

TUTELA – Naturaleza subsidiaria / TUTELA – Improcedente para discutir controversias sobre prestaciones sociales / PRESTACIONES SOCIALES – La discusión sobre su legalidad no corresponde al juez de tutela

La solicitud de tutela es improcedente dada la naturaleza subsidiaria de la acción, por cuanto la actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del C.C.A., para discutir la legalidad de la Resolución 36961 de 26 de julio de 2006, por la cual Cajanal reconoció como sustituta de la pensión de Jorge Eliécer Aya Sierra a Gloria Amparo Caballero Calderón. En efecto, conforme al artículo 86 de la Constitución Política y al Decreto 2591 de 1991 [6-1] no puede el juez de tutela, como lo pide la actora, asumir competencia para dirimir una controversia sobre quién es el titular de una prestación social, pues, el ordenamiento jurídico dispone una acción ordinaria y el juez competente para su conocimiento.

Nota de relatoría: Sobre la improcedencia de la acción de tutela para dirimir controversias sobre prestaciones sociales, CE, S4, Rad. AC-01478, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié

Fuente formal: CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 86; DECRETO 2591 DE 1991 ARTICULO 6 NUMERAL 1

JUEZ DE TUTELA – Competencias / JUEZ DE TUTELA – Incompetente para determinar la titularidad de derechos

Corresponde al juez de tutela, para decidir sobre la procedibilidad de la acción, analizar si de los hechos puestos en su conocimiento se evidencia la amenaza o vulneración de un derecho, si éste tiene el carácter de constitucional fundamental, si para el asunto no existe otro mecanismo de defensa y si el accionante **es titular** de dicho derecho. En conclusión, como en el asunto bajo estudio, no existe certeza sobre el derecho que la actora reclama como propio, esto es, la sustitución de la pensión del causante, y, el objeto de la controversia es una prestación social, el juez de tutela no puede asumir la competencia del juez ordinario para determinar a quién corresponde la prestación.

Nota de relatoría: Sobre las competencias del juez de tutela sentencias, CE, S4, Rad. Ac-000879, 2007/10/18, M.P. María Inés Ortiz Barbosa; CE, S2, Rad. AC-00017, 2008/04/01, M.P. Jaime Moreno García

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero Ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-15-000-2008-01277-01 (AC)

Actora: JULIA CÁRDENAS DE AYA

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRO.

Referencia: Impugnación. Fallo.

Procede la Sala a decidir la impugnación formulada por Gloria Amparo Caballero Calderón, en su condición de tercera interesada en la actuación, contra la sentencia de 11 de diciembre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Cuarta - Subsección “A”.

1. ANTECEDENTES

Julia Cárdenas de Aya presentó acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social y Cajanal (Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E.), por cuanto en su sentir, le vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna (fls. 8 a 9).

2. PETICIÓN Y FUNDAMENTOS

La accionante solicitó la protección de los mencionados derechos fundamentales, para lo cual pidió que:

- Se ordenara como mecanismo transitorio a Cajanal reconocerla como sustituta de la pensión de Jorge Eliécer Aya Sierra y, en consecuencia, pagarle dicha prestación, la cual se encuentra suspendida desde el 25 de septiembre de 2006.

- Se conminara al Ministerio de la Protección Social, para que en ejercicio de sus competencias, vigile las actuaciones de Cajanal, entidad que reconoció a Gloria Amparo Caballero Calderón como sustituta de la pensión del aludido causante, sin que tuviera el derecho a ella.

- Se enviara copia de lo decidido en esta actuación a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia (fl. 7).

Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los hechos que se compendian así (fls. 1 a 6):

2.1. El 19 de julio de 1973 la demandante contrajo matrimonio con Jorge Eliécer Aya Sierra, con quien tuvo tres hijos, Luis Fernando, Jorge Isay

y Julia Stella Aya Cárdenas.

2.2. Afirma la accionante que durante la convivencia con su esposo siempre se dedicó al él, a pesar de que éste ingería alcohol y la maltrataba, pues, cumplió con sus deberes matrimoniales.

2.3. Con ocasión de algunas infidelidades del esposo, la pareja convino que aquél se fuera de la casa, empero, él siempre colaboró con los gastos de sostenimiento del hogar; además, frecuentemente regresaba para compartir lecho con la actora.

2.4. Mientras se encontraban separados, Jorge Eliécer Aya conoció a Gloria Amparo Caballero Calderón, con quien sostuvo relaciones extramatrimoniales.

