TUTELA PARA OBTENER PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE/ Juez de tutela puede analizar de fondo la cuestión cuando por las condiciones especiales del interesado los medios ordinarios de defensa resultan ineficaces/ Improsperidad de la pensión de sobreviviente por incumplimiento del requisito de la convivencia

“(…) la Sala encuentra que dada la avanzada edad de la accionante, su disminuida condición física propia del tiempo y su precaria condición económica, no se puede reclamar de ella la misma diligencia que se exige de sujetos que no se encuentran en esa situación, por lo que no podría evaluarse con la misma rigurosidad la necesidad del agotamiento de la vía dispuesta por la jurisdicción contenciosa administrativa y por la ordinaria laboral para que materialice sus reclamos, estos no constituyen un mecanismo judicial idóneo y eficiente para lograr la protección de sus derechos. Así las cosas, la acción de tutela resulta procedente para el estudio del caso concreto.”

“De la revisión del expediente, ninguna prueba existe de la convivencia entre la accionante y su difunto esposo, a pesar de haberse acreditado el matrimonio entre ellos contraído.

Obra en el expediente a folio 28 una certificación del Fosyga, del que se aprecia que la promotora del amparo se encuentra afiliada en el régimen subsidiado de salud como cabeza de familia, desde el 1 de junio de 2002, lo que hace presumir que no dependía económicamente de su cónyuge, o por lo menos la voluntad de mantener afiliada al sistema de salud a su esposa.”

Cita: Corte Constitucional, sentencias T-128 de 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

Pereira, tres (3) agosto de dos mil dieciséis

Acta Nº 365 de 03-08-2016

Expediente 66682-31-03-001-2016-00460-01

I. **ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la apoderada judicial de la señora ORFILIA NOREÑA DE LÓPEZ, contra la sentencia proferida el primero de junio de 2016, mediante la cual el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal resolvió la acción de tutela que promovió aquella contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

**II. ANTECEDENTES**

1. La actora por intermedio de apoderada judicial promovió el amparo constitucional, por considerar que COLPENSIONES vulnera sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, el mínimo vital y a la seguridad social.

2. En síntesis, señaló como sustento del reclamo constitucional lo siguiente:

(i) En 1957 contrajo matrimonio con el señor José Aristarco López Barco con quien tuvo 5 hijos y permaneció casada hasta la fecha de su fallecimiento el 13 de marzo de 2014.

(ii) Elevó ante COLPENSIONES solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, en razón a que su cónyuge tenía pensión de vejez desde enero de 2006, la que fue negada porque también había presentado la misma solicitud la señora MARÍA NÉLIDA RUBIANO GONZÁLEZ, en calidad de compañera permanente.

(iii) COLPENSIONES dispuso mantener en suspenso el reconocimiento hasta que se dirimiera la controversia presentada. La accionante asegura que desconocía la existencia de otra relación de su esposo, quien cuidaba una finca en el Quindío y le proporcionaba todo lo que necesitaba para su subsistencia, porque ella se dedicó a las labores del hogar y dependía económica y totalmente de él.

(iv) Para promover demanda laboral trató de ubicar a la señora Rubiano González, encontrando que había fallecido el 12 de julio de 2014 y por eso solicitó a COLPENSIONES un nuevo estudio para que le reconociera la pensión de sobrevivientes, lo que se negó a hacer hasta que la justicia ordinaria indicara a quien corresponde el derecho, desatendiendo la entidad el fallecimiento de la otra solicitante.

(v) La actora tiene 72 años, no posee medios económicos para subsistir y después del fallecimiento de su esposo ha tenido que acudir a la caridad de amigos y parientes para sustentarse. Por ser de la tercera edad merece un tratamiento especial en salud que requiere y del que no puede gozar porque no le reconocieron la prestación; por la edad avanzada de la actora no está en condiciones de trabajar para proveerse su manutención.

(vi) El vínculo matrimonial de la gestora constitucional con su pareja se mantuvo vigente hasta el momento de su muerte y el fallecimiento de quien dijo ser la compañera permanente, hace imposible dirimir la controversia, pues no hay beneficiarios ya que no tuvo hijos con el causante, como lo advirtió de la declaración presentada ante COLPENSIONES y si la justicia ordinaria hubiera asignado cuotas partes, ante el fallecimiento de la supuesta compañera, le correspondería el 100% de la prestación económica.

