

SEÑORES
CONSEJO DE ESTADO
REPARTO
E. S. D.

Ref. DEMANDA EN ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA
ACCIONANTE: MILDRED HERNANDEZ YEPÉS
ACCIONADO: CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Respetados Señores:

MILDRED HERNANDEZ YEPÉS, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Cartagena, identificada con cédula de ciudadanía No. 33.1565.806 expedida en la Ciudad de Cartagena, actuando en nombre propio a su Despacho a fin de incoar **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA** en contra del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, siendo CP. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, contra la sentencia dictada el 4 de junio de dos mil veinte (2020) que confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda Subsección A, de fecha 27 de julio de 2017, la cual fue notificada por correo electrónico el día 29 de septiembre de 2020, mediante la cual se negó las pretensiones incoadas en la demanda, dentro del proceso con radicación No. 25000-23-42-000-2015-03482-01 (0454-2018), para que mediante esta acción se amparen los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y DIGNIDAD, SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL y la cual fundamento de la siguiente manera:

1.- LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA

1.1.- Legitimación en la causa por activa

El artículo 86 de la Constitución establece que cualquier persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular, teniendo en cuenta lo preceptuado me encuentro legitimad por activa para promover la acción de tutela.

1.2. Legitimación en la causa por pasiva

La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental invocado una vez se acredite la misma en el proceso¹⁶. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 5º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede

contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental.

En el presente asunto la acción está dirigida contra del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Segunda, Subsección CP. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, que se le atribuyen la vulneración de derechos fundamentales, en consecuencia, se encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por pasiva.

2. HECHOS:

Instaure demanda contra el Fondo de Previsión del Congreso, a fin de que se me reconociera y pagara la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de mi cónyuge Rafael Ignacio Escorcía Barraza, junto con las mesadas adicionales debidamente reajustadas y las costas del proceso.

En respaldo de que las pretensiones adujen que contraí matrimonio con mi difunto marido Rafael Ignacio Escorcía Barraza por primera vez el día 29 de mayo de 1990, de cuya unión se procrearon dos (2) hijos, en la actualidad mayores de edad, que aproximadamente a los diez años de convivencia a través de proceso realizamos la cesación de efectos civiles de matrimonio católico, correspondiéndole al Juzgado Tercero de Familia; sin embargo luego de cuatro (4) años de separados volví a convivir en unión marital de hecho y consolide esta nueva relación con un segundo matrimonio, el cual se celebró el día 4 de marzo de 2011 el cual mantuvo su vigencia hasta el 28 de octubre de 2014, fecha en la que falleció mi marido; es decir que la relación de pareja y convivencia entre mi persona la suscrita y el causante aproximadamente duró cuarenta años, que únicamente estuvieron separados aproximadamente 4 años, que mi marido era pensionado de FONPRECOM; Que cuide de mi esposo durante la enfermedad, y que los gastos de manutención eran cubierto por mi fallecido marido.

Es de resaltar que estos hechos fueron corroborados a través de declaraciones extra-juicio y documentales que fueron allegadas en la demanda.

La parte demandada FONPRECOM, contesto la demanda y se opuso a cada una las pretensiones formuladas por mi poderdante, argumentando que no acreditaba los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003, es decir, que no acreditaba la convivencia durante los últimos cinco (5) años anteriores al fallecimiento del pensionado.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 27 de julio de 2017, negó las pretensiones de la demanda, porque *«no hay prueba suficiente para considerar que la cónyuge convivió con [el señor Rafael Ignacio Escorcía Barraza (q. e. p. d.)] Durante sus últimos 5 años de vida, pues el causante falleció en el año 2014 y en el 2011 declaró que no convivía con la demandante»*.

Señaló que si bien es cierto los testigos afirman que *«pasados cuatro años después del divorcio, la actora y el señor Rafael Escorcía volvieron a vivir juntos; no puede desconocerse que la afiliación a la prepagada*

y la calidad de cónyuge sólo se obtuvo nuevamente en el 2011, es decir, 3 años antes de la muerte» del antes nombrado.

1. Que no procede la condena en costas, por cuanto no se «*observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro del proceso*».

Recurso de apelación

Dentro de la oportunidad Legal, se formuló recurso de apelación contra la sentencia antes mencionada, al considerar que está violando indirectamente de los artículos 13 de la Ley 797 de 2003, 175 y 203 a 226 del entonces vigente Código de Procedimiento Civil.

La violación legal denunciada en el recurso de apelación se llegó como consecuencia de los siguientes errores manifiestos de hecho:

1. No dar por demostrado, estándolo, que mi mandante no acreditó los cinco años de convivencia anteriores a la fecha en que falleció su cónyuge RAFAEL IGNACIO ESCORCIA.
2. No dar por demostrado, estándolo, que EXISTIÓ efectivamente una relación como pareja inicialmente como cónyuge, luego como compañera y por último con cónyuge entre el causante RAFAEL IGNACIO ESCORCIA y la señora MILDRED DE LAS MERCEDES HERNANDEZ DE ESCORCIA, la cual perduró por más de 5 años hasta la fecha de la muerte (28 de octubre de 2014), que solamente estuvimos separados por un lapso cuatro (4) años aproximadamente, después de la sentencia de cesación de efectos civiles de matrimonio católico, relación que posteriormente se reanudo como compañeros permanentes y finalmente como cónyuges
3. No dar por demostrado, estándolo, que entre el pensionado fallecido y la demandante existió hasta el momento mismo de su muerte una relación permanente, reflejada en la convivencia o criterio material.
4. Dar por demostrado, sin estarlo, que por el hecho que el causante en el año 2011 efectuara una declaración extra-juicio afirmando que no había vuelto a convivir con la señora Mildred Hernández de Escorcía desde el divorcio y no mantenía ningún vínculo y la declaración extra-juicio de fecha 29 de julio de 2011, en la que el causante manifestó que no existía ninguna relación entre la suscrita y éste y la manifestación juramentada de fecha 26 de diciembre de 2013, en la que manifiesto el mismo causante que inició convivencia con la suscrita hacia dos (2) años.
5. No dar por probado, estando plenamente aceptado, que la relación marital de hecho que existió entre Rafael Ignacio Escorcía y Mildred de las Mercedes Hernández de Escorcía, aproximadamente desde el año de 1993 hasta el 4 de marzo de 2011, fecha en la que contrajeron por segunda vez matrimonio, cambiando la calidad de compañera permanente a cónyuge; es decir que la relación entre el causante y la suscrita se formó desde mucho antes de que el causante otorgará poder ante la Notaría de Cartagena para contraer por segunda vez nupcias.

6. No dar por demostrado, estándolo, que el mismo pensionado fallecido contrajo nupcias por segunda vez con la suscrita el día 4 de marzo de 2011, tal como se probó con el correspondiente registro civil de matrimonio, que desvirtúa lo manifestado por el pensionado en la declaración extra-juicio de fecha 29 de julio de 2011.
7. No dar por probado, estándolo, que la suscrita acreditó mediante abundante material probatorio haber convivido con el Sr. Rafael Ignacio Escorcía cinco años antes a la fecha de su muerte.

Los errores de facto enunciados dimanaron de la apreciación errada de las declaraciones extra-juicio de 29 de julio de 2011 y 26 de diciembre de 2013 suscritas por Rafael Ignacio Escorcía y en especial por no valorar en conjunto el total de las pruebas aportadas al plenario, las cuales desvirtúan la veracidad de estas, es decir, que considero que existe un defecto factico en la sentencia recurrida.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Segunda, Subsección “A” CP. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, mediante sentencia dictada el cuatro (4) de junio de dos mil veinte (2020), desato el recurso de apelación, resolviendo:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 27 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A que negó las pretensiones de la demanda formulada por la señora Mildred Corina de las Mercedes Hernández de Escorcía contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecón), por los motivos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la demandante. Liquidense por Secretaría del Tribunal.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, devolver el expediente al Tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa «SAMAI».

Dentro de sus consideraciones argumento:

Que de acuerdo con las pruebas aportadas y la situación fáctica que se observa en el presente caso, no le asiste derecho a la señora MILDRED CORINA DE LAS MERCEDES HERNÁNDEZ DE ESCORCIA a la sustitución de la pensión de jubilación que ostentaba el causante, **toda vez que no convivió haciendo vida marital con el señor ESCORCIA BARRAZA (q. e. p. d.) durante los cinco años continuos anteriores a su muerte, de acuerdo con la manifestación realizada por el causante, con fecha de 26 de diciembre de 2013,** donde señala que convivió con la peticionaria dos años atrás de la fecha señalada, incumpliendo con el requisito legal contenido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Por lo expuesto, **es claro que la accionante no logró (i) demostrar una convivencia real y efectiva con**

el señor Rafael Ignacio Escorcía Barraza (q. e. p. d.) con anterioridad a la fecha en que se casaron por segunda vez (4 de marzo de 2011), (ii) desvirtuar lo señalado por el antes nombrado en vida y consignado en otros documentos en cuanto a que la vida en común de la pareja Escorcía-Hernández surgió a partir de la fecha referenciada en el numeral anterior, y (iii) acreditar el requisito temporal fijado en la letra a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Lo último es así, si se tiene en cuenta que la pareja Escorcía-Hernández (i) se casó por lo civil el 4 de marzo de 2011, (ii) a partir de esa fecha, según escritura pública protocolizada ante la Notaría Segunda de Cartagena, se consideró unida, y (iii) no alcanzó a convivir de forma real y efectiva 5 años, por cuanto el deceso de causante ocurrió el 28 de octubre de 2014 (3 años, 7 meses y 24 días).

Así las cosas, como en el asunto *sub examine* no se acreditó una convivencia mínima de 5 años entre la demandante y el causante, anteriores a la muerte de este (28 de octubre de 2014), tal como lo exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para acceder al reconocimiento de una sustitución pensional, no procede el reconocimiento pretendido que no se acreditó una convivencia mínima de 5 años entre la demandante y el causante, anteriores a la muerte de este (28 de octubre de 2014), tal como lo exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para acceder al reconocimiento de una sustitución pensional, no procede el reconocimiento pretendido.-

Así mismo, señaló:

*“En este punto, resulta pertinente destacar que cuando las parejas no viven bajo el mismo techo, es necesario valorar las razones que motivaron esa situación, así como los demás factores determinantes de la convivencia (intención de mantener un hogar, acompañamiento espiritual, moral y económico, deber de apoyo y auxilio mutuo y comprensión), que en últimas son los que legitiman el derecho reclamado. Elementos que, como ya se vio, **no se desprenden con contundencia de las declaraciones extra proceso aportadas y, por lo mismo, impiden establecer una convivencia real y efectiva de la pareja Escorcía-Hernández con anterioridad al 4 de marzo de 2011.**”*

No sobra señalar que si bien es cierto que en las declaraciones de los señores Samuel Alfonso López Vergara y Segunda Escorcía Barraza se indica el año en el que el señor Rafael Ignacio Escorcía Barraza se radicó en Cartagena y empezó hacer una vida en común, también lo es que esa referencia temporal no es coincidente entre sí (2008 y 2009), ni frente a lo afirmado por la actora en el recurso de apelación, cuando precisa que su convivencia con el causante, sin vínculo matrimonial, transcurrió «desde el año de 1994 hasta el 3 de marzo de 2011».

*Por otro lado, las circunstancias de que (i) el señor Rafael Ignacio Escorcía Barraza (q. e. p. d.) hubiera afiliado a la actora y a sus hijos a un plan obligatorio de salud y de medicina prepagada con anterioridad al 4 de marzo de 2011, y (ii) los señores Vladimir Hernández Yepes y María Escorcía Barraza, hermanos de la actora y del causante, hubieran figurado como titulares y fiadores de contrato de arrendamiento del apartamento 107 del edificio El Portal de Manga, desde el 18 de diciembre de 1998, **no permiten establecer, por sí solas, que la pareja Escorcía-Hernández había construido un vínculo de afecto, apoyo, dependencia económica, acompañamiento y comprensión mutua desde antes haber celebrado su matrimonio civil, máxime cuanto existen otros elementos de juicio que desvirtúan esa unión previa al 4 de marzo de 2011**”*

3.- REQUISITOS DE PROCEBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA. -

3.1. PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La Corte Constitucional ha desarrollado una sólida doctrina sobre la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, que busca salvaguardar el equilibrio que debe existir entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial y la supremacía de la Constitución y efectividad de los derechos constitucionales.

Esa armonía se logra defendiendo la firmeza de las decisiones judiciales mediante requisitos formales y argumentativos mínimos, destinados a eliminar discusiones propias de los procesos ordinarios en el marco de la tutela, pero manteniendo, a la vez, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando se verifique una grave amenaza o violación de derechos fundamentales por parte de una autoridad judicial.

Desde la sentencia C-543 de 1992 la Corte Constitucional censuró la utilización de la acción de tutela como recurso para reabrir controversias sobre la valoración de las pruebas y la interpretación de las disposiciones legales relevantes, aun cuando preservó la posibilidad de interponer la acción cuando las sentencias constituyen “vías de hecho judiciales”. En fallos posteriores comenzó a definir los contornos de la “vía de hecho judicial”, mediante las causales de procedencia conocidas como defecto sustantivo, defecto fáctico, defecto procedimental absoluto y defecto orgánico.

A partir de la sentencia SU-014 de 2001 se mostró la insuficiencia de la doctrina de “vías de hecho” siendo poco a poco este concepto reemplazado por el de “causales de procedencia de la acción” con el fin de abarcar nuevos supuestos que no se circunscribían dentro del concepto tradicional de arbitrariedad judicial, **pero en los que el fallo judicial resultaba igualmente incompatible con la eficacia de los derechos fundamentales.**

Posteriormente, la Corte consolida su doctrina de tutela contra providencias judiciales incorporando nuevas causales de procedencia y defectos, tales como el desconocimiento del precedente o la ausencia o insuficiencia de motivación en el fallo judicial. Así, se logra que en la sentencia C-590 de 2005, que la Sala Plena sistematice la jurisprudencia desarrollada desde el año 1992 en la materia, precisando el fundamento normativo de la tutela contra providencias judiciales, así como los requisitos formales y los supuestos sustanciales o causales de procedencia de la tutela cuando ésta se dirige a controvertir fallos judiciales.

Como fundamento normativo de procedencia de la acción, la Corte Constitucional precisó que la tutela contra providencias judiciales constituye un mecanismo idóneo para garantizar la primacía y efectividad de los derechos constitucionales, a partir de los mandatos normativos contenidos en los artículos 86 de la Carta, que establecen que la protección de los derechos fundamentales por vía de tutela procede frente a cualquier autoridad pública, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la obligación de los estados parte de proveer un recurso efectivo para la protección de los derechos humanos.

Conforme a lo expuesto, debe advertirse que estas causales no suponen fundamentos para iniciar una controversia sobre la corrección de los fallos judiciales desde el punto de vista legal, **sino un mecanismo**

para controvertir la validez constitucional de una providencia, pues la tutela sólo prospera en caso de que se acredite la violación o amenaza a los derechos fundamentales. Por ello, es requisito *sine qua non* de procedencia de la acción que se demuestre la necesidad de una intervención del juez constitucional para proteger esos derechos. Las causales de procedencia son únicamente los cauces argumentativos para sustentar esa violación.

Finalmente, es importante señalar que, en relación con las causales de procedencia de la tutela contra providencia judicial, la Corte ha manifestado que **no existe un límite indivisible entre estas**, pues a manera de ilustración, resulta claro que la aplicación de una norma inconstitucional o el desconocimiento del precedente constitucional pueden derivar en un irrespeto por los procedimientos legales; o, **que la falta de apreciación de una prueba puede producir una aplicación indebida o la falta de aplicación de disposiciones normativas relevantes para la solución de un caso específico.**

De acuerdo con las consideraciones precedentes, el examen de procedibilidad del amparo dependerá del cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales y de que se evidencie la necesidad de intervención del juez constitucional para la protección de los derechos fundamentales.

Esta corporación ha sostenido (8CSJ STP 8641-2018 5 de julio de 2018; Rad. - 99281; STP 8369 – 2018, 28 de junio de 2018 Rad. - 98927; entre otros) de manera insistente, que este instrumento de defensa tiene un carácter estrictamente subsidiario y como tal no constituye un medio alternativo para atacar, impugnar o censurar las determinaciones expedidas dentro de un proceso judicial.

Sin embargo, también ha indicado que **excepcionalmente** esta herramienta puede ejercitarse para demandar el amparo de un derecho fundamental que resulta vulnerado: cuando en el trámite procesal se actúa y resuelve de manera arbitraria o caprichosa, o en aquellos eventos en los cuales es expedido un mandato judicial desbordando el ámbito funcional o en forma manifiesta contraria el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, en la sentencia C-590 de 2005, la Corte estableció las siguientes condiciones genéricas de procedibilidad: **(i)** que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; **(ii)** que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; **(iii)** que se cumpla con el requisito de inmediatez; **(iv)** cuando se trate de una irregularidad procesal, que esta tenga un efecto decisivo o determinante en la decisión que presuntamente amenaza o desconoce derechos fundamentales; **(v)** que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que la haya alegado en el proceso judicial respectivo, si ello era posible; **(vi)** que no se trate de sentencias de tutela, dado que los debates sobre la protección de derechos fundamentales no pueden prolongarse en forma indefinida.

En primero lugar y tratándose de una acción de tutela contra providencia judicial, me permito señalar que la misma cumple con los requisitos de procedencia genéricos, que se anticipa, en este caso se satisfacen, como pasa a exponerse:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

La definición del Estado como Social de Derecho (artículo 1º constitucional) supone el indiscutible compromiso de la organización estatal con la garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Prerrogativas estas que han sido ideadas como mecanismos para garantizar la igualdad material entre los asociados, presupuesto que a su turno se reconoce como necesario para asegurar el goce efectivo de las libertades consagradas en los textos constitucionales.

Entre este conjunto de garantías que componen la categoría en comento se encuentra la seguridad social, bien jurídico que, a la luz del artículo 48 de la Constitución Nacional, constituye un derecho de rango constitucional y adicionalmente, un “servicio público de carácter obligatorio”.

A propósito de la seguridad social como derecho constitucional, es importante tener en cuenta que la doctrina jurídica y la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional acogieron por largo tiempo la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. La primera de estas categorías integrada por aquellas prerrogativas reconocidas en las primeras cartas de derechos y cuya eficacia requería, de acuerdo, con la concepción tradicional, abstenciones por parte del Estado y los particulares. La segunda de ellas en cambio agrupa aquellas prerrogativas cuyo reconocimiento corre paralelo a la proclamación del Estado social de derecho, que buscan garantizar entre los individuos un mínimo de igualdad material que torne posible su desarrollo en condiciones dignas, y que, en tal sentido, requieren para lograr su efectivo cumplimiento, acciones de orden legal y administrativo.

Pese a lo anterior, nuestro Tribunal Constitucional admitió en su jurisprudencia, desde etapas muy tempranas, **que tanto la seguridad social como los demás derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados directamente por vía de tutela cuando se lograra demostrar un nexo inescindible entre éstos y el derecho fundamental a la vida u otro derecho fundamental.**

De esta forma, se aceptó la procedencia de la tutela para lograr la protección del derecho a la seguridad social - aun cuando éste no fuera considerado fundamental - **siempre que la lesión de tal prerrogativa pudiera tener como consecuencia la amenaza o vulneración de otros derechos del peticionario que pudieran ser considerados fundamentales per se, tales como la vida en condiciones dignas y el mínimo vital.** Tal criterio, denominado conexidad, se tornó de esta forma recurrente en el análisis que en aras de la protección de los derechos sociales y económicos realizara el juez constitucional.

En tal sentido, la Corporación ha afirmado, que respecto de aquellas prestaciones que hacen parte del contenido esencial del derecho, necesario para garantizar la vida en condiciones dignas, y que han sido reconocidas positivamente, por vía legal o reglamentaria, a favor de los individuos, de forma tal que pueden ser definidas como derechos subjetivos, **es admitido su carácter iusfundamental.**

Así, en el caso específico del derecho a la seguridad social, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado por ejemplo que, **el reconocimiento de una pensión a favor de personas de la tercera edad, cuando se cumplen los requisitos legales establecidos para el efecto, constituye un derecho fundamental.**

De otro lado, a partir de las cláusulas establecidas por la Constitución que permiten identificar sujetos de especial protección, la Corte ha reconocido la fundamentalidad del derecho a la seguridad social radicado en cabeza de estos. Tal consideración obedece a las condiciones de especial vulnerabilidad que padecen estos sujetos y que tornan necesaria una protección particularmente vigorosa de sus derechos. Así, se predica fundamental el derecho a la seguridad social de los niños y las niñas, las personas con discapacidad y aquellas que han llegado a la tercera edad, entre otras.

Así, en cuanto al carácter fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte concluyó, a partir del análisis sistemático de las disposiciones que a nivel internacional consagran el deber de protección de los Estados respecto de los Derechos Humanos, que “los *Pactos Internacionales de Derechos Humanos aprobados y ratificados por Colombia* tienden a resaltar el carácter fundamental de **todos** los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales”.

En punto al derecho a la seguridad social, su fundamentalidad deviene indiscutible una vez se constata su importancia de cara a la garantía de la dignidad humana, por cuanto, éste derecho busca garantizar en forma genérica la atención de todas aquellas contingencias que afectan la vida en condiciones dignas y que en tal sentido representan barreras reales para la igualdad de oportunidades entre las personas, es así innegable la relación existente entre el modelo de Estado social de derecho y el necesario respeto de esta prerrogativa. Al respecto señaló la Corte en sentencia T-468 de 2007 que:

“En el panorama propio de nuestro ordenamiento jurídico la seguridad social adquiere la señalada importancia en la medida en que, como lo ha demostrado la historia reciente del constitucionalismo, su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, la seguridad social es consecuencia necesaria de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Tal deber, como ya había sido anunciado, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios han sufrido mella en la medida en que estas contingencias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo.”

En relación con los mecanismos que el Estado –directamente o por intermedio de los particulares- debe adoptar para garantizar en forma efectiva el goce de este derecho, es importante resaltar que la organización estatal, está obligada de un lado, a evitar que sus actuaciones generen la vulneración del derecho a la

seguridad social y de otro, a definir en forma precisa múltiples prestaciones encaminadas a eliminar la discriminación y la marginación en el goce de otros derechos fundamentales.

En estos términos, la faceta prestacional del derecho a la seguridad social podrá dar origen por vía de transmutación a distintos derechos subjetivos concebidos en el marco del Sistema de Seguridad Social Integral. Por consiguiente, los titulares de estos derechos contarán con los mecanismos judiciales y administrativos ordinarios para procurar la protección de estos derechos y el efectivo otorgamiento de las prestaciones a las que –de acuerdo con la ley y los actos administrativos que la desarrollen- tengan derecho.

