, Sentencia

[17] “ARTICULO 8o. LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.”

[18] Sentencia T-537 de 2011 M.P., María Victoria Calle Correa

[19] Sentencia T-083 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil

[20] Sentencia 789 de 2003 M.P., Manuel Jose Cepeda Espinosa

[21] Sentencia T-083 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil

[22] Sentencia T-716 de 2011M.P., Luis Ernesto Vargas Silva

[23] Sentencia T-660 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero “En relación con los derechos derivados de la seguridad social, la situación entre cónyuges y compañeros permanentes opera de manera similar. Por consiguiente, los beneficios reconocidos a los cónyuges cobijan “sin ninguna restricción ni diferencia a quienes tienen el carácter de compañeros o compañeras permanentes, sobre la base de que se pruebe de manera fehaciente la convivencia por el término que establezca la Ley.

El vínculo constitutivo de la familia - matrimonio o unión de hecho- es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho. El factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes. Es por ello que la ley ha establecido la pérdida de este derecho para el cónyuge supérstite que en el momento del deceso del causante no hiciera vida en común con él, salvo la existencia de justa causa imputable a la conducta del fallecido.”

[24] Radicado N° 40055

[25] Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicado N° 40055 de noviembre 29 de 2011, M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, referencia 6721 del 12 de diciembre de 200, M.P., Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo entre otras.

[26] Ver folio 161 del cuaderno 1 “postulación para desintegración física total vehículos de transporte público de carga”.

[27] Ver folio 23, 24, 25, 26, 27 y 28 del cuaderno 2, “(...) Se recomienda realizar el refuerzo interno (columna y vigías en concreto reforzado) para enlazar los muros y la instalación de una cubierta liviana para aligerar transmisión de las cargas al suelo.”

[28] Ver folio 14, cuaderno 3, fallo de segunda instancia “(...) lo cierto es que también está acreditado que la actora no reside en la casa que se encuentra en mal estado de conservación, sino que de acuerdo con lo expresado por la accionante en la declaración extrajuicio rendida ante Notario Segundo de Pamplona el 5 de octubre de 2012, en un apartamento que es de propiedad de una de sus hijas-nidia Yamile Fernández Parada- y

dotado en muebles por su yerno Carlos Eduardo Barco y sus otros hijos.

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

[30] Ver folios 230 al 239 del cuaderno 1

[31] Folio 153 del cuaderno 1

[32] Folio 154 al 159 del cuaderno 1, donde consta que tanto los predios rurales el Petróleo de Gramote y Doña Andrea ubicados en la Vereda Targualá del Municipio de Cácuta (N.S), como la casa de habitación matrimonial ubicada en calle 8N° 8-01 y 8-03 de Pamplona, fueron adquiridos por el matrimonio Fernández- Parada.

[33] Ver folio 160 y 161 del cuaderno 1

[34] Ver folio 162 al 165 del cuaderno 1

[35] Ver folio 166 al 172 del cuaderno 1

[36] Ver folio 173 del cuaderno 1

[37] Ver folio 174 al 177 del cuaderno 1

[38] Ver folio 178 del cuaderno 1

[39] Ver folio 179 del cuaderno 1

[40] Ver folio 180 al 182 del cuaderno 1

[41] Ver folio 183 al 185 y 188 del cuaderno 1

[42] Ver folio 189 del cuaderno 1, donde consta que los esposos Fernández-Parada residen en el apartamento 704 de ese edificio desde el 24 de diciembre de 2011 y que el señor Josué Benjamín Fernández Vera fallecido, residió allí hasta el día de su fallecimiento.

[43] Ver folio 196 del cuaderno 1

[44] Ver folio 197 del cuaderno 1

[45] Ver folio 198 del cuaderno 1

[46] Ver folio 199 al 201 del cuaderno 1

[47] Ver folio 202 al 206 del cuaderno 1

[48] Ver folio 240 al 248 del cuaderno 1 observa el Despacho que dentro de la solicitud presentada por la señora Paula Villamizar Moreno ante FONPRECOM para el reconocimiento de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente superviviente del señor Josué Benjamín Fernández, adjunto las siguientes pruebas: (i) fotocopia del señor Josué Benjamín Fernández y de la solicitante; (ii) registro civil de defunción del señor Josué Benjamín Fernández y, (iii) tres declaraciones extrajuicio.

[49] Del cuaderno constitucional

[50] Ver folio 298 del cuaderno 1

[51] En la Constancia emitida por la administración Residencial Plazuela Mayor al Fondo de Pensiones del Congreso -FONPRECON- se constata que para esa fecha convivían juntos. Ver Folio 289 del cuaderno 1

[52] Ver Sentencia T-893 de 2011 M.P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub