



Bogotá D.C.,

"Ex facto oritur ius"

**Honorables Magistrados**  
**CONSEJO DE ESTADO - SECRETARIA GENERAL (REPARTO)**  
**E. S. D.**

**REF: ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA- SUBSECCION B PROVIDENCIA JUDICIAL POR VIA DE HECHO EN DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de CARMEN ROSA MOLINA MESA contra UGPP\_ UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL**

**Expediente No. 25000-23-42-000-2015-05295-00**

**MARIA HELENA SUAREZ GARCIA**, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 51.612.208 de Bogotá, Abogada en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 128.130 del Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de Gerente Jurídico, Representante legal de la sociedad **R & S ASESORÍA JURÍDICA S.A.S.**, sociedad legalmente constituida, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con NIT 900.848.824-7, actuando en calidad de apoderada de **CARMEN ROSA MOLINA MESA**, mujer, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 51.996.783, vecina y domiciliada en el municipio de Samacá (Boyacá), de acuerdo con poder conferido y anexo al proceso de la referencia; por medio de este documento presento **ACCIÓN DE TUTELA** basada en el principio de Inmediatez, contra las providencias judiciales dictadas por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCION SEGUNDA y CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA- SUBSECCION B**, el pasado veintiuno (21) de agosto de 2.020

#### **HECHOS PROBADOS Y HECHOS NOTORIOS**

1. El señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ**, (q.d.e.p.), mediante título otorgado por universidad colombiana, ejerció como médico odontólogo en entidades privadas y públicas (ISS) durante más de veinte (20) años; lo cual le permitió acceder a una pensión de jubilación otorgada por el entonces Instituto de Seguros Sociales, al cumplir veinte (20) años de servicio y cualquier edad, de acuerdo con legislación especial vigente en el momento, mediante Resolución 690 del 27 de junio de 1.980 otorgada por el ISS al señor Hugo Fernandez Gómez, accede al derecho de pensionado por jubilación anticipada hasta su fallecimiento.
2. El señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ** (q.d.e.p.) cumple la edad establecida en normas pensionales vigentes (62) años y le es reajustada su pensión de vejez en el año 1.982 y dicha pensión a partir de ese momento fue reconocida y pagada de manera compartida por la extinta Caja Nacional de Previsión (recursos trasladados a COLPENSIONES y garantizados a través de la UGPP) y por recursos propios de COLPENSIONES en lo que correspondía a la inicial pensión de jubilación, otorgada por más de veinte (20) años de trabajo ante el ISS, como funcionario público.
3. Su experiencia, cargo y formación universitaria le permitió al señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ**, (q.d.e.p.), en su actividad profesional como funcionario público del ISS, por más de veinte (20) años de servicio público, en su hogar, ante sus amigos y conocidos y en especial

Carrera 63 No. 22 - 31 oficina 2-06 – Bogotá Colombia.

Teléfono Cel 3132567570 – 3142238363



[rscojuez@gmail.com](mailto:rscojuez@gmail.com) [gerencia@rysasesorjuridico.com](mailto:gerencia@rysasesorjuridico.com) [mhsuarezg@gmail.com](mailto:mhsuarezg@gmail.com)

ante quienes accedían a sus servicios profesionales recibir por costumbre e idiosincrasia colombiana, heredada de la sumisión española de instituciones retrogradadas y desuetas como fueron la Mita, la Encomienda y el Resguardo, el título de **“Doctor”**; a pesar de no haber cursado maestría o doctorado alguno que le diera realmente tal estatus.<sup>1</sup>

4. El señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ**, (q.d.e.p.), contrajo matrimonio con la señora **CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ** (q.d.e.p), en el año 1.944 y procrearon una (1) hija que responde al nombre de **IRMA CLEOTILDE FERNANDEZ DE BARRERO** y quien actuó en los procesos base de las acciones jurisdiccionales y de la acción de tutela, como testigo de la relación y convivencia de su señora madre enferma con su padre y de la relación y unión marital de hecho, realizada por más de diez (10) años antes de su muerte, de su señor padre con la accionante señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**.
5. El señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ**, (q.d.e.p.), tuvo el libre albedrío de decidir sus relaciones interpersonales de unión, amor y sexo como cualquier mortal y en ejercicio del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, constituyó a lo largo de su vida el matrimonio y las uniones maritales de hecho, que le permitió construir la vida, como ser humano social.

Producto de ello, pueden ustedes observar en el expediente que hace relación a un matrimonio y una esposa enferma de nombre **CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ**; una hija habida dentro del matrimonio cuyo nombre y participación da testimonio de la vida marital de hecho de su padre con la accionante y cuyo nombre es **IRMA CLEOTILDE FERNANDEZ DE BARRERO**; el expediente hace también referencia a una “hija fuera de matrimonio” que lo “cuidó en Cota” en sus últimos días y cuyo nombre es **MARIA CRISTINA FERNANDEZ** y una unión marital de hecho con la señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**, relación presumiblemente consentida o por lo menos admitida por incapacidad progresiva y sobrevenida de su esposa enferma, por más de veinte (20) años; de los cuales estuvo al cuidado de su empleadora por diez (10) años y posterior a su muerte legaliza su vida marital por un lapso de (10) años, con el esposo de la extinta.

6. El señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ**, (q.d.e.p.) compartió con su esposa **CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ** la penosa y degenerativa enfermedad de “esclerosis múltiple” en su hogar, ubicado en la Carrera 5 No. 113 – 46 de la ciudad de Bogotá hasta el fallecimiento de su esposa ocurrido el día 19 de abril del (2.002) según certificado de defunción que se anexa.
7. El señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ**, (q.d.e.p.) como es obvio inferir dos (2) meses después de la muerte de su esposa, es decir junio de 2.002, producto de la convivencia, ayuda, apoyo mutuo, sostenimiento con la cuidadora de su extinta esposa, da inicio por voluntad responsable de los dos con la señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**, a una relación en comunidad de vida permanente y singular abierta y de público conocimiento de vecinos, conocidos y extraños regularizando lo oculto por muchos años y para evitar murmuraciones, comentarios y chismes mal intencionados, por el prurito social de fidelidad y luto, se traslada con su nueva cónyuge; lejos de su antigua residencia y convive con su nueva compañera permanente en el inmueble ubicado en la Calle 12C No.151-35 Interior 7 Apartamento 103 Conjunto Residencial San Pablo de la ciudad de Bogotá. Allí desarrolla su nueva relación marital de hecho que se ve afianzada por **otros diez (10) años de manera libre**, (el resaltado es mio), espontánea, surgida de compartir vidas paralelas bajo el mismo techo en la enfermedad de su extinta esposa, de conocimiento público de su familia (hija de

<sup>1</sup> ANTROPONIMIA E IDENTIDAD DE LOS NEGROS ESCLAVOS EN EL PERÚ. Los españoles, amos o dueños de esclavos, colocaban el nombre de pila y opcionalmente un apellido a sus esclavos, casi como un pálido remedo de un propio sistema. No obstante, como su interés estaba puesto en identificar a su esclavo, añadiría a este sistema básico otros elementos denominativos equivalentes a la casta, la condición social y la pertenencia del amo. Otros rasgos identificatorios eran los gentilicios y el oficio.

A diferencia del nombre del esclavo, el de su amo básicamente tiene un nombre de pila y apellido y precediendo a estos términos lleva un título honorífico (doctor, licenciado, capitán, alférez, sargento mayor, etc.) o de alto reconocimiento social (“don”, “doña”, “vuesa merced”, etc.). María del Carmen Cuba Manrique.



matrimonio y fuera de él) y con aceptación expresa de su hija **IRMA CLEOTILDE FERNANDEZ DE BARRERO**, que aceptó y apoyó la decisión para que su señor padre **HUGO FERNANDEZ GOMEZ**, reconstruyera su vida afectiva y hetero-sexual, de atención, cuidado y apoyo mutuo y dejara su estado de viudez, para insertarse en una nueva unión libre de manera pública, ininterrumpida y de pacífico amor y atención<sup>2</sup> con la hoy accionante señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**.