3. Pide la protección de los derechos invocados y se ordene a la entidad demandada que le reconozca la pensión de sobrevivientes retroactiva a partir del 13 de marzo de 2014, fecha de fallecimiento de su esposo y las mesadas indexadas.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal - Risaralda. Fue notificado el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de COLPENSIONES y se ordenó vincular a su Presidente. Guardaron silencio (fls. 26-27).

**III. EL FALLO DE TUTELA**

Por sentencia del primero de junio de 2016, la a quo decidió declarar improcedente la acción de tutela con base en que la controversia suscitada entre las pretendidas beneficiarias, la jurisprudencia laboral ha manifestado que la administradora de pensiones debe abstenerse de resolver derecho alguno, ya que dicho conflicto de intereses debe dirimirlo la jurisdicción ordinaria laboral, resaltando que ello es competencia de tal jurisdicción. Además, porque la actora constitucional no interpuso los recursos legales contra la Resolución GNR 5763 de 14 de enero de 2015 que le negó el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes considerando que “…*la tutela no ha sido consagrada como un recurso adicional a los que ya se tienen o se tuvieron y dejaron de ejercitar o lo fueron sin éxito, tampoco es una instancia más, ni está prevista para reemplazar las actuaciones que deben surtirse ante los jueces mediante los trámites previstos en la ley*…” Y, finalmente, porque a la demandante no se le vulnera el derecho a la seguridad social ya que se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de CAFESALUD EPS SA desde el primero de junio de 2002, según información del FOSYGA que obra a folio 28 del cuaderno principal.

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por la portavoz judicial de la tutelante, con similares argumentos a los esbozados en el escrito de tutela, citando jurisprudencia de la Corte Constitucional y solicitando se revoque el fallo de primera instancia y se conceda el amparo constitucional impetrado (fls. 35-39 Ib.).

**V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado (art. 86 C.P., Decreto 2591 de 1991 y Decreto 1382 de 2000).

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si COLPENSIONES vulnera los derechos invocados por la accionante, al negarle la pensión de sobreviviente por la muerte de su esposo, con fundamento en que otra persona solicitó el mismo derecho en calidad de compañera permanente del difunto.

3. Se ha sostenido por parte de la Corte Constitucional que, en principio, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, pues para ello, el legislador ha previsto otros medios y recursos judiciales con el fin de que la autoridad competente, bien sea la jurisdicción ordinaria laboral o la contenciosa administrativa, decida los conflictos relacionados con el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivientes o el derecho a la sustitución pensional, entre otras. Ha dicho, también, que cuando quien acude a las vías constitucionales para solicitar se ampare su derecho a la seguridad social, se encuentra dentro del grupo de personas a quienes la Constitución les brinda una especial protección, como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, el estudio de procedibilidad de la acción de tutela debe realizarse con un criterio más amplio.

4. De otro lado, con fundamento en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional precisó:

*“Conforme con lo antes expuesto, se puede concluir en primera instancia que siempre que haya controversia sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o del derecho a la sustitución pensional, en razón a que el (la) cónyuge y (el) la compañera (o) permanente, o las (los) dos compañeras (os) permanentes del causante han demostrado convivir con este en periodos de tiempo diferentes o de forma simultánea, quien debe dirimir el asunto es la jurisdicción competente, a no ser que concurran los requisitos que hacen procedente la acción de tutela, caso en el cual los otros mecanismos de defensa pueden ser desplazados por esta.*

*En segunda instancia, la controversia por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o del derecho a la sustitución pensional también se puede presentar entre cónyuge y compañera (o) permanente del causante, o entre dos compañeras (os) permanentes. En tales casos, ambos reclamantes deben demostrar la convivencia simultánea con el causante en sus últimos años de vida, para que la pensión de sobrevivientes o la respectiva sustitución pensional, pueda ser reconocida a los dos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido o, pueda ser reconocida a ambas (os) en partes iguales con base en criterios de justicia y equidad.* (Sentencias T-128 de 2016).

**VI. CASO CONCRETO**

1. Para resolver este asunto, debe resaltarse, en primer lugar, el hecho de que la señora ORFILIA NOREÑA DE LÓPEZ, tiene 72 años de edad, ha manifestado no poseer los medios económicos para garantizar su propia subsistencia, teniendo que acudir con posterioridad al fallecimiento de su esposo a la caridad de amigos y parientes. En segundo lugar, que por razones de edad no se encuentra en condiciones de trabajar, y según certificado del Fosyga que obra a folio 28, se encuentra afiliada en el régimen subsidiado de salud como cabeza de familia, lo que la convierte en sujeto de especial protección constitucional.