2.5. En 2001, el cónyuge regresó al hogar, aunque la accionante desconocía si continuó la relación extramatrimonial.

2.6. En 2002 la demandante fue detenida, pero aún en lugar de reclusión su esposo siempre la visitaba y apoyaba.

2.7. El 6 de julio de 2005 la actora recibió el beneficio de libertad condicional. Regresó al hogar y reanudó la convivencia con el esposo, aunque permitió que éste tuviera relaciones extramatrimoniales con varias mujeres, entre ellas, Gloria Amparo Caballero Calderón. Igualmente, la demandante se enteró que el cónyuge tenía cáncer.

2.8. El 19 de agosto de 2005 Jorge Eliécer Aya presentó demanda de divorcio contra la actora. El Juez Primero de Familia de Villavicencio, en sentencia de 25 de enero de 2006, decretó el divorcio y declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal. Contra este fallo la actora promovió acción de tutela, pues, consideró que el Juez incurrió en vía de hecho.

2.9. Jorge Eliécer Aya falleció el 9 de marzo de 2006; la actora estuvo con él durante la agonía y al instante del deceso.

2.10. Por Resolución 36961 de 28 de julio de 2006 Cajanal reconoció a Gloria Amparo Caballero Calderón, en su condición de compañera

permanente, como sustituta de la pensión del causante. En el procedimiento que se adelantó ante la Caja la actora no fue vinculada, a pesar de que era cónyuge de aquél.

2.11. Con ocasión de esta injusticia, según la accionante, pidió la revocatoria directa de la mencionada resolución de Cajanal; sin embargo, la entidad tramitó la solicitud como un reconocimiento de sustitución de pensión, que desestimó por Resolución 03549 de 26 de febrero de 2007.

2.12. La accionante formuló revocatoria directa contra el acto anterior, pero, nuevamente, la Caja la tramitó de forma equivocada y por Resolución 43110 de 25 de agosto de 2008 decidió negar las súplicas.

2.13. A juicio de la demandante en el asunto bajo estudio acontecieron las siguientes irregularidades:

- Gloria Amparo Caballero Calderón realizó maniobras fraudulentas para figurar como compañera permanente del *de cujus*.

- Como la apoderada de aquélla fue servidora de Cajanal, logró el reconocimiento de la prestación en un tiempo insólito, únicamente tres meses, cuando lo usual es que en dicha entidad los trámites tarden cerca de dos años.

- La beneficiaria de la aludida pensión concibió una niña inmediatamente falleció Jorge Eliécer Aya, y, sostuvo una relación con el padre de la menor mucho antes de la muerte del causante.

2.14. Debido a estas irregularidades presentó queja a la Procuraduría General de la Nación, quien ha enviado varias comunicaciones a Cajanal; en razón de ello, el pago de la pensión se suspendió el 25 de septiembre de 2006. Además, el Grupo de Seguridad y Asuntos Penales de la Caja realiza una investigación sobre el reconocimiento de la prestación.

2.15. Afirma la actora que se encuentra desempleada, desamparada y padece una enfermedad en el corazón, por lo que tiene un alto riesgo de fallecer.

3. OPOSICIÓN

3.1. La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de la Protección Social solicitó que se declarara improcedente la tutela y que se

desvinculara a la entidad.

Indicó que el Ministerio carece de legitimación en la causa por pasiva, porque aunque Cajanal se encuentra adscrita a la entidad, tiene personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio autónomo, por lo que no puede ejercer ningún tipo de control interno (fls. 92 y 93).

3.2. La apoderada de Gloria Amparo Caballero Calderón, tercera interesada en la actuación, pidió que se negara la tutela por improcedente.

Adujo que su poderdante fue compañera permanente del causante desde enero de 1998 hasta el 6 de marzo de 2006, situación que se corrobora con los dichos de conocidos, compañeros de trabajo y familiares del causante; incluso, tal circunstancia fue debatida dentro del proceso de divorcio que promovió aquél contra la actora.

Explicó que su poderdante reunía los requisitos, conforme a la Ley 797 de 2003, para ser reconocida como sustituta de la pensión del *de cuius*, y, que aportó todos los documentos necesarios para que Cajanal reconociera en su favor la prestación, dentro de los que incluyó copia de la sentencia de divorcio de 25 de enero de 2006.

Sostuvo que después del estudio de la documentación y de acuerdo con la ley, la Caja reconoció la pensión de sobreviviente por Resolución 36961 de 28 de julio de 2006; empero, el pago de la prestación se suspendió desde septiembre del mismo año, con ocasión de investigaciones internas que ha adelantado la aludida entidad.