8. El señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ**, (q.d.e.p.), el 5 de julio de 2.012 mediante documento privado firmado y con huella digital, dirigido al Instituto de Seguro Social y que fue prueba documental en los procesos de sustitución pensional, expresa:
  - a. Que la señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA** con cédula de ciudadanía No. 51.996.783
    - i. “es mi compañera permanente desde hace “veinte (20) años”.
    - ii. “Se ha dedicado a “mi cuidado” durante este mismo tiempo.
    - iii. “dependiendo económicamente de mis ingresos” (pensión) para su supervivencia”.
    - iv. “tengo completas facultades mentales al hacer esta carta hoy 5 de julio de 2.012 en Bogotá – Colombia”.
    - v. “Voy a cumplir noventa y dos (92) años el próximo 8 de agosto”.
    - vi. “actualmente sufro varios quebrantos de salud para los cuales estoy en tratamiento”.
    - vii. “Todo esto me obliga a dejar arreglados mis asuntos y de que se cumpla la ley con las personas que me sobrevivan”.
  - b. Este documento fue aportado y base de la decisión del Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá, para conceder la sustitución pensional en pensión de jubilación otorgada por el ISS, a la señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**.
9. El señor **HUGO FERNANDEZ GÓMEZ**, (q.d.e.p.), fue ingresado a la Clínica Santa Viviana el día 14 de junio de 2.012, por su compañera permanente la señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**, al haber sufrido fractura de cadera y fue dado de alta el día 5 de julio de 2.012.
10. Al ser dado de alta de la Clínica Santa Viviana el señor **HUGO FERNANDEZ GÓMEZ**, (q.d.e.p.), no fue entregado a su cónyuge **CARMEN ROSA MOLINA MESA**, ni le fue permitido por su hija **MARIA CRISTINA FERNANDEZ**, que fuera trasladado a su hogar ubicado en la Calle 12C No.151-35 Interior 7 Apartamento 103 Conjunto Residencial San Pablo de la ciudad de Bogotá.
11. Ante la incapacidad médica de su hija **IRMA CLEOTILDE FERNANDEZ DE BARRERO** (habida dentro del matrimonio) para hacer el retiro y traslado de su padre y ante la conducta velada, malintencionada y oscura por parte de su hija **MARIA CRISTINA FERNANDEZ**, el señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ**, (q.d.e.p.), es retirado y llevado por su hija **MARIA**

<sup>2</sup> A partir de la vigencia de la [Ley 54 de 1990](#), modificada por la [Ley 979 del 2005](#), toda comunidad de vida permanente y singular entre dos personas no casadas o con impedimento para contraer nupcias da lugar a la unión marital de hecho y a originar un auténtico estado civil, según la doctrina probable de la Corte Suprema, con fundamento en los artículos 4° de la Ley 169 de 1886 y 7° del [Código General del Proceso](#), así como la Sentencia C-836 del 2001 de la Corte Constitucional. Así mismo, los requisitos sustanciales para conformarla son:

- i. La voluntad responsable de establecerla.
- ii. La comunidad de vida permanente y singular.

Este primer requisito aparece cuando la pareja integrante de la unión, en forma clara y unánime, actúa en dirección de conformar una familia. La comunidad de vida, por su parte, se refiere a la conducta de la pareja en cuyo sustrato está la intención de formar dicha unión.

Por último, enfatiza la Sala, el requisito de permanencia denota la estabilidad, continuidad o perseverancia en la comunidad de vida, al margen de elementos accidentales involucrados en su devenir, como acaece con el trato sexual, la cohabitación o su notoriedad, los cuales pueden existir o dejar de hacerlo según las circunstancias de la misma relación (M. P. Luis Armando Tolosa). Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia SC-16562018 (68001311000620120027401), 05/18/18



**CRISTINA FERNANDEZ** (habida fuera de matrimonio), a la residencia de ella, ubicada en el municipio de Cota (Cundinamarca), quien le designa como cuidadora de sus quebrantos de salud en horario nocturno a su cuñada la señora **MARIA ALEJANDRA ESPINOSA PINTO**, hasta el día del deceso, de su señor padre **HUGO FERNANDEZ GÓMEZ**.

12. El señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ** (q.e.p.d), falleció el 23 de enero de 2013, de acuerdo con certificado de defunción allegado al proceso.
13. Mediante un Mise en scene (puesta en escena), la señora **MARÍA ALEXANDRA ESPINOSA PINTO** quien fuera enfermera o “cuidadora” nocturna del señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ**, decide solicitar la pensión de sobrevivientes ante COLPENSIONES y el Juzgado 15 Laboral de Circuito integrado el contradictorio con la mencionada petente y de acuerdo con fallo adverso a sus intereses que se anexa, como prueba de la Resolución No GNR – 175393 del 9 de julio de 2.013 le es negada la pensión; por un supuesto período de convivencia con el difunto Fernandez Gómez, cuando fungió tan solo por seis (6) meses de cuidado en el municipio de Cota (Cundinamarca), como enfermera en las noches del fallecido **HUGO FERNANDEZ GÓMEZ**.
14. La señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**, solicitó ante el Juzgado 15 Laboral del Circuito la sustitución pensional por la cuota parte de la pensión de vejez o jubilación que le correspondía reconocer a COLPENSIONES, la cual le fue negada mediante sentencia de fecha 18 de julio de 2.018, decisión que por grado de consulta en aplicación del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2.007; subió a la Sala laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el día 21 de Agosto de 2.018, quien accedió a las pretensiones de la demanda y concedió la sustitución pensional de jubilación por la cuota parte otorgada por el ISS (hoy COLPENSIONES) al señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ**, mediante sentencia de fecha 19 de Febrero de 2019, que se anexa a la presente acción de tutela.
15. La señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**, solicitó a la UGPP\_ Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social la sustitución pensional de la cuota parte otorgada por la Caja Nacional de Previsión, en calidad de compañera permanente.
16. Mediante Resolución No. RDP010661 del 18 de marzo de 2015 la UGPP\_ Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, le negó a la señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**, la sustitución de la pensión y dentro del término legal se presentaron los recursos de Ley.
17. Mediante Resolución No. *RDP022804* del 4 de junio de 2015 la UGPP\_ Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social confirmó la decisión de primera instancia quedando así agotada la vía gubernativa.
18. El 27 de octubre de 2015 por intermedio de apoderado, mi representada presentó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra las Resoluciones Nos: RDP010661 del 18 de marzo de 2015 y la RDP022804 del 4 de junio de 2015, proferidas por la UGPP\_ Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
19. Con auto de fecha 26 de enero de 2016 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, admitió la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
20. El 19 de octubre de 2017 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, profirió fallo en el cual decide: “**NIEGANSE** las pretensiones de la demanda

Carrera 63 No. 22 - 31 oficina 2-06 – Bogotá Colombia.

Teléfono Cel 3132567570 – 3142238363



[rscojuez@gmail.com](mailto:rscojuez@gmail.com) [gerencia@rysasesorjuridico.com](mailto:gerencia@rysasesorjuridico.com) [mhsuarezg@gmail.com](mailto:mhsuarezg@gmail.com)

*incoada por la señora Carmen Rosa Molina Mesa contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP -, de conformidad con la motivación.” Dentro del término de ley mi representada por intermedio de su apoderado de entonces, presento recurso de apelación.*

21. El Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, consejera ponente Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez el 21 de agosto de 2020 profirió fallo en segunda instancia y su decisión fue: “**CONFIRMAR** la sentencia de 19 de octubre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la señora Carmen Rosa Molina Mesa contra la U.G.P.P., de acurdo con lo considerado en le parte motiva de esta providencia.”
22. En el caso en estudio la señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**, a la fecha de fallecimiento del señor **HUGO FERNANDEZ GOMEZ**, tenía más de 30 años y estuvo haciendo vida marital de hecho con el causante hasta su muerte, por diez (10) años continuos con anterioridad a su muerte.

Los anteriores requisitos se cumplen de acuerdo con el artículo 47., de la Ley 100 de 1.993 respecto de los **BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES**. Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003., establece que Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años. 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.

## **VIOLACIONES PROCESALES Y DECISIÓN DE FONDO VIOLATORIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**

### **1. PRUEBA INTERROGATORIO DE PARTE DE CARMEN ROSA MOLINA MESA CON ERRADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR EL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO**

El Honorable CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B, con ponencia de la Honorable CONSEJERA PONENTE Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ de fecha Bogotá D.C., 21 de agosto de 2020., Expediente No. 25000-23-42-000-2015-05295-01 (1417-2018)., conoció en apelación de la acción de Nulidad y restablecimiento del derecho, actuando como actora y apelante la demandante señora Carmen Rosa Molina Mesa y demandada la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en el reconocimiento pensión de sobrevivientes – evaluando las pruebas como requisito de la convivencia con el causante del derecho y toma la sala la decisión de confirmar la sentencia que negó pretensiones de la demanda sustentada en los siguientes argumentos:

- A.) En el punto 36 de la sentencia del Honorable Consejo de Estado se asevera de manera errada que “del análisis y valoración conjunta de las pruebas que obran en el proceso conforme a las reglas de la sana crítica, la Sala concluye que no existe certeza frente a la convivencia como compañeros permanentes entre la actora y el señor Hugo Fernández Gómez, **dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento de éste**

**último**, para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que existe **contradicción en lo manifestado por ella en su declaración, pues, en algunos apartes del interrogatorio de parte que absolvió dentro del sub examine alude a diferentes fechas; en una ocasión dijo que desde el año 1992 se habían conocido; en otra que fue en el año 2002, cuando falleció la esposa del señor Fernández; y posteriormente en el año 2012, esto es, en el año anterior al de su muerte**.. (el resaltado el mío)

Lo anterior no es cierto y por ello sostengo que el fallador de segunda instancia, asumió como ciertos los considerandos del a quem y sin mayor rigor científico y en violación de los principios constitucionales y legales de valoración de las pruebas con las reglas de la experiencia y la sana crítica, acude a una vía de hecho, sin valorar y apreciar la prueba de **interrogatorio de parte**, rendido por la compañera permanente del señor **HUGO FERNANDEZ GÓMEZ (Q.D.E.P)**, señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**; al sostener sin argumento alguno que existe contradicción en un medio de prueba que a pesar de haber sido evacuado por el Magistrado del Despacho con total garantía de las formas procesales, no fue sometido a valoración de su contenido.

Juzguen ustedes por vía de tutela el siguiente interrogatorio de parte evacuado por el a quo y transcrito en sentencia del H. Consejo de Estado y anexo a esta acción de tutela en audio y video, y determinen de dónde sacó el Honorable Consejo de Estado en fallo de segunda instancia, tamaña equivocación en la valoración de las pruebas aportadas en primera instancia y en donde no existen las contradicciones de diferentes fechas en referencia a los años 1.992, 2.002 y 2012 a que hizo referencia el a quem en el interrogatorio de parte evacuado por el a quo, a la compañera permanente del difunto **HUGO FERNANDEZ GÓMEZ**, señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**:

35.4 El a quo decretó el interrogatorio de parte de la actora, quien lo absolvió el 13 de diciembre de 2016 manifestando lo siguiente:

**“PREGUNTADO DESPACHO:** Estado civil. **RESPONDIÓ:** Separada. **PREGUNTADO DESPACHO:** Profesión. **RESPONDIÓ:** No, no tengo pues porque prácticamente el doctor eh donde yo estaba la señora se murió yo me fui después a vivir con Hugo y no pues no seguí trabajando más porque él era el que me mantenía. **PREGUNTADO ENTIDAD:** Indíquele al Despacho desde cuándo y hasta cuándo convivió con el fallecido el señor Hugo Fernández Gómez (Q.E.P.D). **RESPONDIÓ:** Yo entre prácticamente en 1992 entre a trabajar en donde la señora Clotilde como dama de compañía, dure con ella 10 años llevándola al médico hasta que ella murió de una enfermedad que tenía, ella permanecía en una silla de ruedas, ella murió y a los dos meses que ella murió nos conquistamos con Hugo y me propuso que nos fuéramos a vivir los dos, nos fuimos a vivir los dos en el 2002, nos fuimos a vivir a San Pablo en la carrera 5 No. Carrera 12C No 151-39 en San Pablo se llama el conjunto y allá dure viviendo el resto del tiempo hasta que él se cayó, eso se cayó en junio, tuvo una caída y se facturó la cadera, de verlo llamé a una ambulancia y lo lleve al médico a la Clínica Santa Viviana y ahí le hicieron una cirugía...pero empezó a decaer más, duré octubre y entonces ya se lo llevó una hija a Cota a vivir allá...pero ella no aceptaba que yo siguiera yendo allá...entonces la hija me dio que me fuera entonces a mí me tocó irme para donde Irma porque ya no tenía plata...el murió el 23 de enero de 2013...y él me mantenía. **PREGUNTADO ENTIDAD:** Indíquele al Despacho en donde se llevaba a cabo esa convivencia con exactitud la dirección, la ciudad. **RESPONDIÓ:** Eso fue aquí en Bogotá en Carrera 12C No 151-36 en San Pablo en el norte de Bogotá. **PREGUNTADO ENTIDAD:** Siempre fue ahí. **RESPONDIÓ:** Siempre yo tengo testigos, el celador y tengo el muchacho que nos hacía mantenimiento en el apartamento. **PREGUNTADO ENTIDAD:** Indíquele al Despacho porque conoció al señor Hugo Fernández Gómez a través de su trabajo. **RESPONDIÓ:** Si, yo entré a trabajar con la esposa prácticamente porque ellos viajaban mucho a Samacá, yo soy de Samacá, y yo los conocí allá que ellos iban a una finca

entonces la esposa me dio un día que qué hacía yo le dije aquí...y me dijo es que yo necesito a alguien que me ayude en mi casa pues usted sabe que yo estoy enferma y eso y me llevaron allá donde ella y dije listo y fui a trabajar donde ella y ahí empecé de dama de compañía ayudaba cuando se enfermaba también le ayudaba en la comida aunque había otro señor que me ayudaba un cocinero cocinaba el...que también me conoce y todo y el Doctor Salatiel él también vivía ahí, y ahí trabajé como 11 años...**PREGUNTADO ENTIDAD:** Indíquele al despacho si por esa labor usted percibía algún sueldo. **RESPONDIÓ:** Pues al comienzo pues claro cuando yo era empleada de ella me pagaba la cuidaba a ella y me pagaba y hasta 10 años dure con ella, después de esos 10 años entonces pues yo me enamore de él y a mí me gustó y ambos nos gustamos...entonces él me propuso me dijo porque no nos vamos a vivir los dos y dije bueno y nos fuimos a vivir. **PREGUNTADO ENTIDAD:** Quien sufragaba los gastos. **RESPONDIÓ:** Él porque como era pensionado el me mantenía me daba para la comida pagábamos el apartamento, todo. **PREGUNTADO ENTIDAD:** Indíquele al Despacho si conoce quien o si usted lo hizo quien sufragó los gastos de funerarios del fallecido. **RESPONDIÓ:** La hija pues para el entierro me imagino que la hija tuvo que haber dado eso...y después me imagino que ya sacarían esa plata de la pensión...**PREGUNTADO ENTIDAD:** Usted tuvo una relación con otra persona aparte... **RESPONDIÓ:** No ya en esos 10 años ya solamente viví con él, permanecimos los dos no más ahí...salíamos los fines de semana con él, Irma la hija nos invitaba a salir o almorzar y ella iba y nos recogía. **PREGUNTADO ENTIDAD:** Indíquele al Despacho con quien se encontraba casada usted anteriormente. **RESPONDIÓ:** Si yo vivía con un muchacho, pero el ya murió. **PREGUNTADO ENTIDAD:** Cuando se divorció. **RESPONDIÓ:** No me acuerdo... prácticamente yo tenía 22 años. **PREGUNTADO ENTIDAD:** Dígame al Despacho si usted conoce a la señora María Cristina Fernández, como la conoció. **RESPONDIÓ:** Ella fue la que lo llevó a Cota al papá, porque allá fue donde el permaneció ...después de la fractura duró allá porque ella se lo llevó para allá, entonces yo seguí yendo allá donde el pero entonces ya hay (sic)...yo iba en el día, ella en la noche no me dejaba, entonces ya me decía que mirara que iba a hacer me dijo en octubre que ya no volviera más...pero el a raíz de todo eso se empezó a decaer más no comía ni nada, sin embargo (sic) la hija me dijo mi papá está muy mal yo fui y lo visité y él me dijo, hija yo no aguanto más. **PREGUNTADO DESPACHO:** En que época ocurrió eso. **RESPONDIÓ:** Eso fue en octubre noviembre... **PREGUNTADO DESPACHO:** De que año. **RESPONDIÓ:** ...de 2012 porque murió en el 2013. **PREGUNTADO DESPACHO:** Dígame al Despacho cuáles fueron las razones por las cuales se dio esa separación entre usted y el señor Hugo Fernández Gómez. **RESPONDIÓ:** Pues ya Ahí como prácticamente la cirugía que se le hizo a él, él se empezó...tocaba acomodarlo a uno yo lo alzaba porque se peló, entonces tocaba sentarlo, acostarlo entonces me tocaba llevarlo a las curaciones entonces me tocaba a mí alzarlo porque no se dejaba que nadie lo alzara sino me tocaba era a mí. **PREGUNTADO DESPACHO:** En qué oportunidad en que época en que tiempo. **RESPONDIÓ:** Eso fue en el 2012 a partir que se sacó de la clínica...y por la noche como no me podía quedar ahí me tocaba irme para la casa de Irma. **PREGUNTADO ENTIDAD:** Cuanto tiempo duró el señor en esa situación. **RESPONDIÓ:** Después de la cirugía duró junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre con lo de la cirugía y en enero ya murió porque el entró en un decaimiento que ya no podía verme no nos dejaban ver entonces ya no comía ni nada entonces se fue decayendo mucho, él sin embargo me decía hija si yo me llevo a morir vallase para donde Irma y dígame que le ayude y llamó a Irma que no me fuera a dejar... **PREGUNTADO DESPACHO:** Y quien es Irma?. **RESPONDIÓ:** La hija de Hugo... y hasta este momento estoy en la casa de Irma pues yo no tengo quien me mantenga o quien me dé o recibir un sueldo no tengo eso, pero en el momento ella me dijo que no me podía colaborar más que tenía que mirar que iba a hacer porque ella está enferma entonces están vendiendo la casa y se van a ir entonces yo no tengo para dónde coger... **PREGUNTADO MINISTERIO PÚBLICO:** Usted sabe porque la señora María Cristina Fernández se llevó papá para Cota y no lo dejó que usted lo siguiera cuidando. **RESPONDIÓ:** ...ella se lo llevó contra su voluntad...sin embargo le llegó (sic) a una señora para que lo ayudara en la noche y me decía en la mañana cuando yo llegaba, hija sáqueme de aquí yo no aguanto más

porque aquí me dan de comer y me embute la comida y yo sabía cómo era que yo lo manejaba, él comía bien, conmigo comía bien pero con la señora no hasta que un día encontré que esa señora lo maltrataba... **PREGUNTADO MINISTERIO PÚBLICO:** y si usted dice que lo había atendido durante 10 años y lo atendió luego de la salida de la Clínica Santa Viviana porque razón no dejaron que lo atendiera en la casa de María Cristina. **RESPONDIÓ:** No ella me dijo que ya no me necesitaba, que ya tenía que mirar que iba a hacer... **PREGUNTADO MINISTERIO PÚBLICO:** Pero la señora María Cristina sabía que usted tenía una relación con el papá. **RESPONDIÓ:** Sí, pero ellos no aceptaban eso...”

- a.) Es cierto que la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA, convivió de los 19 a los 22 años con otra persona, de la cual se desligó y se encuentra muerto, según su dicho en el interrogatorio de parte y ante la pregunta en los generales de Ley realizada por el Honorable Magistrado donde expresó bajo la gravedad del juramento que su estado civil es “separada”.

Para nadie es un secreto que concurrir ante los estrados judiciales, para una persona que no está acostumbrada a ello, puede ser una situación que altera su estado de ánimo generándole estrés, nerviosismo, temor, etc., lo cual es apenas normal porque son sus propios intereses los que están en juego dentro del proceso. Teniendo en cuenta ello, es posible que al momento de rendir la declaración de parte prevista en el inciso final del artículo 191 del C.G.P. la persona olvide ciertos detalles, dé otros por entendidos desde una perspectiva subjetiva, o se detenga en nimiedades que no aportan nada al proceso.

Del análisis de la pregunta realizada por la Apoderada de la UGPP, se trata de una pregunta sugestiva, capciosa y confusa al indagar “**PREGUNTADO ENTIDAD:** ¿Indíqueme al Despacho con quien se encontraba casada usted anteriormente? Allí debió intervenir el Magistrado reconviniendo a la apoderada para rechazar la pregunta por impertinente e inconducente es decir no idónea y aclararla en el sentido que determinar el porqué de su dicho y la prueba que exhibe en el proceso la funcionaria pública y apoderada de la UGPP, pues en ninguna parte del expediente y menos aún de las pruebas aportadas por la UGPP, se dijo ni se demostró que la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA, estuvo bajo la institución del matrimonio o fungió como casada por el rito católico o por lo civil.

Lo que si expresó la interrogada en respuesta a la pregunta del Magistrado de sus estado civil y dado el nivel educativo de la exponente en el interrogatorio de parte que era “separada”; debió interpretarse que su estado civil era de mujer soltera, pues como lo depuso ante el Magistrado, convivió con un hombre en su pueblo natal Samacá entre la edad de 19 a los 22 años, que se separó de su pareja y que posteriormente quien fuera su consorte o cónyuge murió.

*“El matrimonio, según lo dispuesto por el artículo 152, reformado por la Ley 1ª de 1976, se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, o por el divorcio judicialmente decretado.*

*De esta suerte, ha de concluirse entonces que quien estuvo casado, puede encontrarse luego ante la disolución de su matrimonio por la muerte de su consorte, o por la nulidad del vínculo matrimonial o por el divorcio decretado judicialmente, hipótesis estas en las cuales recupera su estado de libertad para contraer matrimonio, pues no se encuentra para entonces ligado por ningún vínculo de esa índole, es decir, en cualquiera de estos tres eventos no se puede predicar que esté, en la actualidad “casado”, pues es claro que no tiene ningún cónyuge”. (Sentencia Corte Constitucional C-034 de 1999 M.P Dr. Alfredo Beltrán Sierra).*



- c. Es cierto y así se desprende del audio y video del interrogatorio de parte que la señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**, ante la pregunta del Honorable Magistrado a quo, en los generales de Ley, le indaga respecto de la profesión y ella expresa “no ahorita no tengo porque supuestamente “el Doctor” ehheh en donde yo estaba la señora se murió y yo me fui a vivir con Hugo y no seguí trabajando porque él era el que me mantenía”.

El poder del hombre instruido y educado, de buenas maneras, de hablar fluido, de título y éxito profesional impone paradigmas frente a la mujer pueblerina, sin ninguna educación y con patrones heredados de la señora de la casa, de la “esposa”; en virtud de la cual cuando llegue el “Doctor”, este debe ser bien atendido con consideración y respeto; constituyendo a no dudarlo en culturas como la cundi – boyacense y otras del orden nacional, una forma develada de maltrato consuetudinario hacia la mujer y una forma arbitraria y prohibida por la constitución y la ley de sumisión en relaciones patronales que se visualizan y trasladan de igual forma en relaciones interpersonales, maritales y sexuales, donde la mujer es calificada psíquica y físicamente como inferior, por sus condiciones sociales de extracción y educación frente al ciudadano y educado Odontólogo Doctor Fernandez Gómez, con éxito y con cargo público además.

Entonces no puede hacerse inferencia lógica y valoración de la prueba de interrogatorio de parte, sin intentar dar un trato de igualdad en relaciones desiguales y tomar una palabra de cultura de sometimiento al arbitrio y descalificar una relación personal existente y probada, para convertirla por el arbitrio de la interpretación del operador de derecho, en una consuetudinaria relación laboral, con cambio inexistente a todas luces de patrono o empleador a la muerte de la señora CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ.

La corte constitucional en sentencia C- 586 de 2016 con ponencia del Honorable Magistrado Doctor Alberto Rojas Rios, frente a demanda de inconstitucionalidad por discriminación laboral, trae a colación lo siguiente *“La Corte Constitucional ha identificado dos formas de discriminación, la directa y la indirecta y ha diferenciado entre ellas.*

*Así ha señalado, que “La discriminación directa, ha dicho la Corte constitucional, “se presenta cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, opiniones personales, (...) de manera tal que está proscrita en general, toda diferenciación arbitraria por cualquier razón o condición social”. Por su parte la indirecta ocurre, “cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación”. Esta modalidad, en fin, se compone de dos criterios: Primero, la existencia de una medida o una práctica que se aplica a todos de manera aparentemente neutra. Segundo, la medida o la práctica pone en una situación desaventajada un grupo de personas protegido. Es el segundo criterio de la discriminación indirecta el que difiere de la discriminación directa: el análisis de la discriminación no se focaliza sobre la existencia de un trato diferencial sino sobre los efectos diferenciales.” [19]*

*4.4. Las medidas de protección en favor de las mujeres, en principio no representan un trato discriminatorio. De hecho, el artículo 43 de la Constitución, además de prohibir la discriminación a la mujer, dispone que gozará de especial protección durante el embarazo y después del parto. Sin embargo, hay tratos diferenciales legislativa y socialmente aceptados, que pueden tener efectos discriminatorios e impedir el goce de*

*derechos fundamentales, como puede serlo el acceso al trabajo, erigiéndose en formas de discriminación indirecta.”*

- d. Es cierto y así se desprende del audio y video del interrogatorio de parte que el Doctor **HUGO FERNANDEZ GÓMEZ** y la señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**, se conocieron en el año 1.992, cuando su esposa señora **CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ**, en visita que hacían con alguna regularidad a una finca, la trae del municipio de Samacá (Boyacá), lugar de residencia de la deponente y accionante, a vivir y trabajar en su casa en Bogotá como “dama de compañía”, con una relación laboral con la difunta **CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ**, por diez años (1.992 - 2.002) hasta su muerte acaecida el 19 de Abril de 2.002.

Qué contradicción de fechas puede inferir en sana lógica el a quem, al sostener la interrogada que conoció a los en aquel entonces esposos FERNANDEZ – MOLINA en Samacá ( Boyacá en el año 1.992), año en el cual es contratada y por el principio del *ius variandi* es trasladada a Bogotá por su empleadora CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ, hasta el 19 de abril de 2.002; fecha en la cual se produce su deceso por una enfermedad que ya existía en el momento en que es contratada y para lo cual se determinó el objeto y causa lícita de la relación laboral en, “servir de dama de compañía para paliar su estado de salud y servir de apoyo y ayuda en las labores propias del hogar” de su contratante por el estado de salud que se deterioraba paulatinamente ante la agresividad de la esclerosis múltiple; cuyos efectos veremos más adelante son ruinosos y desastrosos de acuerdo con la ciencia médica.

Si se hubiera hecho una inferencia matemática simple, se habría deducido con prueba técnica que transcurrieron diez (10) años o más de contratación laboral entre CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ (Empleadora) y CARMEN ROSA MOLINA MESA (empleada), de acuerdo con el interrogatorio a la parte y los testimonios rendidos y obrantes en los procesos por vía gubernativa y jurisdiccional.

- e. Es cierto y se desprende sin mayor rigor interpretativo del contenido del audio y video obrante en el expediente del interrogatorio de parte rendido por la señora **CARMEN ROSA MOLINA MESA**; que oficializó su unión marital de hecho presuntamente existente desde tiempo atrás, con el señor HUGO FERNANDEZ GÓMEZ; a partir del mes de junio de 2.002, es decir dos (2) meses después del deceso de su empleadora señora **CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ** (muerte producto de su enfermedad terminal acaecida el 19 de abril de 2.002) y fecha en la cual deja de recibir su remuneración mensual por la extinción de la relación laboral entre ella y su empleadora.
- f. Es cierto y así se observa del interrogatorio de parte que para desarrollar la unión marital de hecho y la convivencia entre **CARMEN ROSA MOLINA MESA** y **HUGO FERNANDEZ GÓMEZ**, se trasladan a vivir los dos a un apartamento de propiedad del señor Hugo Fernández Gómez en la Calle 12 C No. 151 – 35 Conjunto residencial San Pablo Interior 7 Apartamento 103 Barrio Cedritos de la ciudad de Bogotá, hasta el mes de julio de 2.012, fecha en que el señor sufre accidente de rotura de cadera y es internado en la Clínica Santa Viviana por su compañera permanente hasta ese momento y con relación oficial, pública y permanente de unión marital de hecho por más de 10 años anteriores a su muerte acaecida seis (6) meses después, es decir el 23 de enero de 2.013.

Si se hubiera hecho una inferencia matemática simple (junio de 2.002 a Julio de 2.012), se habría deducido con prueba técnica que transcurrieron diez (10) años o más de relación marital de hecho libre, espontánea y consentida entre el Doctor HUGO FERNANDEZ GÓMEZ y la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA, de acuerdo con el interrogatorio a la parte y los testimonios rendidos en el proceso, así como los

documentos de prueba autenticados por el señor HUGO FERNANDEZ GÓMEZ, obrantes en expedientes de vía ordinaria y vía gubernativa.