Tal posibilidad de intervención adquiere particular importancia en aquellas hipótesis en las cuales de conformidad con el mandato contenido en el artículo 13 superior, se requiera la adopción de medidas que tornen posible una igualdad real y efectiva, en especial cuando la protección se torne imperiosa en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta de sujetos tradicionalmente discriminados o marginados en razón de su condición económica, física o mental.

Lo anterior, no implica sin embargo perder de vista que tal calificación no lleva *per se* a admitir en sede de tutela cualquier pretensión relacionada con su protección, pues como antes se anotó, el amparo constitucional sólo será procedente en esta materia cuando se trate de (i) **hipótesis referidas a la faceta de abstención o derecho de defensa de la seguridad social siempre que los mecanismos ordinarios de defensa no sean idóneos para procurar la protección del derecho o cuando con el amparo se pretenda evitar un perjuicio irremediable**, (ii) pretensiones relativas al respeto de derechos subjetivos previstos en el marco de desarrollos legales o reglamentarios que conlleven a superar la indeterminación inicial en cuanto al contenido normativo propio del derecho a la seguridad social siempre que, como en el evento anterior, los mecanismos de defensa se adviertan ineficaces o se requiera conjurar un perjuicio irremediable y (iii) **situaciones en las cuales las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran los sujetos considerados de especial protección constitucional, a la luz de las normas superiores y de la jurisprudencia de esta Corporación, tornan imperiosa la intervención del juez de tutela con miras a la adopción de medidas que permitan garantizar a estas personas el contenido mínimo de sus derechos fundamentales exigible a la luz de la normatividad internacional.**

Pido se tenga en cuenta mi condición de vulnerabilidad como adulto mayor, la cual expongo más adelante, situación que lejos de mejorar cada vez es más gravosa para mí, no solo debido a la difícil situación económica que enfrento sino también al deterioro de mi salud.

En la actualidad soy una persona de avanzada edad, tengo 68 años de edad, mi estado de salud es muy delicado por lo que no puede valirme por mí misma y requiero de la ayuda de terceros para realizar las actividades básicas, ya que padezco de hipertensión, artrosis reumatoidea, epicondilitis, congromalacia rotuliana en ambas rodillas, túnel carpiano avanzado en ambas manos y además tengo una desviación significativa en la columna vertebral y tres hernias discales en la columna, estas enfermedades me causan unos dolores agonizantes y requieren de tratamientos muy costosos que la EPS no solventa, porque no se encuentran en el POS, todo lo anterior se encuentra probado en el expediente ya que en su momento allegue los diagnósticos médicos que así lo confirman. Estas circunstancias me impiden desempeñarme laboralmente y generar recursos para solventar mis necesidades y así poder llevar una vida en condiciones dignas. Adicionalmente, que no percibo pensión o remuneración alguna, y que dependía económicamente

de mi cónyuge pues siempre me he dedicado a las labores del hogar Finalmente es de señalar que soy la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de Rafael Ignacio Escorcía.

En tal sentido, es claro que esta acción de tutela tiene el carácter de **relevancia constitucional, o solamente porque se busca el respecto a la seguridad, sino la protección efectiva de los derechos fundamentales, ya que, al Estado signatario**, debe adoptar medidas encaminadas a brindar protección adecuada al derecho a la seguridad social y se debe **garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano y en especial, en este caso, ya que se estoy ante una** circunstancias de debilidad manifiesta por ser una persona de la tercera edad, por mi estado de salud, la falta de ingresos para mi sostenimiento, por lo que me he visto afectada, no solo en mi mínimo vital, la seguridad social, sino en el debido proceso por error que estando demostrado se manifiesta que no hay prueba contundente que permia tener certeza sobre la relación de pareja entre la suscrita y el causante, en especial, en lo que respecta a cohabitar bajo el mismo techo, desconociendo el precedente de la Honorable Corte Constitucional en el que ha sido enfático en señalar que no es indispensable la convivencia bajo el mismo techo, para señalar que no existe una convivencia entre mi marido y yo, sino que se debe verificar que se trata de una justa causa, en consecuencia de esta forma se ha vulnerado los principios generales a la seguridad social, en conexidad a la vida y mínimo vital.-

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

Es de resaltar que se instauró demanda ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho, que por reparto le correspondió la demanda al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda Subsección A, bajo el radicado 25000-23-42-000-2015-03482-01 , que en primera instancia se dictó fallo desfavorable el día 27 de julio de 2017, contra el cual se formuló recurso de apelación, siendo resuelto por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Segunda, Subsección CP. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, mediante sentencia dictada el 4 de junio de dos mil veinte (2020) que confirmó la sentencia del a-quo, notificada por correo electrónico el día 29 de septiembre de 2020, quedando agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

Se cumple con este requisito, por cuanto la decisión judicial que se considera vulnera los derechos constitucionales del demandante fue proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Segunda, Subsección CP. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, contra la sentencia dictada el 4 de junio de dos mil veinte (2020) que confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda Subsección A, de fecha 27 de julio de 2017, notificada por correo electrónico el día 29 de septiembre de 2020, mediante la cual se negó las pretensiones incoadas en la demanda, dentro del proceso con radicación No. 25000-23-42-000-2015-03482-01 (0454-2018).

Es decir, que no han transcurrido los seis meses que se exige para presentar esta acción constitucional, entre el acto violatorio de los derechos fundamentales y la presentación del Recurso de Amparo.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

La sentencia de fecha 4 de junio de 2020, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la suscrita, al negármese el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que incurrió en un error al afirmar que no existe prueba contundente que permita establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar del por qué yo no convivía en la misma residencia con mi marido, en especial señala que:

“Como ya se referenció, estas declaraciones extra proceso informan que el causante (i) después del divorcio, asumió sus obligaciones de padre y esposo, (ii) tenía sus bienes inmuebles y muebles en Mompós, donde residía con sus padres y hermanas y atendía negocios personales y familiares; (iii) repartía su tiempo entre ese municipio y Cartagena, urbe donde residía su ex esposa e hijos, y (iv) luego de vender las propiedades de la familia Escorcía Barraza se radicó en la ciudad atrás referenciada sin determinar fecha alguna (aproximadamente en los años 2008 o 2009), donde más tarde formalizó su relación con la ahora accionante (4 de marzo de 2011) y convivió con ella con vocación de estabilidad y permanencia en el edificio El Portal de Manga (apartamentos 107 y 202) hasta el día de su fallecimiento.

Para la Sala estas manifestaciones (i) son casi idénticas y se limitan a hacer aseveraciones, sin explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su dicho, (ii) no permiten conocer la fecha en que el Rafael Ignacio Escorza Barraza (q. e. p. d.) se radicó en forma definitiva en Cartagena y comenzó a hacer una vida marital con la demandante, con anterioridad al 4 de marzo de 2011, (iii) **no brindan detalles de cómo se desarrolló la convivencia real y efectiva de la pareja Escorcía-Hernández (vida bajo el mismo techo, acompañamiento espiritual, moral y económico, deber de apoyo y auxilio mutuo y comprensión) antes de esa fecha,** y (iv) **no desarrollan con contundencia la razón por la que el antes nombrado tenía bienes y residencia por separado en Mompós,** al punto que logren desmentir lo aseverado por éste y su hija Alba Luz Escorcía Navarro sobre el particular y lo consignado en los documentos soportes del matrimonio civil protocolizado ante la Notaría Segunda de Cartagena.

(...)

No sobra señalar que si bien es cierto que en las declaraciones de los señores **Samuel Alfonso López Vergara y Segunda Escorcía Barraza** se indica el año en el que el señor Rafael Ignacio Escorcía Barraza se radicó en Cartagena y empezó hacer una vida en común, también lo es que esa referencia temporal no es coincidente entre sí (2008 y 2009), ni frente a lo afirmado por la actora en el recurso de apelación, cuando

precisa que su convivencia con el causante, sin vínculo matrimonial, transcurrió «desde el año de 1994 hasta el 3 de marzo de 2011».

Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en la sentencia, es de advertir que existe error en estas afirmaciones, ya que, dentro del plenario, obran las siguientes declaraciones allegadas en la parte administrativa como en la demanda:

Declaración extra-juicio, rendida por el señor **VLADIMIR RAFAEL HERNANDEZ YEPES**, de fecha 8 de mayo de 2015, rendida ante la Notaria Sexta del Círculo de Cartagena, en la que manifiesto bajo la gravedad de juramento lo siguiente:

“Declaró bajo la gravedad de juramento que conozco a Rafael Ignacio Escorcía Barraza, (fallecido) quien en vida se identificó con la C.C. 2.886.007 de Bogotá y que su esposa es mi hermana Mildred Corina Hernández de Escorcía identificada con la C.C. 33.156.806 de Cartagena, desde hace más de 40 años, se casaron por la iglesia católica, lo que me consta porque asistí a la ceremonia realizada en la iglesia la Ermita del pie de la Popa de Cartagena, **Se divorciaron más o menos a los 10 años después. Duraron poco tiempo divorciados, porque el nuevamente asumió sus obligaciones de padre y esposo, 4 años después de haberse divorciado. Él viajaba constantemente entre Mompos y Cartagena porque sus bienes y propiedades estaban en Mompos y en Cartagena vivía con mi hermana, lo que me consta porque vivían en Bocagrande en la Cra 4, y cuando sus hermanas se vinieron de Mompos el decidió cederles ese apto en Bocagrande a ellas para que lo vivieran y él se mudó a Manga al Edif. El Portal de Manga al apto 107,** me consta porque me pidió el favor a mí y a su hermana MARIA ASUNCIÓN ESCOCIA BARRAZA que le sirviéramos de titular y fiador en el contrato de arrendamiento, porque a él no le habían aceptado por problemas bancarios, más o menos en el 2012 se mudaron en el mismo edificio pero en el apto 202, en el que vivió con mi hermana hasta sus últimos días, decidieron casarse nuevamente más o menos en el 2011 por lo civil”

Declaración extra-juicio, rendida por **SAMUEL ALFONSO LÓPEZ VERGARA** ante la Notaria Sexta del Círculo de Cartagena, de fecha 16 de marzo de 2015, de la cual se desprende:

“Declaró bajo la gravedad de juramento que trabajo en el Edificio Portal de Manga, ubicado en Manga, en la carrera 19 No. 24ª – 60, hace 18 años; **conocí al fallecido Doctor RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA hace 14 años, cuando se mudó inicialmente al apartamento 107 con su esposa, la señora MILDRE HERNANDEA DE ESCORCIA y sus 2 hijos ANDRES IGNACIO y FIORELLA ESCORCIA;** luego se mudaron al apartamento 202; inicialmente el doctor se quedaba generalmente desde el jueves hasta lunes o martes que viajaba a Mompos, venía generalmente todos los fines de semana, era conocido por todo el edificio y los vecinos; a principios del año 2008 se radicó definitivamente con su esposa e hijos en el edificio, luego se mudaron al apartamento 202 donde continuó viviendo con su esposa e hijos hasta que falleció en el mes de octubre del año pasado”.