Alegó que es falso el contenido de las declaraciones juramentadas de Luis Fernando Aya Cárdenas, Jorge Isay Aya Cárdenas, Julia Stella Aya Cárdenas, Beatriz Salguero de Peroza y Amparo de García de Clavijo, las cuales fueron aportadas por la accionante, por lo que pidió que se compulsaran copias a la Fiscalía General de la Nación (fls. 96 a 100).

4. EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Cuarta-Subsección “A”, en sentencia de 11 de diciembre de 2008, tuteló de manera

transitoria los derechos de la actora y ordenó a Cajanal reconocer y pagar la sustitución de la pensión en la cuantía que legalmente resulte.

Advirtió a la actora que debía promover la acción ordinaria para obtener el reconocimiento definitivo de la prestación, dentro de los 4 meses siguientes; e, indicó que el fallo tendría efectos sólo durante este lapso o hasta que el juez competente resolviera sobre el asunto.

Dispuso enviar copia de la actuación a la Procuraduría General de la Nación.

Estimó que existe controversia sobre la condición de Gloria Amparo Caballero Calderón como compañera permanente del causante, que debe ser resuelta por el juez ordinario; no obstante, advirtió que de los medios probatorios allegados al proceso se inferían elementos que desvirtuaban dicha condición.

Consideró que debido a la situación de debilidad manifiesta de la actora, era procedente conceder la tutela como mecanismo transitorio (fls. 111 a 138).

5. IMPUGNACIÓN

La tercera interesada en la actuación impugnó el fallo y solicitó que se dejara sin efecto la Resolución 00187 de 19 de enero de 2009, por medio de la Cajanal dio cumplimiento al fallo del *a quo*.

Indicó que en el expediente de tutela y en la actuación ante Cajanal existen varias declaraciones juramentadas que dan cuenta de la convivencia efectiva con el causante desde 1998 hasta su muerte.

Alegó que a partir de la separación de la actora y el *de cuius* en 1998, éstos nunca volvieron a convivir como pareja, y, que el trato se limitó a la colaboración económica para el sostenimiento de su hogar. Agregó que debido a la pena privativa de la libertad que le impuso a la actora el Juez 12 Penal del Circuito de Bogota, en sentencia de 10 de diciembre de 2002, aquélla no podía convivir con el causante.

Recalcó que el Tribunal incurrió en dos errores, por cuanto desconoció las consecuencias jurídicas de la sentencia de divorcio de 25 de enero de 2006 del Juez Primero de Familia de Villavicencio, la cual cesó los efectos civiles del matrimonio entre la actora y el finado; y, porque no tuvo en cuenta la presunción de legalidad que cobija a los actos de Cajanal que resolvieron sobre la sustitución de la pensión, respectos de los que únicamente el juez contencioso administrativo puede declarar su conformidad con el ordenamiento jurídico.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La procedencia de la acción de tutela, por mandato constitucional (artículo 86 [4] C.P.), está condicionada, entre otras exigencias, a que no se disponga de otro medio de defensa judicial, es decir, se trata de una acción subsidiaria, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otros términos, en virtud de su carácter residual, la tutela no puede ser utilizada para reemplazar las acciones, procedimientos o trámites establecidos para la defensa de los derechos ni siquiera con la excusa de que éstos son demasiado engorrosos o demorados. Si esto no fuera así, desaparecerían todas las acciones judiciales y la de tutela se tornaría en el único medio para controvertir cualquier diferencia.

Además, la acción de tutela se caracteriza por ser personal, esto es, únicamente puede ser interpuesta por quien tenga interés en la protección de su derecho o por su representante (artículo 86 [1] *ibídem*). Así mismo, debe tenerse en cuenta que el procedimiento es preferencial y sumario; el juez está facultado para proteger el derecho de manera efectiva, a través de órdenes que debe cumplir la persona frente a la cual se pide la tutela, no como restablecimiento del derecho, para lo cual existen las acciones correspondientes, sino como mecanismo para la inmediata garantía del derecho; cuando la situación deba resolverse por procedimiento ordinario, la protección que se otorgue mediante la tutela es de naturaleza transitoria; finalmente, si la protección que se solicita tiene que ver con hechos o situaciones cumplidas, consumadas e irreversibles, la acción procedente no es la de tutela sino la de reparación por la vía ordinaria, si a ésta hubiere lugar.

La accionante considera vulnerados los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna, en consecuencia, pide que:

- Se ordene como mecanismo transitorio a Cajanal reconocerla como sustituta de la pensión de Jorge Eliécer Aya Sierra y, en consecuencia, le pague dicha prestación, la cual se encuentra suspendida desde el 25 de septiembre de 2006.