Sostener que no se cumplió por parte del cónyuge supérstite CARMEN ROSA MOLINA MESA, con el requisito de convivencia por lo menos cinco (5) años anteriores a la muerte del causante, es habilitar una vía de hecho y desconocer de tajo la prueba de convivencia por más de diez (10) años anteriores a la muerte de HUGO FERNANDEZ GÓMEZ.

Sostener que el requisito de la convivencia a la muerte del causante no se cumplió por cuanto la señora CARMEN ROSA MEDINA MESA, no vivió con el cónyuge los últimos seis (6) meses anteriores a su deceso, es torcerle el pescuezo a la interpretación sociológica de la norma, pues existen unas eximentes de responsabilidad para que no se diera el hecho, pero en ninguna parte de la norma establece que debió demostrarse la convivencia hasta el día del fallecimiento del cónyuge.

Sostener que no existió unión marital de hecho entre los deponentes de la relación sentimental, desborda cualquier análisis y raya la interpretación de la co - existencia de una relación laboral en la arbitrariedad y las vías de hecho, al desconocer los principios básicos de valoración de la prueba con aplicación de las reglas de la sana crítica y reglas de la experiencia en la valoración probatoria, ante elementos y hechos contundentes tales como:

- g. Es cierto que la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA, trabajó con su empleadora señora CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ, desde cuando fue enganchada en el municipio de Samacá (Boyacá), para venir a dar cuidados a su empleadora “enferma”, como dama de compañía tal y como se escucha y observa con total claridad en la deposición realizada en interrogatorio de parte, absuelto ante el Honorable Magistrado, con todas las formalidades propias de la prueba, por la accionante.
- h. Es cierto que la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA, en audio y video del interrogatorio de parte al ser indagada por el Honorable Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en audiencia oral, expresa que por expresa prohibición y bloqueo directo de la señora MARIA CRISTINA FERNANDEZ hija del extinto señor HUGO FERNANDEZ GÓMEZ, se le negó su derecho de volver a compartir los últimos momentos de vida con su compañero permanente a pesar de los ruegos que éste hizo ante los malos tratos y desgreño de su cuidadora y supuesta garante de su salud y bienestar.

## **2. ERRADA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE LA HIJA DEL CAUSANTE FERNANDEZ GÓMEZ**

Una cosa diferente son las previsibles contradicciones por su edad y nerviosismo (70 años), de la señora IRMA CLEOTILDE FERNANDEZ MOLINA, en las fechas en que se fueron a vivir su padre y CARMEN ROSA MEDINA MESA al sostener que fue en junio de 2.012, cuando lo que se quiso decir era junio de 2.002; fechas corregidas al final del testimonio ante la insistencia de la Abogada de la UGPP y el Ministerio Público para aclarar las fechas de la posible relación marital de hecho, aclaraciones que se observan y escuchan de viva voz y con alguna molestia, por la deponente hija del causante señora IRMA CLEOTILDE FERNANDEZ DE BARRERO, en testimonio rendido ante magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en primera instancia.

## **3. AUSENCIA EN VALORACION EN PRUEBAS DOCUMENTALES Y HECHOS NOTORIOS APORTADOS AL PROCESO**



EL Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección B con ponencia del H. Magistrado Dr. Luis Gilberto Ortégón Ortégón en página 28 del fallo hace referencia a la prueba documental que ni siquiera se referenció con argumentación jurídica de pertinencia, conducencia e idoneidad de la prueba, en el análisis del plenario probatorio que debió valorar el Honorable Consejo de Estado en calidad de a quem así:

- A.) No desconoce la sala que el propio causante (Hugo Fernandez Gómez) (la inclusión es mía para un mejor entendimiento), en declaración rendida ante la Notaria Treinta y Uno (31) de Bogotá manifestó que la aquí demandante (señora CARMEN ROSA MOLINA MESA) ( la inclusión es mía para un mejor entendimiento) era su compañera permanente desde hace veinte (20) años (la negrilla y complemento en letras es mía) y que deseaba que fuera la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, supuesto fáctico contradictorio a lo afirmado por la actora, toda vez que ella afirma que fueron diez (10) años. Circunstancia adicional que genera duda sobre la convivencia marital objeto de cuestionamiento....

La vía de hecho cometida por el H. Consejo de Estado es que no toma en cuenta las demás pruebas aportadas al proceso de primera instancia, no somete todos los hechos y las pruebas allegadas al tamiz de las reglas de la sana crítica<sup>3</sup> y menos aún realiza un análisis de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Si se hubiera hecho una inferencia lógica con ayuda de la ciencia y de la técnica por parte del juzgador a quo en primera instancia y por parte del a quem en segunda instancia, no se hubiera realizado un simple y desprevenido cotejo de deposición de hechos y fechas, ni se hubiera pretendido cambiar al empleador por inferencia conyugal, ni se hubiera pretendido desconocer que co - habitar bajo un mismo techo por más de veinte (20) años, dos personas con sus capacidades físicas y mentales y una atracción personal, sentimientos de apoyo mutuo, convivencia en circunstancias desafortunadas con una esposa con enfermedad terminal; se hubiera arribado a que la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA y el señor HUGO FERNANDEZ GÓMEZ si constituyeron una relación marital de hecho, que por el fuero de la intimidad de las personas, a nadie le es dable escudriñar y obligar a confesar que existió con explicites de circunstancias de tiempo modo y lugar, por un lapso de tiempo de veinte (20) años o de diez (10) años, con relaciones sexuales consentidas o no por una esposa, que con todo el respecto que se merece como persona, ama de casa, esposa y madre (q.d.e.p), por su estado progresivo de deterioro con parálisis e invalidez, no podía compartir a plenitud con su esposo ni emocional ni físicamente, relaciones personales de acompañamiento, apoyo, colaboración, recreativas y sexuales; propias de toda pareja que tiene convivencia, según estudios médicos que no se infirieron ni valoraron.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Cuando se dice que las pruebas se apreciarán de conformidad con las reglas de la sana crítica, no se está haciendo referencia a una sujeción del juez a la ley (tarifa legal), que le establece el valor a la prueba, ni tampoco a una absoluta libertad que implicaría arbitrariedad, sino a una libertad reglada, ya que el juez debe tener en cuenta para valorar la prueba los excedentes extralegales que son: las reglas de la experiencia, las de la lógica, de la ciencia y de la técnica. RAZONAMIENTO JUDICIAL EN MATERIA PROBATORIA Jairo Parra Quijano. WWW.UNAM.MX

<sup>4</sup> “La esclerosis múltiple y sus efectos físicos y emocionales en las personas

La esclerosis múltiple (EM) es un trastorno progresivo e inmunomediado. Eso significa que el sistema diseñado para mantener el cuerpo saludable ataca por error a las partes del cuerpo que son vitales para las funciones diarias. Daña el recubrimiento protector de las neuronas, que conduce a una disminución funcional del cerebro y de la médula espinal.

La EM es una enfermedad con síntomas impredecibles que varían en intensidad. Mientras algunas personas sufren de fatiga y entumecimiento, la EM grave puede provocar parálisis, pérdida de la vista y funciones cerebrales disminuidas.

Entre los primeros signos de esclerosis múltiple (EM) se encuentran los siguientes:

Problemas en la vista.  
Cosquilleo y entumecimiento.  
Dolor y espasmos.  
Debilidad o fatiga.  
Problemas de equilibrio o mareo.  
Problemas de vejiga.  
Disfunción sexual.  
Problemas cognitivos.

Carrera 63 No. 22 - 31 oficina 2-06 – Bogotá Colombia.

Teléfono Cel 3132567570 – 3142238363



[rsojuez@gmail.com](mailto:rsojuez@gmail.com) [gerencia@rysasesorjuridico.com](mailto:gerencia@rysasesorjuridico.com) [mhsuarezg@gmail.com](mailto:mhsuarezg@gmail.com)

B.) “También se evidencia que la demandante reconoció que tuvo una relación de trabajo con el causante y su familia, pues manifestó que fue contratada inicialmente para atender y cuidar a la señora Clotilde Molina de Fernández en las labores domésticas y servirle de dama de compañía dada la enfermedad que padecía; labores que desarrolló en la casa en donde residía dicha familia y que una vez falleció la esposa del causante se fue a vivir con el causante en otro inmueble.”

La Vía de hecho en el contenido de este punto resolutorio de la sentencia se observa inferir de manera equivocada normas que están claramente establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 34 al 36 en virtud del cual al confrontarlas con la decisión del Honorable Consejo de Estado no se puede sostener en manera alguna que en contratos verbales a término indefinido, dada la existencia de una relación laboral por parte de uno de los cónyuges en nuestro caso la señora CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ, quien contrata a la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA, en el cargo de “dama de compañía”, para paliar su penosa enfermedad de esclerosis múltiple, hasta su muerte acaecida el 19 de abril de 2.002; no se extingue la obligación dando un viraje total y borrando una de las causales de terminación de los contratos en materia civil, laboral y comercial, cual es la muerte del contratante y a contrario sensu, al sobrevivirle su esposo señor HUGO FERNANDEZ GÓMEZ, se le cede de manera automática el contrato y sin prueba de tarifa legal ad solemnitatem, ad probationem; ad sustanciam actus; se cambia la posición contractual como nuevo empleador; teoría doctrinaria nueva en nuestra legislación laboral al constituir automáticamente una solidaridad en el vínculo laboral en virtud de la cual su esposo HUGO FERNANDEZ GÓMEZ, se convierte por virtud de la doctrina y la jurisprudencia en patrono o empleador, ante la muerte de la empleadora original.

En verdad no creemos que se puedan desconocer las pruebas aportadas legal y oportunamente al proceso y se desconozca de tajo que el señor HUGO FERNANDEZ GOMEZ, jamás contrató a la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA, como “dama de compañía”, para paliar enfermedad alguna que el sufriera, pues como se desprende del interrogatorio de parte fue, esta última quien la contrato, para que le ayudara en su penosa enfermedad y el hecho que en algunas oportunidades, le ayudara con la preparación de los alimentos del hogar en manera alguna puede convertir al mencionado señor HUGO FERNANDEZ GOMEZ en nuevo empleador de acuerdo con la interpretación errada que hace el sentenciados a quem.

Bien lo anota de manera ilustrada el insigne profesor de derecho probatorio y en reiteradas oportunidades Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Dr. Jairo parra Quijano, en su escrito “Algunas reflexiones sobre los principios de la prueba, nacidas de la lectura del Acto Legislativo N° 3 de 2002, por el cual se reforma la Constitución Política Nacional “3.3. *Inmediación Obsérvese bien cómo funciona este principio al haber sido consagrado constitucionalmente: El juez sólo puede emitir fallo, con base en pruebas practicadas por él, y en hechos que hayan sido debatidos frente a él. En la inmediatez de la prueba, la percepción del juez no es de simple registro (pensamiento en situación), sino en acto, es decir, que todas las sensaciones deben quedar “esclavizadas por la atención”, para que pueda ir controlando y relacionando lo que el medio va poniendo de presente, y cuando llegue el momento de valorar la prueba, ésta sea el resultado de una actividad preparada y no*

---

La presencia de disfunciones sexuales en las personas con esclerosis múltiple es frecuente, afectando la calidad de vida de la persona y de su pareja. Alarcía- Alejos, y colaboradores, en su estudio “Abordaje de la disfunción sexual en la esclerosis múltiple”, concluyen que la “disfunción sexual es un problema frecuente, importante y que se aborda de manera insuficiente”.

Este artículo también pone de manifiesto que las personas con estas disfunciones no explican los problemas sexuales de forma espontánea en la consulta. Así, es el equipo sanitario quien debe asumir la necesidad de abordar los problemas sexuales, realizando una valoración ordenada y sistemática que permita la detección y la atención por parte de un equipo multidisciplinar. Las terapias donde se incluyen a los dos miembros de la pareja y donde se imparte educación sanitaria sobre sexualidad son imprescindibles.

Foley y Werner describen los síntomas sexuales de la esclerosis múltiple en términos de disfunción sexual primaria, secundaria y terciaria.

Disfunción sexual primaria: La disfunción sexual primaria se produce como resultado directo de cambios neurológicos que afectan la respuesta sexual. Consiste, muy a menudo, en pérdida de la libido, alteraciones en la sensibilidad genital y menos capacidad para llegar al orgasmo. En el caso de la mujer, también se puede encontrar falta de lubricación y, en el caso del hombre, disfunción eréctil y eyaculatoria...

Carrera 63 No. 22 - 31 oficina 2-06 – Bogotá Colombia.

Teléfono Cel 3132567570 – 3142238363



[rscojuez@gmail.com](mailto:rscojuez@gmail.com) [gerencia@rysasesorjuridico.com](mailto:gerencia@rysasesorjuridico.com) [mhsuarezg@gmail.com](mailto:mhsuarezg@gmail.com)

*un acto súbito y apresurado. La valoración de la prueba se va produciendo a medida que se practican las pruebas. El juez hace sedimentaciones, saca conclusiones, hace contrastes, hace semejanzas, hace relaciones, que le permiten aceptar y aprovechar las pruebas que enseguida se practican y se puede decir que, llegado el día de plasmar la valoración, ésta surgirá casi naturalmente. El legislador debe ser muy cuidadoso, para que este principio se cumpla, por imperio constitucional.”*

Es cierto y se desprende sin mayor rigor interpretativo del contenido del audio y video obrante en el expediente del interrogatorio de parte rendido por la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA, que laboró por más de diez (10) años con la señora CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ, hasta su fallecimiento el 19 de abril de 2.002; pero también es cierto que en interrogatorio de parte en audio y video se observa que oficializó su unión marital de hecho presuntamente existente desde tiempo atrás, con el señor HUGO FERNANDEZ GÓMEZ; a partir del mes de junio de 2.002, es decir dos (2) meses después del deceso de su empleadora señora CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ (muerte natural producto de su enfermedad terminal) y fecha en la cual deja de recibir su remuneración mensual por la extinción de la relación laboral entre ella y su empleadora, por sustracción de materia. A partir de dicho momento expresa las circunstancias de tiempo modo y lugar mediante las cuales se trasladan a vivir los dos (2) Hugo y Carmen Rosa, a un apartamento de propiedad del señor Hugo Fernández Gómez en la Calle 12 C No. 151 – 35 Conjunto residencial San Pablo Interior 7 Apartamento 103 Barrio Cedritos de la ciudad de Bogotá; hasta el mes de julio de 2.012, fecha en que el señor sufre accidente de rotura de cadera y es internado en la Clínica Santa Viviana por su compañera permanente hasta ese momento y con relación oficial, pública y permanente de unión marital de hecho por más de diez (10) años anteriores a su muerte acaecida seis (6) meses después por su separación forzada por terceros con intereses torticeros, es decir hasta el 23 de enero de 2.013.

Esta prueba por virtud del principio de inmediación fue legal y oportunamente recaudada y debió ser adecuadamente valorada en el proceso en primera instancia por el a quo como una actividad mental preparada y sistémica, colocando en la balanza de la justicia todos y cada uno de los elementos probatorios y en segunda instancia debió surtir un mayor y más calificado razonamiento lógico y sistemático, pero en su lugar se arriba a conclusiones inexistentes en nuestro ordenamiento jurídico de presuntas cesiones de contratos laborales por muerte del patrono o empleador, conversiones automáticas en objeto y causa lícita contractual al pasar de “dama de compañía” del difunto HUGO FERNANDEZ GÓMEZ, pero en una relación laboral, con nuevas funciones y obligaciones y lo más grave creando figuras de solidaridad inexistentes o cesión de posición contractual entre cónyuge fallecido y cónyuge supérstite y negando de tajo sin mayor análisis ni rigor científico la existencia consentida de una unión marital de hecho.

#### **4. ERRADA VALORACIÓN DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN LAS PRUEBAS RECAUDADAS**

En sentencia de segunda instancia se arriba a la siguiente conclusión, la cual está en contravía de todo el material probatorio de circunstancias de tiempo modo y lugar a saber:

... “Para la Sala, las características propias de la convivencia de los compañeros permanentes son el acompañamiento espiritual y moral de manera constante, **y no ocasional**; con auxilio mutuo y apoyo económico y, como es obvio, que esa vida sea en común. Así, para el caso, el hecho de que en determinados momentos la actora hubiese estado presente y cerca del causante para colaborarle inicialmente a su esposa y a su familia y posteriormente en los quehaceres que surgieron con el accidente que sufrió el señor Fernández Gómez cuando se cayó y se fracturó la cadera, resultan insuficientes para demostrar que la relación laboral que sostenían varió y se convirtió en una relación de pareja como compañeros permanentes.”

Estamos de acuerdo y no hay objeción alguna que la convivencia de los compañeros permanentes es el acompañamiento espiritual y moral de manera constante, con auxilio mutuo y apoyo económico y como es obvio, que esa vida sea en común.

En lo que no estamos de acuerdo y consideramos errada valoración de las pruebas allegadas al proceso es aseverar de manera errada que la convivencia fue ocasional y que hubiese estado presente solo en el interregno del accidente que sufrió el señor Hugo Fernández Gómez, resulta insuficiente como circunstancia de tiempo, modo y lugar para cumplir con la norma de sustitución pensional.

En donde se encuentra el yerro fáctico del magistrado en la sentencia, en no valorar las pruebas en las cuales se determina que:

- a.) Es cierto y así se desprende del audio y video del interrogatorio de parte evacuado por el magistrado en audiencia oral aportada a esta acción de tutela, que el Doctor HUGO FERNANDEZ GÓMEZ y la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA, se conocieron en el año 1.992 cuando su esposa señora CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ, en visita que hacían con alguna regularidad a una finca, la trae del municipio de Samacá (Boyacá), lugar de residencia de la deponente y accionante, a vivir y trabajar en su casa en Bogotá como “dama de compañía”, con una relación laboral por diez años (1.992 - 2.002) hasta su muerte acaecida el 19 de Abril de 2.002.
- b. Es cierto y se desprende sin mayor rigor interpretativo del contenido del audio y video obrante en el expediente del interrogatorio de parte evacuado por el magistrado en audiencia oral aportada a esta acción de tutela, rendido por la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA; que oficializó su unión marital de hecho presuntamente existente desde tiempo atrás por la enfermedad ruinosa y terminal de su empleadora (esclerosis múltiple), con el señor HUGO FERNANDEZ GÓMEZ; a partir del mes de junio de 2.002, es decir dos (2) meses después del deceso de su empleadora señora CLEOTILDE MOLINA DE FERNANDEZ (muerte natural producto de su enfermedad terminal) y fecha en la cual deja de recibir su remuneración mensual por la extinción de la relación laboral entre ella y su empleadora, por sustracción de materia y se trasladan a vivir los dos a un apartamento de propiedad del señor Hugo Fernández Gómez en la Calle 12 C No. 151 – 35 Conjunto residencial San Pablo Interior 7 Apartamento 103 Barrio Cedritos de la ciudad de Bogotá, hasta el mes de julio de 2.012, fecha en que el señor sufre accidente de rotura de cadera y es internado en la Clínica Santa Viviana por su compañera permanente hasta ese momento y con relación oficial, pública y permanente de unión marital de hecho por más de 10 años anteriores a su muerte acaecida seis (6) meses después, el decir el 23 de enero de 2.013.

Si se hubiera hecho una inferencia matemática simple (junio de 2.002 a Julio de 2.012), se habría deducido con prueba técnica que transcurrieron diez (10) años o más de relación marital de hecho libre, espontánea y presuntamente consentida entre el Doctor HUGO FERNANDEZ GÓMEZ y la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA, de acuerdo con el interrogatorio a la parte y los testimonios rendidos en el proceso, así como los documentos de prueba autenticados por el señor HUGO FERNANDEZ GÓMEZ, obrantes en el expediente.

Sostener que no se cumplió por parte del cónyuge supérstite CARMEN ROSA MOLINA MESA, con el requisito de convivencia por lo menos cinco (5) años anteriores a la muerte del causante es habilitar una vía de hecho y desconocer de tajo la prueba de convivencia por más de diez (10) años anteriores a la muerte de HUGO FERNANDEZ GÓMEZ.



Sostener en sentencia que hace tránsito a cosa juzgada que el requisito de la convivencia a la muerte del causante se cumplió por parte de la señora CARMEN ROSA MEDINA MESA, por solo (6) meses anteriores a su deceso, es presumir lo que no se dijo y no saber escuchar y valorar un interrogatorio de parte y las demás pruebas obrantes en el proceso, en virtud de las cuales la señora CARMEN ROSA MOLINA MESA, dice, expresa, sostiene, confiesa bajo la gravedad del juramento que **“NO”** pudo compartir los últimos (6) meses de manera habitual, permanente las veinticuatro (24) horas de todos los días con su compañero HUGO FERNANDEZ GÓMEZ, por el presunto concierto para delinquir montado por su hija MARIA CRISTINA FERNANDEZ y su cuñada ALEXANDRA ESPINOSA, al permitirle hasta octubre de 2.012 asistir a Cota en el día y ser despachada en la noche porque había función de enfermera por seis (6) meses para el cuidado del convaleciente señor Fernández, por quien posteriormente pretendiera ante el Juzgado 15 Laboral acceder a su pensión de sobrevivientes de acuerdo con fallo que se aporta como prueba.

De bulto se observa una apresurada, errada y nada responsable valoración de las pruebas al convertir en una SENTENCIA, una no convivencia de seis (6) meses por imposibilidad sobrevenida producto de una conducta delictual de terceros en una convivencia de seis (6) meses que nunca existieron.

Lo ha sostenido la Honorable Corte Suprema de Justicia, así como la Honorable Corte Constitucional al establecer la manera correcta de interpretar dicho precepto, esto es que el tiempo de convivencia, ya sea de dos o cinco años (dependiente de la fecha del deceso del causante y la norma que estuviera en vigencia para ese momento), debe ser acreditado en época **no inmediatamente anterior al fallecimiento sino en cualquier tiempo**. De esta manera, la prestación económica deberá otorgarse de manera proporcional al tiempo convivido con el fallecido.

Sostener que no existió unión marital de hecho entre los deponentes de la relación sentimental, por más de diez (10) años desborda cualquier análisis y raya la interpretación de la co - existencia de una relación laboral en la arbitrariedad y las vías de facto, al desconocer los principios básicos de valoración de la prueba con aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria, ante elementos y hechos contundentes tales como:

##### **5. UN DERECHO ÚNICO E INDIVISIBLE, INALIENABLE, INEXTINGIBLE E INEMBARGABLE A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES CON SENTENCIAS DE DIFERENTE JURISDICCION OTORGANDO Y NEGANDO CUOTAS PARTES DEL MISMO**

El Doctor **HUGO FERNANDEZ GÓMEZ**, con el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales accedió a un único derecho de gozar de pensión de jubilación o vejez otorgada sobre la base de un derecho único, inobjetable de cumplimiento de edad y tiempo de servicios. El derecho de su cónyuge o compañera permanente CARMEN ROSA MESA MOLINA, de acceder a una sustitución pensional en grado de pensión de sobrevivientes es otorgado en una cuota parte que corresponde a COLPENSIONES, con los mismos hechos objeto de la litis por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 21 de Agosto de 2.018 en alzada por grado de consulta obligatorio y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, profirió fallo negando la pensión de sobrevivientes por la restante cuota parte de un mismo, único e inalienable derecho de pensión sobre los mismos hechos y elementos constitutivos de la unión marital de hecho.

Con lo anterior se pretende que se garantice constitucionalmente y legalmente que a un mismo derecho (derecho a la pensión de sobrevivientes) no se le otorguen efectos jurídicos diversos.



## DERECHO

Fundamentamos la presente acción de conformidad con lo establecido en los artículos 86<sup>5</sup> de la Constitución Política, y 13<sup>6</sup> del Acuerdo de Sala Plena del Consejo de Estado No. 080 del 12 de marzo de 2019 por el cual se expide “*Reglamento Interno del Consejo de Estado*”, La Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005<sup>7</sup> reconoció que la acción de tutela contra providencias judiciales es procedente “*si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad*”, establecidos los mismos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T 587-2017 y demás normas complementarias. El Decreto Ley 2591 de 1991, Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, Decreto 1983 de 2017 regulatorios de la acción de tutela; Sentencia SU 453 de 2.019.

De acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia, la acción de tutela contra sentencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias, de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, la acción de tutela contra providencias judiciales es concebida como un “juicio de validez” y no como un “juicio de corrección” del fallo cuestionado[40], lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado, que dieron origen a la controversia, más aún cuando las partes cuentan con los recursos judiciales, tanto ordinarios como extraordinarios, para combatir las decisiones que estiman arbitrarias o que son incompatibles con la Carta Política. Empero, pueden subsistir casos en que agotados dichos recursos, persiste la arbitrariedad judicial; en esos especiales casos es que se habilita el amparo constitucional.

En desarrollo de esas premisas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-590 de 2005, estableció de forma unánime un conjunto sistematizado de requisitos estrictos, de naturaleza sustancial y procedimental, que deben ser acreditados en cada caso concreto, como presupuestos ineludibles para la protección de los derechos fundamentales afectados por una providencia judicial.

Ellos se dividen en dos grupos: (i) los requisitos generales, que están relacionados con condiciones fácticas y de procedimiento, las cuales buscan hacer compatible dicha procedencia con la eficacia de valores de estirpe constitucional y legal, relacionados con la seguridad jurídica, los efectos de la cosa juzgada, la independencia y autonomía del juez, al igual que la distribución jerárquica de competencias al interior de la rama jurisdiccional; y, (ii) los requisitos específicos, que se refieren a la descripción de los defectos en que puede incurrir una decisión judicial y que la hacen incompatible con la Constitución.

Así, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son los siguientes, siguiendo lo definido por esta Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005:

- a.) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Para la Corte, el juez constitucional no puede estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

<sup>5</sup> Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...)

<sup>6</sup> Artículo 13.- Distribución de los procesos entre las secciones. Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)

Sección Tercera: (...)

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 590 de 08 de junio de 2005.



- 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 ius fundamental irremediable.
- 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.

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.

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. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos en la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida.

Como se dijo anteriormente, los requisitos específicos que habilitan la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales aluden a la configuración de defectos que, por su gravedad, tornan insostenible el fallo cuestionado al ser incompatible con los preceptos constitucionales. Estos defectos son los siguientes:

Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o cuando se presente una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

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.

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. Así, este defecto se configura ante la ausencia de razonamientos que sustenten lo decidido.

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.

Carrera 63 No. 22 - 31 oficina 2-06 – Bogotá Colombia.

Teléfono Cel 3132567570 – 3142238363



[rscojuez@gmail.com](mailto:rscojuez@gmail.com) [gerencia@rysasesorjuridico.com](mailto:gerencia@rysasesorjuridico.com) [mhsuarezg@gmail.com](mailto:mhsuarezg@gmail.com)

Violación directa de la Constitución, que se presenta cuando el operador judicial desconoce un postulado de la Carta Política de 1991, es decir, el valor normativo de los preceptos constitucionales.

En este orden de ideas, los criterios esbozados constituyen un catálogo a partir del cual es posible comprender y justificar a la luz de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

#### Los defectos sustantivo y fáctico

Defecto sustantivo o material se presenta cuando “la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”. De esta manera, la Corte en diversas decisiones ha venido construyendo los distintos supuestos que pueden configurar este defecto, los cuales fueron recogidos sintéticamente en la sentencia SU-649 de 2017, la cual se transcribe en lo pertinente:

“Esta irregularidad en la que incurren los operadores jurídicos se genera, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque: (a) no es pertinente, (b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, (c) es inexistente, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución, (e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador; (ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial; (iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes, (iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición” (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso o (vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto” (negrilla fuera de texto).

En ese sentido, cuando en una providencia judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, “sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial, ésta deja de ser una vía de derecho para convertirse en una vía de hecho, razón por la cual la misma deberá dejarse sin efectos jurídicos, para lo cual la acción de tutela el mecanismo apropiado”. Así las cosas, no se estaría ante una diferencia interpretativa de la norma, sino “ante una decisión carente de fundamento jurídico, dictada según el capricho del operador jurídico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión”.

Y es que, la independencia y la autonomía de los jueces para aplicar e interpretar una norma jurídica en la solución del caso sometido a su estudio no es absoluta, pues la actividad judicial debe desarrollarse dentro del parámetro de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución que pueden afectarse con la indebida interpretación de una norma, con su inaplicación y con la aplicación de un precepto inexistente. Es decir, que dicha actividad debe ceñirse al carácter normativo de la Constitución (artículo 4º de la CP), la obligación de dar eficacia a los derechos fundamentales (artículo 2º superior), de la primacía de

los derechos humanos (artículo 5º de la Constitución), el principio de legalidad contenido en el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 de la CP), y la garantía al acceso a la administración de justicia (artículo 228 Superior).

De lo anterior se desprende que para que la aplicación o interpretación de la norma al caso concreto constituya un defecto sustantivo es preciso que el fallador aplique una norma de una manera manifiestamente errada que desconozca la ley y que deje sin sustento tal decisión o que el funcionario judicial en su labor hermenéutica desconozca o se aparte abierta y arbitrariamente de los lineamientos constitucionales y legales. Quiere ello decir que el juez en forma arbitraria y caprichosa actúa en desconexión del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el defecto sustantivo también puede presentarse cuando las autoridades judiciales desconocen el precedente judicial el cual ha sido definido por esta Corporación 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”.

El juez, en sus decisiones, debe aplicar el precedente de manera obligatoria, siempre y cuando 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 debe resolverse posteriormente”.

La importancia del precedente judicial se sustenta en dos razones principalmente: (i) 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”, y (ii) en el carácter vinculante de las decisiones judiciales ya que el ejercicio del derecho no es una aplicación de consecuencias jurídicas previstas en normas o preceptos generales, de manera mecánica, sino que es “una práctica argumentativa racional”. De tal manera que se le otorga a la sentencia anterior, la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

No obstante lo anterior, “no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto”, por tanto, la Corte Constitucional ha establecido la diferencia entre lo llamado antecedente y precedente jurisprudencial:

“El (...) –antecedente- se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad. (...)

Entretanto, el –precedente-, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.”

Sin embargo, la obligatoriedad de aplicar el precedente judicial no es absoluta dado que el funcionario o autoridad judicial puede válidamente, apartarse de él con base en los principios de independencia y autonomía judicial. Pero, para ello debe “(i) hacer referencia al precedente que va a dejar de aplicar y (ii) ofrecer una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que haga manifiestas las razones por las que se aparta de la regla jurisprudencial previa”. De

tal suerte que, cuando un juez falla apartándose del precedente ya establecido y no cumple con su deber de ofrecer una justificación con las características mencionadas, incurre en la causal específica de procedencia de tutela contra providencia judicial denominada defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, pues con su actuación termina por vulnerar garantías fundamentales de las personas que acudieron a la administración de justicia.

De forma reciente, esta Corporación precisó que el precedente judicial es la figura jurídica que sirve como dispositivo de preservación de la confianza de la ciudadanía en el ordenamiento, pues hace previsibles las consecuencias jurídicas de sus actos a partir de los lineamientos que emiten las Cortes de cierre jurisdiccional de acuerdo con la especialidad. De allí que el desconocimiento de dicho precedente estructure una modalidad de defecto sustantivo, que en sí es diferente a la causal autónoma de desconocimiento del precedente constitucional.

La Corte Constitucional ha sostenido que el defecto fáctico se presenta cuando “resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado (...)”, o cuando “se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia. Así, ha indicado que “el 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, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia (...)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha concluido que en el defecto fáctico se presentan dos dimensiones: “la primera ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnere la Constitución”.

De tal manera, que el señalado vicio se puede manifestar así:

“(i) Omisión por parte del juez en el decreto y práctica de pruebas. La Corte ha considerado que se configura, cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, generando en consecuencia la indebida conducción al proceso “de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido”.

(ii) No valoración del material probatorio allegado al proceso judicial. Esta hipótesis tiene lugar, cuando la autoridad judicial a pesar de que en el respectivo proceso existen elementos probatorios, “omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente”.

(iii) Valoración defectuosa del acervo probatorio. Esta situación tiene lugar, cuando el operador jurídico decide separarse por completo de los hechos debidamente probados, y resuelve a su arbitrio el asunto jurídico puesto a su consideración, o cuando aprecia una prueba allegada al proceso que se encuentra viciada”.

## **PRUEBAS ALLEGADAS**



1. Certificado de existencia y representación legal de la sociedad apoderada R & S ASESORÍA JURIDICA S.A.S.
2. Original del poder debidamente otorgado por la señora Carmen Rosa Molina Mesa (1 folio).
3. Copia del escrito de fecha 5 de julio de 2012 suscrito por el señor Hugo Fernández Gomez (q.e.p.d) en el que manifiesta su voluntad de dejar como beneficiaria a mi poderdante. (1 folio)
4. Copia del Registro Civil de Defunción de la extinta señora Clotilde de las Mercedes Molina de Fernández. (1 folio)
5. Copia de la Cédula de Ciudadanía de mi poderdante. (un folio)
6. Copia de la resolución No. GNR 175393 de fecha 9 de julio de 2013 emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por la cual se NIEGA una pensión de sobreviviente a la señora MARIA ALEXANDRA ESPINOSA PINTO.
7. Copia del fallo resolución No. GNR 175393 de fecha 9 de julio de 2013 emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por la cual se NIEGA una pensión de sobreviviente a la señora MARIA ALEXANDRA ESPINOSA PINTO.
8. Declaración juramentada ante notario y suscrita por la señora Irma Clotilde Fernández de Barrero de fecha 12 de noviembre de 2014. (un folio)
9. Declaración juramentada ante notario y suscrita por el señor Francisco Valbuena Arciniegas de fecha 6 de diciembre de 2016. (dos folios)
10. Declaración juramentada ante notario y suscrita por el señor Javier Lozano Vanegas de fecha 2 de diciembre de 2016. (dos folios)
11. Declaración juramentada ante notario y suscrita por el señor Zabatiel Barrero Farfán de fecha 1 de diciembre de 2016. (un folio)
12. Declaración juramentada ante notario y suscrita por el señor José Isidro Contreras Monroy de fecha 1 de diciembre de 2016. (un folio).
13. Copia de la cédula de ciudadanía y tarjeta profesional de la Abogada apoderada y representante legal de la sociedad R & S ASESORÍA JURÍDICA.
14. Certificado de Antecedentes disciplinarios de la Apoderada.
15. Audio y video de la Audiencia de Interrogatorio a la parte ante H. Magistrado de Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
16. Audio y video de la Audiencia de Juzgamiento Juzgado 15 laboral del Circuito de Bogotá D.C que negó el derecho y concedió recurso de apelación en efecto suspensivo yalzada por grado de consulta ante Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C.

#### **PRUEBAS SOLICITADAS**

1. Se allegue a su despacho Expediente Tribunal Administrativo de Cundinamarca Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho demanda incoada por la señora Carmen





Rosa Molina Mesa contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP.

2. Se allegue a su despacho Expediente Juzgado 15 del Circuito de Bogotá demanda de la señora Carmen Rosa Molina Mesa contra COLPENSIONES con sentencia de alzada ante Tribunal Superior de Distrito Judicial – Sala Laboral.
3. Las que considere el Honorable Consejo de Estado solicitar sean aportadas sobre los hechos y aquellas que de oficio pudiera decretar, para un fallo en derecho.

### NOTIFICACIONES

A la sociedad apoderada **R & S ASESORIA JURÍDICA S.A.S.**, exclusivamente en la Carrera 63 No. 22-31 Oficina 2-06 de la ciudad de Bogotá D.C.

A la sociedad apoderada **R & S ASESORIA JURÍDICA S.A.S.**, en el correo electrónico [gerencia@rysasesorjuridico.com](mailto:gerencia@rysasesorjuridico.com)

A la Dra. MARÍA HELENA SUAREZ GARCIA, Abogada apoderada en el proceso exclusivamente en la Carrera 63 No. 22-31 Oficina 2-06 de la ciudad de Bogotá D.C.

A la Dra. MARÍA HELENA SUAREZ GARCIA, Abogada apoderada en el proceso en el correo electrónico registrado en el Consejo Superior de la Judicatura [mhsuarezg@gmail.com](mailto:mhsuarezg@gmail.com).

Cordialmente,

**MARIA HELENA SUAREZ GARCIA**  
**C.C No. 51.612.208 expedida en Bogotá**  
**Tarjeta Profesional 128.130 del C.S. de la J**  
**Gerente Jurídico y representante legal de R & S ASESORÍA JURÍDICA S.A.S.**  
**Apoderada de la parte ACTORA**

Carrera 63 No. 22 - 31 oficina 2-06 – Bogotá Colombia.  
Teléfono Cel 3132567570 – 3142238363



[rscojuez@gmail.com](mailto:rscojuez@gmail.com) [gerencia@rysasesorjuridico.com](mailto:gerencia@rysasesorjuridico.com) [mhsuarezg@gmail.com](mailto:mhsuarezg@gmail.com)