Declaración extra-juicio, rendida por **SEGUNDA ESCORCIA BARRAZA** ante la Notaria Segunda del Círculo de Cartagena, de fecha 17 de marzo de 2015, de la cual se desprende:

“Me llamo SEGUNDA ESCORCIA BARRAZA: hermana del fallecido RAFAEL IGNACIO BARRAZA, quien en vida se identificó con la C.C. 2.886.007 de Bogotá. Declaró que mi hermano RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA (fallecido), se casó por la iglesia católica en octubre de 1980 con Mildred Hernández de Escorcía, identificada con la cédula de ciudadanía 33.156.806 de Cartagena, hecho que me consta porque asistí a la ceremonia realizada en la iglesia la ermita del pie de la popa de esta ciudad. Mi hermano RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, su esposa MILDRES HERNANDEZ DE ESCORCIA, y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERNANDEZ, **vivieron aproximadamente diez (10) años en Bocagrande, en la Cr. 4 No. A – 161.- Transcurrido 10 años se divorciaron; divorcio que duro poco tiempo, porque alrededor de (4) años después nuevamente el asumió sus obligaciones de padre y esposo, hecho que me consta porque mi hermana MARIA ASUNCIÓN ESCORCIA BARRAZA, identificada con la C.C. 22.989.451, arrendo en la inmobiliaria Araujo y Segovia un apartamento en Manga, en el edif. Portal de Manga Cr 19 No. 24ª – 60 para que viviera mi fallecido hermano RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERNANDEZ, ya que él no pudo arrendar en su nombre porque la inmobiliaria no lo aceptó como arrendatario, como quiera que todas sus propiedades, bienes muebles e inmuebles se encontraban situados en Monpox, Bolívar, y debido a la avanzada edad de mi padre y la posterior enfermedad de mi fallecida hermana DOMINGA ESCORCIA BARRAZA y a que él era el único varón de la familia repartía el tiempo de vivienda entre nuestra casa en Mompox y su casa de Cartagena, donde convivía con su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERNANDEZ, Una vez vendido todos los bienes de nuestra familia, y debido al deterioro de salud de mi hermano RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, y a la posterior enfermedad de mi hermana MARIA ASUNCIÓN ESCORCIA alrededor del año 2009 nos radicamos definitivamente en Cartagena y mi hermano continuó conviviendo con su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERNANDEZ, en Manga en el edificio el Portal de manga , en el apto 107. El 4 de marzo de 2011 mi hermano RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA formalizó la relación con su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA casándose por lo civil ante la Notaria Segunda de Cartagena, posteriormente mi hermano arrendo a la inmobiliaria Inverbienes el apartamento 202 en el mismo edificio (Edificio Portal de Manga) donde convivió con su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERNANDEZ hasta el fin de sus días.”**

Declaración extra-juicio, rendida por **GLADYS ESCORCIA ROCA** ante la Notaria Tercera del Círculo de Cartagena, de fecha 16 de mayo de 2015, de la cual se desprende:

“Que fui, vecina hace más de 10 años y amiga del fallecido RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, quien en vida se identificó con la C.C. 2.886.007 de Bogotá. Declaró que RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, (fallecido) se casó por la iglesia católica en el año 1980 con MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA identificada con cédula 33.156.806 de Cartagena, hecho que me consta porque asistí a la ceremonia realizada en la iglesia la ermita del pie de la popa en esta ciudad. RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, su esposa, MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERANDNEZ, vivieron cerca de (10) años en Bocagrande, en la Cr. 4 No. 6ª – 161. Más o menos 10 años después de casados se divorciaron y estuvieron separados aproximadamente 4 años, pero él nunca desamparó a su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y a sus hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERANDNEZ, siempre asumió sus obligaciones de padre y esposo, alrededor de 4 años de su divorcio volvieron a convivir juntos, debido a la enfermedad de sus hermanas y a que viajaba constantemente a Cartagena y su estancia en ocasiones era por más de un mes. RAFAEL IGNACIO ESCOCIA BARRAZA, les cedió el apartamento de Bocagrande a sus hermanas, donde quedarse los días que estuvieran en Cartagena y él se mudó con su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERANDNEZ a Manga, al Edificio el Portal de Manga, apto 107, hecho que me consta porque somos vecinos hace más de 15 años, al principio repartía su tiempo de vivienda entre su casa de Mompox y su casa en Cartagena. Debido al deterioro de salud y el de sus hermanas, vendió las propiedades de la familia en Mompox y se radicaron definitivamente en Cartagena, en el año 2011 RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA formalizo nuevamente la relación con su esposa, MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA, casandose por lo civil ante la Notaria Segunda de Cartagena, luego se mudaron en el mismo edificio (el portal de manga) pero al apartamento 202 donde convivió con su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERANDNEZ, hasta su fallecimiento.”.

Es de advertir, que cada una de estas declaraciones son prueba contundente que permiten establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como era a convivencia entre mi persona y mi marido, que convivimos no solamente durante el tiempo en que estuvimos casados, (4 de marzo de 2011) sino por más de cinco años a su fallecimiento.

Así mismo, estas declaraciones permiten establecer con certeza que no obstante que el causante no convivía de manera permanente conmigo, sino que alternaba su domicilio entre la ciudad de Mompox y Cartagena, está probado que esta alternancia obedece a que el causante tenía todos sus negocios en la ciudad de Mompox, situación que no significa que no existiera una relación de pareja, de apoyo y solidaridad entre nosotros, sino que por una razón justificable era que mi difunto marido tenía que desplazarse a la ciudad de Mompox, por lo que se debe tener de presente las consideraciones los precedentes señalados por la honorable Corte Constitucional, en especial los establecidos en las sentencias **Sentencia T-324/14 y Sentencia T-245/17, en la que ha señalado que el** requisito de convivencia no exige que ambos cónyuges vivan bajo un mismo techo, siempre y cuando exista una causa justa, ya sea por salud, negocios o trabajo,

en el presente caso, la alternancia de domicilio de mi marido obedece a los asuntos de negocios, tanto que de las pruebas documentales como testimoniales, se advierte además, que durante los últimos años de vida mi marido se radico definitivamente en Cartagena, hecho que es de público conocimiento ya que vendió todos sus bienes en Mompox, es importante resaltar que mi difunto esposo siempre veló por mi cuidado y bienestar, y el de nuestros hijos y era él quien proveía económicamente todos los gastos de vivienda, salud y manutención.

Teniendo en cuenta lo anterior, es ostensible el error que cometió el fallador de segunda instancia, al afirmar que no hay prueba contundente que permita establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar del porque no convivían bajo el mismo techo, cuando esto no es cierto, como se manifestó en párrafos anteriores, cada una de las declaraciones rendidas permiten establecer con certeza que existió por más de cinco (5) años una convivencia entre la suscrita y el causante, no obstante que mi esposo fallecido alternara su domicilio entre la ciudad de Mompox y Cartagena, de lo cual se puede concluir que de no incurrirse en este error, la decisión sería otra.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que se allegaron las siguientes declaraciones extra-juicio rendidas por VLADIMIR RAFEL HERNANDEZ YEPES, SAMUEL ALFONSO LÓPEZ VERGARA; SEGUNDA ESCORCIA BARRAZA; GLADYS ESCORCIA ROCA, las cuales son plena prueba, tal como le establece el artículo 262 del Código General del Proceso, el cual reza:

“Los documentos privados contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación”.

Es decir, que las declaraciones extra-juicio allegadas al plenario son plena prueba y deben ser valoradas en su integridad, toda vez que el presente asunto la parte contraria no solicitó su ratificación y porque fueron incorporadas al expediente en audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la ley 1437 de 2011.

Es de resaltar que está Omisión o irregularidad que “tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales por parte actora, ya que el fallador incurrió en error al afirmar que no existe prueba contundente que permitiera establecer que efectivamente existía una convivencia real y afectiva entre la suscrita y el causante antes del 4 de marzo de 2011; Maxime que no tuvo en cuenta el precedente de la Honorable Corte Constitucional, que ha sido reiterativa, en señalar que no deja de existir la convivencia, no obstante que no cohabiten bajo el mismo techo, siempre y cuando exista causa justificable, ya sea en salud, negocios o trabajo, etc, ya que el fallo impugnado es enfático en señalar” **no brindan detalles de cómo se desarrolló la convivencia real y efectiva de la pareja Escorcía-Hernández (vida bajo el mismo techo, acompañamiento espiritual, moral y económico, deber de apoyo y auxilio mutuo y comprensión) antes de esa fecha, y (iv) no desarrollan con contundencia la razón por la que el antes nombrado tenía bienes y residencia por separado en Mompós”**, por lo que es claro que el error por parte del fallador es trascendental al afirmar que no existe prueba que demuestre la convivencia entre la suscrita y el causante, cuando como se demostró existe plena prueba que permite establecer con certeza la circunstancias, de tiempo, modo y lugar como se desarrolló la convivencia, entre

la suscrita y el causante y no tuvo en cuenta el precedente antes indicado, si no se hubiera cometido este error, la decisión sería otra y no se me vulneraría mis derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital entre otros.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

En el caso concreto, la suscrita solicita el amparo de mis derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, tras considerar que fueron vulnerados por la Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", en la sentencia de fecha 4 de junio de 2020, al haberme negado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, bajo el argumento de que no cumplió con el requisito establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, porque no demostré de manera suficiente la convivencia con el causante.¹, al manifestar **que no existe prueba contundente que permitiera establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la convivencia entre la suscrita y el causante antes del 4 de marzo de 2011**, no obstante que existen más de las dos declaraciones y varias documentales, se desprende con claridad, las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrollaba la relación de pareja entre la suscrita y el causante, la dependencia económica, que no es más que la solidaridad y apoyo mutuos entre el fallecido y la signataria.

Es advertiré desde ya que la sentencia acusada, presenta errores facticos, en especial porque señala que no se encuentra acreditado el requisito de convivencia, pese a que existen declaraciones extra-juicios que dejan claras las circunstancias de tiempo, modo y lugar como era real y afectivamente la relación entre la suscrita y su esposo fallecido antes del 4 de marzo de 2020, de donde claramente se hubiere advertido que me asistía el derecho a la sustitución pensional, pese a las contradicciones existentes, como puede afirmar que no existió una relación antes del 4 de marzo de 2011, con el causante, pese a que en la misma sentencia, señala que era beneficiaria de salud y medicina prepagada desde el año 2002, que mi esposo fue quien tomo en arriendo los distintos apartamento donde vivimos en la ciudad de Cartagena desde el año de 1998, que si bien es cierto, mi cónyuge residía en la ciudad de Mompox – Bolívar, durante nuestra convivencia, en especial antes de 2011, era porque sus negocios y actividades económicas lo requerían tal como se desprende de cada una de las declaraciones extra-juicio, hasta el punto que nuestro segundo matrimonio se realizó por poder porque él no se podía desplazar por actividades que desempeñaba, no porque no existiera una relación de pareja, como lo afirman en la sentencia, de tal forma se desconoció el

¹ A folio 23 obra copia de la resolución No. 018142 de veintidós (22) de abril de dos mil trece (2013) “*por la cual se niega una pensión de sobrevivientes*”. En esta señaló que una vez analizada la documentación aportada por la interesada se establece que ni de la declaración juramentada de convivencia de la peticionaria, ni de las declaraciones extrajuicio aportadas, se infieren los extremos de la convivencia, es decir, no se tiene fecha exacta de inicio de la convivencia que permitan acreditar el requisito de haber convivido durante los últimos cinco (5) años anteriores al fallecimiento de Gilberto Narváez. Adicionalmente consideró que la Partida Eclesiástica de Matrimonio allegada, carece de valor probatorio, ya que el documento que se debe allegar es el Registro Civil de Nacimiento, en original o copia auténtica, así mismo cabe resaltar que revisado el Registro Civil de Defunción, se observa que el número de identificación del causante presenta inconsistencias, puesto que en el mismo se encuentra el 41.90.445, siendo correcto el No. 4.904.445.

precedente establecido por la Honorable Corte Constitucional, en sentencias **Sentencia T-324/14 y Sentencia T-245/17, las cuales presentan y se incurrió en error al afirmar que no existe prueba contundente, que señale las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrolló la relación de pareja entre el fallecido y la signataria.**

Es de precisar que en la presente acción de tutela se alega propiamente una irregularidad procesal, específicamente por aspectos facticos, y en especial un error al afirmar que no existe prueba que permita tener certeza sobre las circunstancias, de tiempo, modo y lugar como se desarrolló la convivencia antes del 4 de marzo de 2011 y la no aplicación del precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional, en las sentencias **Sentencia T-324/14 y Sentencia T-245/17, las cuales presentan** hechos facticos y jurídicos similares al presente caso que no fueron tenidos en cuenta por parte del Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección A, en la sentencia de fecha 4 de julio de 2020, ya que dentro de sus argumentos señala que no se desprenden con contundencia de las declaraciones extra proceso, una convivencia real y efectiva de la pareja Escorcía-Hernández con anterioridad al 4 de marzo de 2011, ya que las mismas no dejan tener certeza sobre las circunstancias, de tiempo, modo y lugar como se era la relación entre la suscrita y el causante; no obstante que a través de las declaraciones extra- proceso allegadas al plenario, como las documentales, demuestran que existió una convivencia real y afectiva entre la suscrita y el causante RAFAEL IGNACIO ESCORCIA, por más de cinco (5) años anteriores al fallecimiento de mi esposo (28 de octubre de 2014) tal como lo establece el artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

El error factico, se presenta cuando señala que no hay certeza sobre la convivencia antes del 4 de marzo de 2011, fecha en que se contrajo matrimonio, en especial por las declaraciones rendidas por el fallecido que son contrarias, de fecha 29 de julio de 2011 y 26 de diciembre de 2013 y al afirmar que de acuerdo al material probatorio antes del 4 de marzo de 2011, no convivían en el mismo techo, tanto que el matrimonio se realizó por poder; señala que de **las declaraciones extra-juicio allegadas no son claras y que presentan contradicciones, y que no dan las razones por las cuales no cohabitaban bajo la misma habitación** y de las pruebas documentales allegados en que se prueba que el fallecido había afiliado a la actora y a sus hijos al plan obligatorio de salud y de medicina prepagada con anterioridad al 4 de marzo de 2011, (desde el año 2002) y que había tomado en arriendo un apartamento ubicado en la ciudad de Cartagena desde el año 1998, para mi persona la suscrita y nuestros hijos, **no permitían establecer, por sí solas, que la pareja Escorcía-Hernández había construido un vínculo de afecto, apoyo, dependencia económica, acompañamiento y comprensión mutua desde antes haber celebrado su matrimonio civil, máxime cuanto existen otros elementos de juicio que desvirtúan esa unión previa al 4 de marzo de 2011.**

El error, se predica cuando señala **que las declaraciones extra-juicio allegadas no son claras y que presentan contradicciones, y que no dan las razones por las cuales no cohabitaban bajo la misma habitación.** sin embargo, es de resaltar primero como se manifestó en cada una de las declaraciones allegadas, son claras en manifestar que el Sr. Escorcía, siempre estuvo pendiente del cuidado y bienestar

tanto de la suscrita como de sus hijos, y era él quien veía por los gastos de vivienda y salud entre otros, y por más de me cinco (5) años, no son contradictorias, como lo afirma el fallador, por el contrario, son similares, afirmación que igualmente hace el fallador, entonces, son contradictorias o son similares?, son similares, porque son afirmaciones coherentes con los hechos y situaciones que se afirman. **y segundo al afirmar que no dan razones por las cuales no cohabitaban bajo la misma habitación, cuando no es cierto, porque en cada una de las declaraciones, se manifiesta que el causante alternaba su domicilio, entre la ciudad de Cartagena donde residía su esposa y familia y la ciudad de Mompox donde tenía sus negocios** y bienes, es claro que si este una razón por la cual no se cohabitaba de manera permanente, lo cual permite concluir de acuerdo con el precedente de la Honorable Corte Constitucional, que existe una real y afectiva convivencia entre la suscrita y el causante antes del 4 de marzo de 2011-

f. Que no se trate de sentencias de tutela”.

El reproche no va dirigido contra una Sentencia de Tutela, sino contra una sentencia de segunda instancia, proferida dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la suscrita en contra de FONPRECOM, de fecha 4 de julio de 2020, que resolvió confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección A, que negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no se encontraba probado los requisitos establecidos de convivencia, durante los últimos cinco (5) años anteriores al fallecimiento del causante, tal como lo establece los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 y 48 de la Ley 100 de 1993.

3.2. CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDIBILIDAD

Verificado que la presente acción de tutela, cumple con cada uno de los requisitos de procedibilidad genéricos, tal como como quedó demostrado, es procedente analizar si concurren algunas de las causales específicas de procedibilidad de este mecanismo contra providencias judiciales.

En cuanto a las causales específicas de procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, en el mismo precedente jurisprudencial citado en el numeral anterior, la Sala Plena identificó las siguientes: **(i)** defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la decisión carece absolutamente de competencia para ello; **(ii)** defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; **(iii)** defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; **(iv) defecto fáctico, se presenta cuando el juez no tiene el apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión por que dejó de valorar una prueba o no la valoró dentro de los causes racionales y/o denegó la práctica de alguna sin justificación** **(v)** error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; **(vi)** decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores

judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; (vii) **desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance**. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado; (viii) violación directa de la Constitución.

En el presente caso, se configuran como causales específicas la relacionada con un defecto fáctico y el desconocimiento del precedente.

Primera Causal: Defecto fáctico.

La honorable Corte Constitucional ha establecido que los jueces naturales tienen amplias facultades para efectuar el análisis del material probatorio en cada caso. Por ello, cuando se alega un error de carácter probatorio, la evaluación de la providencia judicial, debe privilegiar los principios de Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Dicha Colegiatura, en las sentencias SU-195 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, sentencia SU-172 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, en sentencia T-055 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, determinó que, en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia, autonomía e independencia judicial; No obstante, la valoración probatoria debe estar inspirada en los principios de la sana crítica, atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, la discrecionalidad judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico.

La Corte Constitucional estableció que el defecto fáctico se configura en las siguientes hipótesis:

“...(i) la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes a la solución del caso; (ii) la errada valoración de las pruebas allegadas al proceso, esto es, una interpretación errónea de las mismas y (iii) la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o totalmente inconducentes, es decir, ineptitud o ilegalidad de la prueba”.

*Asimismo, la Corte puntualizó que el defecto estudiado tiene dos dimensiones, una positiva y otra negativa. La primera se presenta cuando el juez efectúa una valoración por “completo equivocada” o fundamenta su decisión en una prueba no apta para ello y, **la segunda, cuando omite o ignora la valoración de una prueba determinante** o no decreta su práctica sin justificación alguna.*

Con todo, esta Corporación ha sido enfática en señalar que ante un error fáctico, [e]l error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión...”

El error que se predica de la sentencia acusada es que en la misma señala:

“no se desprenden con contundencia de las declaraciones extraproceso, una convivencia real y efectiva de la pareja Escorcía-Hernández con anterioridad al 4 de marzo de 2011, ya que las mismas no dejan tener certeza sobre las circunstancias, de tiempo, modo y lugar como se era la relación entre la suscrita y el causante” (...)y al afirmar “ que de acuerdo al material probatorio antes del 4 de marzo de 2011, no convivían en el mismo techo, tanto que el matrimonio se realizó por poder; señala que de **las declaraciones extra-juicio allegadas no son claras y que presentan contradicciones, y que no dan las razones por las cuales no cohabitaban bajo la misma habitación”**

ES un error, por parte del fallador realizar estas afirmaciones, porque considera que de los documentos aportados NO existe prueba contundente que tener certeza sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrolló la convivencia entre la signataria el causante, con las siguientes declaraciones extra-juicio, se puede establecer con certeza las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrolló la convivencia entre la suscrita y el causante y el por qué se alternaba la residencia mi esposo fallecido:

- Declaración extra-juicio, rendida por SAMUEL ALFONSO LÓPEZ VERGARA ante la Notaria Sexta del Círculo de Cartagena, de fecha 16 de marzo de 2015, de la cual se desprende:

“Declaró bajo la gravedad de juramento que trabajo en el Edificio Portal de Manga, ubicado en Manga, en la carrera 19 No. 24ª – 60, hace 18 años; conocí al fallecido Doctor RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA hace 14 años, cuando se mudó inicialmente al apartamento 107 con su esposa, la señora MILDRE HERNANDEA DE ESCORCIA y sus 2 hijos ANDRES IGNACIO y FIORELLA ESCORCIA; luego se mudaron al apartamento 202; inicialmente el doctor se quedaba generalmente desde el jueves hasta lunes o martes que viajaba a Mompo, venía generalmente todos los fines de semana, era conocido por todo el edificio y los vecinos; a principios del año 2008 se radicó definitivamente con su esposa e hijos en el edificio, luego se mudaron al apartamento 202 donde continuó viviendo con su esposa e hijos hasta que falleció en el mes de octubre del año pasado”.

- Declaración extra-juicio, rendida por SEGUNDA ESCORCIA BARRAZA ante la Notaria Segunda del Círculo de Cartagena, de fecha 17 de marzo de 2015, de la cual se desprende:

“Me llamo SEGUNDA ESCORCIA BARRAZA: hermana del fallecido RAFAEL IGNACIO BARRAZA, quien en vida se identificó con la C.C. 2.886.007 de Bogotá. Declaró que mi hermano RAFAEL IGNACIO

ESCORCIA BARRAZA (fallecido), se casó por la iglesia católica en octubre de 1980 con Mildred Hernández de Escorcía, identificada con la cédula de ciudadanía 33.156.806 de Cartagena, hecho que me consta porque asistí a la ceremonia realizada en la iglesia la ermita del pie de la popa de esta ciudad. Mi hermano RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, su esposa MILDRES HERNANDEZ DE ESCORCIA, y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERNANDEZ, vivieron aproximadamente diez (10) años en Bocagrande, en la Cr. 4 No. A – 161.- Transcurrido 10 años se divorciaron; divorcio que duro poco tiempo, porque alrededor de (4) años después nuevamente el asumió sus obligaciones de padre y esposo, hecho que me consta porque mi hermana MARIA ASUNCIÓN ESCORCIA BARRAZA, identificada con la C.C. 22.989.451, arrendo en la inmobiliaria Araujo y Segovia un apartamento en Manga, en el edif. Portal de Manga Cr 19 No. 24ª – 60 para que viviera mi fallecido hermano RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERNANDEZ, ya que él no pudo arrendar en su nombre porque la inmobiliaria no lo aceptó como arrendatario, como quiera que todas sus propiedades, bienes muebles e inmuebles se encontraban situados en Monpox, Bolívar, y debido a la avanzada edad de mi padre y la posterior enfermedad de mi fallecida hermana DOMINGA ESCORCIA BARRAZA y a que él era el único varón de la familia repartía el tiempo de vivienda entre nuestra casa en Mompox y su casa de Cartagena, donde convivía con su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERNANDEZ, Una vez vendido todos los bienes de nuestra familia, y debido al deterioro de salud de mi hermano RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, y a la posterior enfermedad de mi hermana MARIA ASUNCIÓN ESCORCIA alrededor del año 2009 nos radicamos definitivamente en Cartagena y mi hermano continuó conviviendo con su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERNANDEZ, en Manga en el edificio el Portal de manga , en el apto 107. El 4 de marzo de 2011 mi hermano RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA formalizó la relación con su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA casándose por lo civil ante la Notaria Segunda de Cartagena, posteriormente mi hermano arrendo a la inmobiliaria Inverbienes el apartamento 202 en el mismo edificio (Edificio Portal de Manga) donde convivió con su esposa MILES HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERNANDEZ hasta el fin de sus días.”.

- Declaración extra-juicio, renda por GLADYS ESCORCIA ROCA ante la Notaria Tercera del Círculo de Cartagena, de fecha 16 de mayo de 2015, de la cual se desprende:

“Que fui, vecina hace más de 10 años y amiga del fallecido RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, quien en vida se identificó con la C.C. 2.886.007 de Bogotá. Declaró que RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, (fallecido) se casó por la iglesia católica en el año 1980 con MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA identificada con cédula 33.156.806 de Cartagena, hecho que me consta porque asistí a la ceremonia realizada en la iglesia la ermita del pie de la popa en esta ciudad. RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, su esposa, MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERANDNEZ, vivieron cerca de (10) años en Bocagrande, en la

Cr. 4 No. 6ª – 161. Más o menos 10 años después de casados se divorciaron y estuvieron separados aproximadamente 4 años, pero él nunca desamparó a su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y a sus hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERANDNEZ, siempre asumió sus obligaciones de padre y esposo, alrededor de 4 años de su divorcio volvieron a vivir juntos, debido a la enfermedad de sus hermanas y a que viajaba constantemente a Cartagena y su estancia en ocasiones era por más de un mes. RAFAEL IGNACIO ESCOCIA BARRAZA, les cedió el apartamento de Bocagrande a sus hermanas, donde quedarse los días que estuvieran en Cartagena y él se mudó con su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERANDNEZ a Manga, al Edificio el Portal de Manga, apto 107, hecho que me consta porque somos vecinos hace más de 15 años, al principio repartía su tiempo de vivienda entre su casa de Mompo y su casa en Cartagena. Debido al deterioro de salud y el de sus hermanas, vendió las propiedades de la familia en Mompo y se radicaron definitivamente en Cartagena, en el año 2011 RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA formalizó nuevamente la relación con su esposa, MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA, casándose por lo civil ante la Notaria Segunda de Cartagena, luego se mudaron en el mismo edificio (el portal de manga) pero al apartamento 202 donde convivió con su esposa MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA y sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERANDNEZ, hasta su fallecimiento.”.

- Así mismo, obra certificación de fecha 28 de abril de 2015, emitida por la E.P.S. SANITAS, en la cual figura como beneficiaria la señora MILDRED HERNANDEZ DE ESCORCIA del señor RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, desde el 1 de junio de 2011 y suspendida desde el 1° de enero de 2015.
- Certificación suscrita por la directora de cartera de la inmobiliaria Araujó & Segovia, de fecha 16 de marzo de 2015, en la que informa que los señores ESCORCIA BARRAZA MARIA, identificada con C.C. 22.989.451, HERNANDEZ YEPES VLADIMIR, identificado con C.C. No. 73.106.308, ESCORCIA NAVARRO MARIA, identificada con CC No. 22.989.662, en calidad de titulares y fiadores, respectivamente en el contrato de arrendamiento No. 8654, por el inmueble ubicado en Cartagena, Brr. Mangad CJON SANTA CLARA EDIF. PORTAL DE MANGA 107, ocupó el 18 de diciembre de 1998, y cuya desocupación se produjo el día 30 de octubre de 2012.
- Certificación, en la que informa que el señor RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, suscribió contrato de medicina pre-pagada en el año 2010 con COLSANITAS y el cual tuvo vigencia hasta el mes de marzo de 2015, siendo beneficiarios sus dos hijos FIORELLA M. ESCORCIA HERNANDEZ y ANDRES I. ESCORCIA HERNANDEZ y su esposa MILDRED CORINA DE LA MERCEDES.

Es de resaltar, que de las declaraciones extra-juicio antes citado y documentos allegados al plenario, es advertido que existe pruebas contundentes que permite establecer con certeza, las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrolló la convivencia entre la suscrita y el causante, es de advertir, que en todas las declaraciones señaladas que RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA, siempre estuvo pendiente de mí y mis hijos, que únicamente estuvimos separados o mejor no existió convivencia durante cuatro (4) años, y ese lapso fue después del divorcio, que se reanuda la relación entre la suscrita y el causante, que alternaba la residencia

entre las ciudades de Mompox y Cartagena, porque él tenía los negocios en la ciudad de Mompox y a la familia en la ciudad de Cartagena, que siempre existió una ayuda mutua, que era él quien velaba por gastos de manutención, vivienda y salud; que fue él quien tomo en arriendo los apartamentos donde vivíamos en Cartagena, donde él habitaba cuando estaba en Cartagena y donde era remitida las comunicaciones de FONPRECOM, como se observa en los folios 120 y 196 del Plenario, que tenía que habitar en Mompox, por razones de negocios y del cuidado de algunas hermanas, ya que era el mayor de hermanos y el único varón.

Igualmente está probado, que mi esposo nos tenía afiliados a salud desde el año 2002 y a medicina prepagada desde el año 2010, entonces señalar que no existe prueba que determine la circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la convivencia, no es cierto, y que no se cuenta con las razones por las cuales no se cohabitaba bajo el mismo techo, tampoco es cierto, porque como se dijo en cada una de las declaraciones y del poder otorgado para contraer el segundo matrimonio él, tenía sus negocios en la ciudad de Mompox, esto significa, que existe una causa justificada para no residir de forma permanente, por lo que no se puede afirmar que no existía una convivencia antes del 4 de marzo de 2011, por el contrario está demostrado la intencionalidad de la convivencia como pareja a pesar de la distancia y la intención de ambos de mantener vigente nuestra unión marital, que es realmente lo que determina una real convivencia lo que da la viabilidad al reconocimiento de este derecho pensional.

Por último, téngase en cuenta que nunca fue la voluntad del causante que a su cónyuge supérstite que no le fuera reconocida la pensión sustitutiva, al punto que si bien, realizó una declaración extra judicial que no se ajustaba a la verdad - 29 de julio de 2011-, jamás la radicó de manera directa en la entidad FOMPREGOM, omisión de la que cabe concluirse que era consciente de la existencia de la sociedad conyugal vigente a partir del mes de marzo de 2011, es decir 4 meses con antelación a la declaración juramentada del 29 de junio de 2011, así como de la unión marital de hecho, que desde los cuatro años después del divorcio del primer matrimonio, tal como quedó demostrado con las declaraciones extra juicio de los ciudadanos VLADIMIR RAFEL HERNANDEZ YEPES, SAMUEL ALFONSO LÓPEZ VERGARA; SEGUNDA ESCORCIA BARRAZA; GLADYS ESCORCIA ROCA y las pruebas documentales antes analizadas.

Segunda Causal: Desconocimiento del precedente judicial

La Corte Constitucional (CCT- 459/17) ha puntualizado que:

“El precedente judicial ha sido definido por el Alto Tribunal Constitucional como “aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”.^[27]

La aplicabilidad del precedente por parte del juez es de carácter obligatorio, siempre que la *ratio decidendi* de la sentencia antecedente (i) establezca una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) haya servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o una cuestión constitucional similar a la que se estudia en el caso posterior; y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la providencia anterior sean semejantes o planteen un punto de derecho parecido al que se debe resolverse posteriormente.

La Corte Constitucional ha sostenido que la importancia de seguir el precedente radica en dos razones, a saber:

La primera, en la necesidad de garantizar el derecho a la igualdad y los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada, buena fe, confianza legítima y de razonabilidad, pues la actividad judicial se encuentra regida por estos principios constitucionales:

“ii) el principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; (...); iv) Los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y v) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior. De hecho, como lo advirtió la Corte, ‘el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos”

La segunda, en el carácter vinculante de las decisiones judiciales en la medida en que “*el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, (...), sino una práctica argumentativa racional*”. En este sentido, y dado que los fallos de las autoridades judiciales delimitan parte del engranaje del ordenamiento jurídico, se le otorga a la sentencia precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

No obstante, el precedente no constituye una obligatoriedad absoluta, pues en razón del principio de la autonomía judicial, el juez puede apartarse de aquellos, siempre y cuando presente (i) de forma explícita las razones por las cuales se separa de aquellos, y (ii) demuestre con suficiencia que su interpretación aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales. “

En síntesis, el desconocimiento del precedente se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidos por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia. “

Respecto al precedente jurisprudencial, es procedente señalar que la Corte Constitucional, en diferentes fallos se ha pronunciado de manera reiterativa, Lo que significa el requisito de convivencia en la cual han interpretado que este no exige que ambos cónyuges vivan bajo un mismo techo, en especial la **Sentencia T-245/17**, Referencia: Expediente: T-5.978.302 Asunto: Acción de tutela instaurada por la señora María Mercedes Valencia, contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) Magistrado Ponente (e): JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS, la cual señala: **“Requisito de convivencia para acceder a la sustitución pensional. Reiteración jurisprudencial:**

5.1. De acuerdo con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2013, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes⁴: “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;(...)”⁵ (Subraya fuera de texto)

5.2. En la jurisprudencia constitucional, se ha dado por entendido que el referido requisito de convivencia mínima de cinco (5) años previos a la muerte del causante, no implica vivir bajo el mismo techo, siempre y cuando exista una causa justificada para la separación de cuerpos.

5.2.1. De hecho, en la Sentencia T-787 de 20026, se analizó una acción de tutela interpuesta por una mujer de 66 años de edad contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS), con el fin de solicitar que le fuera otorgada la pensión de sobreviviente como cónyuge de un pensionado. El ISS emitió una resolución por medio de la cual le niega el reconocimiento de la pensión, considerando que la accionante no cumplió con el requisito de la convivencia mínima de cinco (5) años previamente a la muerte del causante, ya que los cónyuges no vivieron bajo el mismo techo durante los meses inmediatamente anteriores al fallecimiento. No obstante, la Corte Constitucional decidió tutelar de forma transitoria los derechos de la accionante, y ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, advirtiendo que en efecto la convivencia entre los cónyuges no se vio interrumpida, aunque no hayan vivido bajo el mismo techo, teniendo en cuenta que la cónyuge demostró su dependencia económica del pensionado; y si bien se encontró que, el causante decidió residir algunos días de la semana en el apartamento de su hijo, ello se debió a las complicaciones de salud y el tratamiento al que se estaba sometiendo. Esta situación implicó para la Corte que no existió una intención fraudulenta por parte de la accionante de acceder a la pensión, sino que, por el contrario, le asistía el derecho como compañera supérstite por el cumplimiento de los requisitos legales para ello.

2 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social y se dictan otras disposiciones.”

3 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”

4 Para la legislación el derecho a la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional resultan expresiones equivalentes, cuya única diferencia radica en el origen de cada prestación, de forma que, en el primer caso se trata de un afiliado que fallece y genera el derecho pensional para las personas de su núcleo familiar que cumplan con los requisitos correspondientes; por su parte, la sustitución pensional tiene su origen en un pensionado que fallece, y en consecuencia, los miembros de su familia que tengan los requisitos exigidos por la ley, tendrán derecho a seguir gozando de esta prestación pensional, para mantener el estatus que venía gozando el causante.

5 Mediante la Sentencia C-1094 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), esta Corporación declaró la exequibilidad de la expresión “no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”, contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, al considerar que: “El hecho de establecer algunos requisitos de carácter cronológico o temporal para que el cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite sea beneficiario de la pensión, no significa que el legislador haya desconocido o modificado la legislación civil sobre derechos y deberes de los cónyuges emitida en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, pues la seguridad social representa un área autónoma frente al ordenamiento civil (CP, arts. 42 y 48).” En este sentido, la Corte Constitucional aclara, que el régimen de convivencia durante cinco (5) años requerido en la norma para el reconocimiento de la pensión, se establece únicamente para el caso de los pensionados, y que esta disposición pretende evitar convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer, así como la protección de otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

6 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

5.2.2. De forma similar, en la Sentencia T-197 de 20107, la Corte Constitucional se ocupó de revisar una tutela por medio de la cual una mujer de ochenta (80) años de edad, solicitó que le fueran amparados sus derechos a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social, por tanto la Compañía Colombiana de Tabaco S.A. le negó la pensión de sobreviviente, argumentando que no convivió con el causante hasta su muerte, a partir de una declaración allegada por el hijo del causante, en la que afirma que su padre y la accionante llevan más de treinta años separados de hecho. La accionante acreditó por su parte que, dependía económicamente de su cónyuge fallecido, que éste no tuvo otra compañera permanente y que ella era afiliada beneficiaria de su cónyuge en el Sistema de Seguridad Social en Salud. Así mismo, afirmó que, debido a su enfermedad y por la falta de personas que los atendiera de forma adecuada, ella dormía en la casa de uno de sus hijos, pero durante el día convivía con el causante, lo cual implicó que nunca se perdieron los lazos de amor, cariño y fidelidad. Con base en ello, la Sala de Revisión consideró que hubo una causa justa para que los cónyuges no durmieran bajo el mismo techo y que el auxilio mutuo entre ellos permaneció hasta el día de la muerte del afiliado. En consecuencia, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante.

5.2.3. Más recientemente, en la Sentencia T-324 de 20148, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, reiteró lo mencionado en las citadas providencias, en un caso donde una mujer de sesenta y cuatro (64) años de edad, interpuso acción de tutela contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) solicitando que se le reconociera y pagara la pensión de sobrevivientes, causada por el fallecimiento de su cónyuge. Dicha petición fue negada argumentando que no se encontraba acreditada la convivencia entre la accionante y el causante durante los cinco (5) años anteriores a su fallecimiento. La cónyuge supérstite demostró que dependía económicamente del fallecido y afirmó que debido a los cuidados especiales que él requería, residía con su hija, sin que se hubiera roto el vínculo entre ellos, ya que seguían en contacto. Así, la Sala de Revisión concluyó que, "(...) el vínculo que unía a la accionante con el causante no se disolvió por el hecho de que dejaran de compartir un techo, pues como se pudo constatar (...), los vínculos de afecto, apoyo, dependencia económica, acompañamiento en la enfermedad y comprensión mutua no cesaron."

5.2.4. Dicha decisión, se fundamentó, además de los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional frente a casos similares, como también a partir de algunos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁹, donde se ha señalado que, "la convivencia entre los cónyuges no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros"¹⁰; concluyendo que, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, aunque no haya convivido bajo el mismo techo con el causante, por una causa justificada, siempre que acredite que se mantuvo hasta el último momento, el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico y el acompañamiento espiritual propios de la vida en pareja.

5.3. En suma, la jurisprudencia ha dado por entendido que, el cónyuge o compañero o compañera supérstite, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, aun cuando no haya habitado bajo el mismo techo del causante hasta el momento de su muerte, siempre que exista una causa justificada para ello. Es decir, el requisito de convivencia continua, establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2013, no podrá ser analizado en abstracto, sino que es necesario hacer una evaluación de las circunstancias concretas en cada caso. De tal manera, cuando a una persona que se encuentra bajo esas circunstancias se le niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, por un aparente incumplimiento del requisito exigido por la legislación, se le está violando su derecho fundamental al mínimo vital, si de este reconocimiento depende la materialización de una vida en condiciones dignas¹¹.

En efecto, en la sentencia T-787 de 2002,¹² la Corte estudió la acción de tutela interpuesta por una mujer de sesenta y siete (67) años de edad en contra del Instituto de Seguros Sociales, por haber proferido una

7 M.P. María Victoria Calle Correa.

8 M.P. María Victoria Calle Correa.

9 Sentencia 31921, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, 22 de julio de 2008. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza; Sentencia 34415, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, 01 de diciembre de 2009. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

10 Sentencia 31921, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, 22 de julio de 2008. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza

11 Sentencia T-197-10. M. P. María Victoria Calle Correa

¹² MP Clara Inés Vargas Hernández. En esta oportunidad, la Corte consideró: "en suma, puede sostenerse que el ISS utilizó en contra la señora AYALA DE FAJARDO la buena fe con la que actuó al reclamar la prestación económica a la que tenía derecho, pues es palmario que cuando ésta expresó la fecha del término de la convivencia con el asegurado, con independencia de la equivocación en cuanto al año (1996 por 1997), estimó que debía tomar en cuenta la época o fecha en la que su esposo, en virtud del problema físico que lo aquejaba

resolución que negaba el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge de uno de sus afiliados, por considerar que ésta no acreditó haber convivido con el causante hasta el momento de su muerte, pues los meses inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado, los cónyuges no habitaron bajo el mismo techo. La Sala Novena de Revisión resolvió tutelar transitoriamente los derechos de la accionante y ordenó al Instituto de Seguros Sociales que reconociera la pensión de sobrevivientes, pues interpretó que en ese caso no hubo interrupción de la convivencia entre los cónyuges a pesar de que no hubieran habitado bajo el mismo techo hasta la muerte del pensionado, ya que dentro del proceso se acreditó que la cónyuge supérstite dependía económicamente del pensionado y no se vislumbró el propósito de la accionante de obtener el reconocimiento de la prestación de manera fraudulenta. Adicionalmente, la Sala advirtió que el causante decidió residir en el apartamento de uno de sus hijos durante algunos días de la semana en virtud del problema físico que lo aquejaba y el tratamiento a que estaba sometido.

En igual forma, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que “la convivencia entre los cónyuges no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros”.¹³ Así, la Corte Suprema de Justicia admite que cuando los cónyuges no convivan bajo un mismo techo por una causa justificada, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes, siempre que acredite que mantuvo hasta la muerte del causante el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico y el acompañamiento espiritual propios de la vida en pareja.¹⁴

En este sentido, en sentencia T-197 de 2010,¹⁵ la Sala Primera de Revisión analizó el requisito legal de hacer vida marital hasta la muerte del causante para el reconocimiento al cónyuge supérstite del derecho a la

y el tratamiento a que estaba sometido, decidió residir en el apartamento de uno de sus hijos durante algunos días de la semana. [...] Es perfectamente claro para esta Sala de Revisión que la aquí accionante tiene derecho a que el ISS le reconozca la pensión de sobreviviente en su calidad de cónyuge supérstite del afiliado fallecido, puesto que dependía económicamente de éste y, en realidad, nunca se interrumpió la convivencia durante los dos años anteriores al fallecimiento del causante”.

¹³ Sentencia 34415, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, 01 de diciembre de 2009, (MP Francisco Javier Ricaurte Gómez). En esta sentencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y, reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes de la compañera permanente del causante, porque consideró que, “si bien durante los últimos meses no vivieron bajo el mismo techo, en momento alguno dejaron de ser pareja, bajo el entendido de la conformación del núcleo familiar”.

¹⁴ En sentencia 31921, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, 22 de julio de 2008, (MP Gustavo José Gnecco Mendoza), se casó la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la cual absolvió al ISS al pago de la pensión de sobrevivientes de la cónyuge de uno de sus afiliados, porque consideró que, *el Tribunal no encontró acreditado algún elemento que le permitiera concluir que, pese a que la actora y el causante no vivían bajo el mismo techo, mantenían una relación de pareja estable*. Este argumento ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia 34466, del 15 de octubre de 2008, (MP Luis Javier Osorio López), en la cual la Corte no casó la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en la cual se condena al ISS al pago de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge de uno de sus afiliados, quien, pese a que en el momento de la muerte de su cónyuge estaba trabajando en otro país, consideró que la separación estaba justificada y no impedía que la cónyuge supérstite cumpliera con los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes.

¹⁵ MP María Victoria Calle Correa. La Sala Primera de Revisión analizó la acción de tutela interpuesta por la señora Alejandrina Setien Cruz en contra de Coltabaco S.A., por haberle negado la pensión de sobrevivientes, argumentando que no cumplió con el requisito establecido por la Ley 100 de 1993 de convivir con el pensionado hasta su muerte. La Corte advirtió que dentro de la acción de tutela la accionante aportó su registro civil de matrimonio, la fotocopia simple de su carné de afiliación como beneficiaria del señor Pérez al Sistema de Seguridad Social en Salud y la declaración juramentada rendida por el señor Ever Robles Espinosa, en la cual manifiesta que conoció a la señora Alejandrina Setien por más de treinta (30) años, y que le consta que durante ese tiempo convivió con el señor Rubén Darío Pérez Baena hasta su último día de vida. Igualmente, la señora Setien declaró que dependió económicamente de su cónyuge durante toda su vida, y que por razones de su enfermedad y por la falta de personas que los atendieran, ella dormía en la casa de uno de sus hijos, pero de día convivía con su cónyuge, con quien nunca perdieron los lazos de amor, cariño y fidelidad. Con base en los hechos narrados, la Sala Primera de Revisión consideró que “la anterior afirmación tiene suficiente soporte probatorio para ser considerada como cierta, pues el señor Rubén Darío Pérez tenía 93 años de edad al momento de su muerte y no resulta lógico pensar que una mujer de 77 años de edad, con su salud menguada, podía hacerse cargo del cuidado de su cónyuge. Por lo tanto, la Corte considera que existía una justa causa para que los cónyuges no durmieran bajo un mismo techo”. En consecuencia, la Sala de Revisión consideró que “el hecho de que los cónyuges no habitaran bajo un mismo techo no implica que los cónyuges no hubieran convivido hasta la muerte del pensionado, pues siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, se considera que cuando la aparente separación de cuerpos está justificada, la cónyuge supérstite cumple con el requisito de haber convivido con el pensionado hasta el momento de su fallecimiento”.

pensión de sobreviviente, en aquellos eventos en los cuales los cónyuges no cohabitan bajo un mismo techo. En esta oportunidad, la accionante afirmó que “por razones de su enfermedad y por la falta de personas que los atendieran, ella dormía en la casa de uno de sus hijos, pero de día convivía con su cónyuge, con quien nunca perdieron los lazos de amor, cariño y fidelidad”. Con base en tal aseveración y en las pruebas aportadas al proceso, la Sala de Revisión advirtió que la falta de convivencia a que hace alusión la entidad demandada, carece de fundamento en tanto los cónyuges no dormían bajo un mismo techo porque ambos requerían de cuidados especiales por sus delicados estados de salud, pero durante el día sí estaban juntos y nunca perdieron los lazos de amor, cariño y fidelidad, concluyendo que existía una justa causa para que los cónyuges no durmieran bajo un mismo techo. Al respecto sostuvo:

“[L]a cónyuge supérstite tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, aunque no haya habitado bajo el mismo techo del causante hasta su muerte, siempre y cuando exista una causa justificada para la separación aparente de cuerpos. Por lo tanto, si una persona se encuentra en esas circunstancias y se le niega la pensión de sobrevivientes bajo el argumento de que no vivió bajo el mismo techo del causante hasta su muerte, se le viola su derecho fundamental al mínimo vital si de la pensión depende la posibilidad real de proveerse las condiciones para llevar una existencia digna”.

De la mencionada jurisprudencia se desprende que para efectuar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la cónyuge, compañera o compañero permanente supérstite, no se puede exigir por la entidad encargada del reconocimiento pensional el haber habitado bajo el mismo techo del causante hasta su muerte, siempre y cuando exista una causa justificada para la separación aparente de cuerpos.

No existe un único medio de prueba por medio del cual se deba acreditar el requisito de convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes. Pues, como lo ha expresado la jurisprudencia constitucional en un marco de libertad probatoria, se debe verificar la idoneidad y suficiencia del medio utilizado para acreditar la convivencia efectiva entre el cónyuge, compañera o compañero permanente supérstite con el pensionado.

7.2. El requisito de la convivencia para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes no implica que los cónyuges cohabiten bajo un mismo techo hasta la muerte del pensionado, pues cuando la separación de cuerpos está justificada, pero continua hasta la muerte el afecto, el auxilio, mutuo y el acompañamiento espiritual, la cónyuge supérstite cumple con el requisito de haber convivido con el pensionado hasta el momento de su fallecimiento”

De acuerdo a lo anterior, existe un desconocimiento del precedente, **tras considerar que no acredita la convivencia hasta la muerte del causante por no vivir bajo el mismo techo antes del 4 de marzo de 2011**, desconociendo que el requisito de la convivencia no implica vivir bajo el mismo techo siempre y cuando exista una causa justificada para la separación aparente de cuerpos, como ocurre en este caso, donde se encuentra plenamente probado en cada una de las declaraciones extra-juicio, donde señalan que el causante residía en la ciudad de Mompox por razones de sus negocios, por tal motivo alternaba su residencia entre la ciudad de Cartagena, donde vivía con la suscrita y nuestros hijos y la ciudad de Mompox – Bolívar donde desarrollaba sus negocios, hecho que se afirma, con el poder que concedió para contraer el segundo matrimonio, por lo que no se puede afirmar que no existía una convivencia antes del 4 de marzo de 2011, pues es claro que siempre existió la intención de mantener un hogar, o cómo se explica que el causante tomara en arriendo distintos inmuebles desde el año 1998 hasta el fallecimiento 28 de octubre de 2014, en la ciudad de Cartagena, donde habitaba la suscrita, el causante y nuestros hijos, que no existiera un acompañamiento espiritual y ayuda económica, tal como está probado, era mi esposo quien asumía en vida los gastos de manutención, vivienda y salud tanto de la suscrita como de mis hijos, creer que solamente existe la relación desde que se celebró el segundo matrimonio, es irrazonable, porque no sólo con el vínculo matrimonial surge la relación de pareja, es claro que existía desde antes primero como cónyuge, luego como compañera permanente y finalmente como cónyuge, es claro que en ningún momento se busca defraudar al sistema general de pensional, ya que no surgió la relación de pareja únicamente durante el último lapso de vida del causante, sino que está siempre existió.

Es de resaltar, primero que existe un marco de libertad probatoria respecto de la forma en que se puede acreditar el requisito de convivencia para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

La Corte Constitucional ha señalado en varias oportunidades que, para acreditar la convivencia en aras de acceder a la pensión de sobrevivientes, existe un marco de libertad probatoria, por tal motivo, en varios pronunciamientos la Corte ha valorado algunas pruebas como conducentes, pertinentes y suficientes para acreditar tal requisito. Por ejemplo, la Sala Novena de Revisión en la citada sentencia T-787 de 2002, advirtió que la entidad accionada incurrió en una vía de hecho al negar la prestación económica a la actora, por cuanto omitió practicar las pruebas necesarias para establecer con certeza la convivencia y desconoció las declaraciones extra juicio allegadas por la peticionaria, mediante las cuales buscaba acreditar que pese a que en los últimos meses de vida de su cónyuge no vivieron bajo el mismo techo, debido a los graves quebrantos de salud, en realidad nunca se interrumpió la convivencia.

Luego, en sentencia T-921 de 2010 la Sala Novena de Revisión indicó que la forma de acreditar la existencia de vida marital entre solicitante y causante durante los cinco (5) años anteriores a la muerte del pensionado, para acceder a la pensión de sobrevivientes, **por regla general, es una declaración juramentada extra proceso del requirente y una de un tercero, donde conste la convivencia y su duración. Sin embargo, en la citada sentencia la Corte señaló que la ley no establece ni restringe los medios de prueba que avalan dicho supuesto dando lugar a cierta libertad probatoria.** Esta Corporación concedió el amparo solicitado, por cuanto consideró que no es válido constitucionalmente que la entidad encargada de reconocer la pensión de sobrevivientes oponga requisitos de tipo formal, como medios de prueba adicionales, cuando de la mesada pensional dependía la satisfacción del mínimo vital de la accionante, más aún cuando se trataba de una persona de la tercera edad aquejada de graves problemas de salud. Al respecto afirmó:

“[E]s imprescindible evidenciar que la ley, en este punto, no establece ni restringe los medios de prueba que avalan dicho supuesto; por ello, de acuerdo con una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, se permite cierta libertad probatoria, verificando la idoneidad en cada caso concreto. || Lo precedente, si bien es una fórmula jurídicamente válida, podría llegar a quebrantar los principios de buena fe, confianza legítima y/o igualdad, por ejemplo, cuando una entidad exige medios de prueba ilógicos, extravagantes o superfluos, en sí mismos o comparados con los pedidos por otra entidad, pública o privada, encargada de prestar el mismo servicio, para el caso la seguridad social”.¹⁶

¹⁶ MP. Nilson Pinilla Pinilla. Esta Corporación estudió la acción de tutela interpuesta por una señora de setenta y tres (73) años de edad en contra del Ministerio de la Protección Social. En la tutela la peticionaria indicó que contrajo matrimonio con el señor Daniel Morales Ricardo, conviviendo ininterrumpidamente cincuenta y tres (53) años, hasta la muerte de este último. Por su parte, la autoridad accionada negó definitivamente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes *“alegando como único argumento la inexistencia de la convivencia”*. Sin embargo, la Sala Sexta de Revisión consideró que de las afirmaciones realizadas por el Ministerio, se evidencia que este exigió, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, que no se hubiere instaurado demandas de alimentos en ningún tiempo en contra del causante, instituyendo de esta forma un requisito adicional para el reconocimiento de dicha prestación, supuestamente justificado en *“las reglas de experiencia”* y consideró que las declaraciones son pruebas sumarias *“que deben ser evaluadas en conjunto con los demás elementos de juicio con los que cuente la administración [...] en punto a determinar si ameritan o no serios motivos de credibilidad como prueba para concluir la vida en común”*. Advirtió la Corte que estas exigencias ponen de presente que *“la*

Hechas las anteriores precisiones, se desprende que no existe un único medio de prueba por medio del cual se deba acreditar el requisito de convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes. Pues, como lo ha expresado la jurisprudencia constitucional en un marco de libertad probatoria, se debe verificar la idoneidad y suficiencia del medio utilizado para acreditar la convivencia efectiva entre el cónyuge, compañera o compañero permanente supérstite con el pensionado, lo cual no fue tenido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", en la sentencia de fecha 4 de junio de 2020, teniendo en cuenta que existe abundante pruebas con las cuales se demuestra la convivencia entre la signataria y el causante por más de cinco (5) años anteriores al fallecimiento de mi esposo, y según el fallador no existe prueba contundente que deje ver la existencia de una relación real y afectiva antes del 4 de marzo de 2020, cuando esto no es cierto, existen

En tal virtud, me permito elevar las siguientes,

4.- PETICIONES:

Primera. Ruego al honorable despacho se tutelen los derechos fundamentales para que prime el amparo de las garantías fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la dignidad humana y de la Seguridad Social, vulnerados por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", siendo CP. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, en la sentencia proferida el 4 de junio de dos mil veinte (2020) que confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda Subsección A, de fecha 27 de julio de 2017, la cual fue notificada por correo electrónico el día 29 de septiembre de 2020, mediante la cual se negó las pretensiones incoadas en la demanda, dentro del proceso con radicación No. 25000-23-42-000-2015-03482-01 (0454-2018), para que mediante esta acción se amparen los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y DIGNIDAD, SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL .

Segunda. Como consecuencia de lo anterior y en primacía del derecho sustancia, se me reconozca la sustitución de la pensión de jubilación, con ocasión del fallecimiento de mi cónyuge RAFAEL IGNACIO ESCORCIA BARRAZA (Q.E.P.D), por acreditar los requisitos establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que tanto la sentencia acusada, incurrió en error al señalar que no existía prueba contundente que permitiera tener certeza sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrolló la convivencia entre la suscrita y el causante, es decir, por no tener en cuenta la totalidad de las pruebas aportadas, con las cuales la decisión hubiera sido totalmente contraria y en sentido favorable, como se expuesto en la parte motiva de esta acción de tutela.

reclamante está siendo perjudicada de manera irremediable, puesto que del reconocimiento de la sustitución pensional, a la cual denota tener derecho, depende la satisfacción de su mínimo vital; además, tratándose de una persona de avanzada edad, los organismos judiciales y las autoridades están en la obligación constitucional de protegerle con especial celo y diligencia, particularmente en sus derechos fundamentales, sin oponer requisitos de tipo formal que obstaculicen el cumplimiento de tal deber”.

En caso que no se acceda a la anterior petición, solicito que en subsidio se ordene a la AL CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A" que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, proceda a emitir un nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta la primacía del derecho sustancial sobre el procesal, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en este escrito, en especial las pruebas que señalan las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrolló la convivencia entre la suscrita y el causante y el precedente de la Honorable Corte Constitucional, respecto de la convivencias cuando no se cohabita bajo el mismo techo.

5.- DECLARACIÓN JURADA

De acuerdo con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, me permito manifestar bajo la gravedad del juramento que no he presentado dentro de la actuación a que me he referido, otra acción constitucional en contra del **Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral**, respecto de los mismos hechos y derechos.

6.- FUNDAMENTOS DE DERECHO Y JURISPRUDENCIALES

Fundamento la presente acción constitucional en el artículo 1º, 29, 46, 86 de la Constitución Nacional, los decretos 2591 de 1991, y demás normas concordantes y precedentes jurisprudenciales relacionados en la presente acción constitucional.

7.- PRUEBAS Y ANEXOS

Solicito al señor Juez se tengo como pruebas las siguientes:

- El expediente con radicación 125000-23-42-000-2015-03482-01 (0454-2018), siendo demandante la señora **MILDRED HERNANDEZ YEPÉS** contra FONPRECOM.

8.- NOTIFICACIONES

La suscrita puede ser notificada en la Calle 18 No. 4 – 91 Oficina 503 de la ciudad de Bogotá D.C., correo electrónico toscanasaudi@yahoo.es, celular 3142065846

Del Señor consejero, con sentimientos de la más alta consideración.



MILDRED HERNANDEZ YEPÉS

C.C No. 33.1565.806 de Cartagena