- Se conmine al Ministerio de la Protección Social, para que en ejercicio de sus competencias, vigile las actuaciones de Cajanal, entidad que reconoció a Gloria Amparo Caballero Calderón como sustituta de la pensión del aludido causante, sin que tuviera el derecho a ella.

- Se envié copia de lo decidido en esta actuación a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

Se advierte que en el *sub exámine* la solicitud de tutela es improcedente dada la naturaleza subsidiaria de la acción, por cuanto la actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del C.C.A., para discutir la legalidad de la Resolución 36961 de 26 de julio de 2006, por la cual Cajanal reconoció como sustituta de la pensión de Jorge Eliécer Aya Sierra a Gloria Amparo Caballero Calderón.

En efecto, conforme al artículo 86 de la Constitución Política y al Decreto 2591 de 1991 [6-1] no puede el juez de tutela, como lo pide la actora, asumir competencia para dirimir una controversia sobre quién es el titular de una prestación social, pues, el ordenamiento jurídico dispone una acción ordinaria y el juez competente para su conocimiento¹.

Corresponde al juez de tutela, para decidir sobre la procedibilidad de la acción, analizar si de los hechos puestos en su conocimiento se evidencia la amenaza o vulneración de un derecho, si éste tiene el carácter de constitucional fundamental, si para el asunto no existe otro mecanismo de defensa y si el accionante **es titular** de dicho derecho.

En cuanto a la sentencia del *a quo*, que concedió la tutela como mecanismo transitorio, se precisa que:

¹ En el mismo sentido ver sentencias de 17 de noviembre de 2005. C.P. doctora María Inés Ortiz Barbosa. Exp. 2005-01478, 19 de octubre de 2006. C.P. doctor Juan Ángel Palacio Hincapié. Exp. 2006-1642 y de 7 de febrero de 2008, Exp. 2007-00189-01

- No tuvo en cuenta el fallo de 25 de enero de 2006 del Juez Primero de Familia de Villavicencio, que declaró la cesación de los efectos del matrimonio entre la actora y el causante, y, por contera no analizó si conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993 (modificado por la Ley 797 de 2003 [13]), aquélla podría ser titular del derecho que reclama a través de la presente acción.

- Omitió analizar que en la controversia *sub júdice* no sólo se discute la condición de compañera permanente de Gloria Amparo Caballero Calderón, sino también la convivencia efectiva que la actora alegó tener con el causante antes de su deceso. Además, el Tribunal ignoró que la demandante fue condenada a pena privativa de la libertad de setenta y dos meses de prisión, por el Juez Doce Penal del Circuito de Bogotá en sentencia de 10 de diciembre de 2002; de esta circunstancia se infiere una duda aún mayor sobre dicha convivencia.

En conclusión, como en el asunto bajo estudio, no existe certeza sobre el derecho que la actora reclama como propio, esto es, la sustitución de la pensión del causante, y, el objeto de la controversia es una prestación social, el juez de tutela no puede asumir la competencia del juez ordinario para determinar a quién corresponde la prestación.

De otra parte, por Resoluciones 03549 de 26 de febrero de 2007 y 43110 de 2 de septiembre 2008, Cajanal desestimó el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión a la tutelante, actos que resolvieron concretamente el objeto del *sub lite* y respecto de los cuales se predica la presunción de legalidad (art. 238 de la C.P.).

En consecuencia, conforme al artículo 152 del CCA, la actora también puede solicitar la suspensión provisional de dichos actos, mecanismo idóneo para la protección sus derechos, en el evento que exista una contradicción manifiesta entre aquéllos y las normas superiores y que demuestre de forma sumaria el perjuicio que se le causa.

Por tanto, se revocará la sentencia impugnada y, en su lugar se rechazará la acción de tutela por improcedente.

Finalmente, como la accionante afirma que en el trámite del reconocimiento de la sustitución de la pensión de Jorge Eliécer Aya Sierra hubo irregularidades, y, la tercera interesada en la actuación (beneficiaria de dicha prestación) aduce que el contenido de las declaraciones juramentadas que aportó la demandante es falso, de manera que presuntamente se cometió el delito de falso testimonio, se remitirá copia del expediente a la Fiscalía General de la Nación, para que realice las investigaciones a las que haya lugar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. Revócase la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Cuarta- Subsección “A”, dentro de la acción de tutela de **Julia Cárdenas de Aya** contra el **Ministerio de la Protección Social y Cajanal**.

En su lugar:

Recházase por improcedente.

2. Remítase copia del expediente a la **Fiscalía General de la Nación**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

3. Envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