2. De tal forma que, en el caso bajo estudio, la Sala encuentra que dada la avanzada edad de la accionante, su disminuida condición física propia del tiempo y su precaria condición económica, no se puede reclamar de ella la misma diligencia que se exige de sujetos que no se encuentran en esa situación, por lo que no podría evaluarse con la misma rigurosidad la necesidad del agotamiento de la vía dispuesta por la jurisdicción contenciosa administrativa y por la ordinaria laboral para que materialice sus reclamos, estos no constituyen un mecanismo judicial idóneo y eficiente para lograr la protección de sus derechos. Así las cosas, la acción de tutela resulta procedente para el estudio del caso concreto.

 3. De las pruebas allegadas al expediente se tiene que, una vez fallecido el señor JOSÉ ARISTARCO LÓPEZ BARCO, las señoras ORFILIA NOREÑA DE LÓPEZ y MARÍA NÉLIDA RUBIANO GONZÁLEZ, la primera en calidad de cónyuge supérstite y la segunda como compañera permanente, se presentaron ante COLPENSIONES a solicitar se les reconociera como beneficiarias de la sustitución de la pensión que disfrutaba en vida el causante. La entidad demandada, mediante Resolución GNR 3965599 del 9 de diciembre de 2015, conforme al contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, negó la solicitud de las dos peticionarias, esto es, hasta tanto la justicia ordinaria no dirima la controversia entre ellas (fls. 8-10).

4. Con posterioridad y en vista del fallecimiento de la segunda de las nombradas, la cónyuge supérstite solicitó nuevamente el reconocimiento de la prestación pensional, que también fue negada mediante resolución GNR 5763 del 14 de enero de 2016, con argumentos similares a los presentados en el primer acto administrativo (fls. 12-14).

5. Inconforme con esta determinación, la señora ORFILIA NOREÑA DE LÓPEZ interpuso acción de tutela contra COLPENSIONES, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, el mínimo vital y a la seguridad social, al negarse a reconocerla como beneficiaria de la sustitución de la pensión de quien fuera su esposo JOSÉ ARISTARCO LÓPEZ BARCO. La acción de tutela fue declarada improcedente por cuanto se incumplió el requisito de subsidiariedad.

6. Para proceder a la solución del problema jurídico en el caso concreto, la Sala se remitirá a las pruebas obrantes en el expediente a fin de dilucidar: i) Si existió convivencia entre el causante y la accionante al menos durante cinco años en cualquier tiempo, en aplicación de la jurisprudencia constitucional ya referida. ii) Si la actora dependía económicamente de su esposo. Y iii) Si hubo la convivencia, esta se dio de manera simultánea o en tiempos diferentes al vínculo matrimonial vigente entre el de cujus y la señora MARÍA NÉLIDA RUBIANO GONZÁLEZ. Luego de lo anterior, la Sala deberá analizar si, efectivamente, hay lugar a conceder el amparo deprecado por la señora ORFILIA NOREÑA DE LÓPEZ.

7. De la revisión del expediente, ninguna prueba existe de la convivencia entre la accionante y su difunto esposo, a pesar de haberse acreditado el matrimonio entre ellos contraído.

8. Obra en el expediente a folio 28 una certificación del Fosyga, del que se aprecia que la promotora del amparo se encuentra afiliada en el régimen subsidiado de salud como cabeza de familia, desde el 1 de junio de 2002, lo que hace presumir que no dependía económicamente de su cónyuge, o por lo menos la voluntad de mantener afiliada al sistema de salud a su esposa.

9. Lo anterior es suficiente para concluir por esta Sala que el caso concreto no amerita que el Juez constitucional ampare los derechos fundamentales que dice la actora le están siendo trasgredidos, por la negativa de COLPENSIONES en reconocerle su derecho a la sustitución pensional, por las razones expuestas. En consecuencia se revocará la sentencia impugnada y en su lugar se negará el amparo constitucional invocado.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

Primero: REVOCAR la sentencia proferida el primero de junio del año en curso, por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, dentro de la presente acción de tutela. En su lugar, SE NIEGA el amparo constitucional invocado, por lo indicado en la parte motiva.

Segundo: Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

Tercero: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS