

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE SUSTITUCION PENSIONAL O PENSION SUSTITUTIVA-Procedencia excepcional

DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES Y A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Naturaleza jurídica y finalidad/SUSTITUCION PENSIONAL Y PENSION DE SOBREVIVIENTES-Diferencias

La pensión de sobreviviente es la garantía a que tiene derecho el grupo familiar de la persona que fallece siendo afiliada y cotizante del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para reclamar la prestación económica que se causa precisamente por la muerte del afiliado. La sustitución pensional, por su parte, es una de las expresiones del derecho a la seguridad social que se define como una prestación de carácter económico a favor del grupo familiar del pensionado fallecido -por vejez o invalidez-. El fin es que éstos obtengan la protección económica que ya había alcanzado el causante, para que enfrenten el posible desamparo al que pueden estar sometidos por la muerte de la persona de la que dependían económicamente, sin que su dignidad sea afectada.

SUSTITUCION PENSIONAL-Requisitos que deben cumplir los hijos menores de 18 años para ser beneficiarios

SUSTITUCION PENSIONAL O PENSION DE SOBREVIVIENTES-Requisitos que deben cumplir el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite

SUSTITUCION DE ASIGNACION DE RETIRO-Naturaleza jurídica

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE SUSTITUCION PENSIONAL-Orden al Ministerio de Defensa reconocer y pagar sustitución de la pensión de invalidez en forma vitalicia

A la accionante, sujeto de especial protección por padecer VIH Sida, se le vulneraron sus derechos al mínimo vital, a la vida, a la salud y a la seguridad social al negarle el fondo de pensiones la sustitución de la pensión de su difunto esposo, por considerar que no cumplía con el tiempo de convivencia de cinco años con él, pese a que existen declaraciones que permiten demostrar lo contrario.

Referencia: Expediente T-5.770.612

Acción de tutela instaurada por Sol contra el Ministerio de Defensa Nacional.

Magistrado Ponente:

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Aquiles Arrieta Gómez -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de instancia proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹ que confirmó la decisión de primera instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá,² en el sentido en que negó la acción de tutela incoada por Sol contra el Ministerio de Defensa Nacional.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (art 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional³ escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

Aclaración preliminar

Teniendo en cuenta que en la presente acción de tutela se estudiará la situación de la accionante, quien padece VIH SIDA, y que también se hará alusión a la condición particular de dos menores de edad, la Sala encuentra pertinente suprimir su identidad de esta providencia y de todas las actuaciones subsiguientes como una medida de protección a su derecho a la intimidad y a la confidencialidad.⁴ En consecuencia, para efectos de identificarlas y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, ha preferido cambiar los nombres reales por los siguientes nombres ficticios: Sol: actora en la presente acción de tutela, padece VIH SIDA; Arturo: esposo de Sol; Helena y Sara: hijas biológicas de Arturo; Ana: primera esposa de Arturo, madre de Sara y Helena; Santiago: padre biológico de Arturo; Diego: medio hermano de Arturo; y María: esposa de Diego.

1. Solicitud y hechos

La señora Sol, a través de apoderada judicial, instauró el 23 de junio de 2016, acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la vida, a la igualdad y a la seguridad social, al negarle el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la que dice tener derecho, teniendo como argumentos que no cumple con los requisitos legales para ello,⁵ sin tener en cuenta que ella sí cumplió las exigencias consagradas en el literal b, del parágrafo 2, del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004. Funda su solicitud en los siguientes hechos:

1. A su esposo Arturo,⁶ quien estuvo vinculado a las Fuerzas Militares como soldado regular, mediante Resolución N°. 4186 del 30 de noviembre de 2005 le fue reconocida la pensión de invalidez,⁷ a partir del primero de agosto de ese año, tras ser diagnosticado con VIH SIDA.⁸

1. Señala que su cónyuge falleció el 20 de agosto de 2015,⁹ por lo cual solicitó la sustitución pensional a su favor, a través de petición del 4 de septiembre del mismo año; prestación que fue negada por el Ministerio de Defensa Nacional mediante resolución N°. 5589 del 22 de diciembre de 2015, por considerar que no se cumplía el tiempo de convivencia de cinco (5)

años exigido por el literal a parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.¹⁰

1. Contra dicha resolución, la accionante interpuso recurso de reposición, aduciendo que también padece VIH SIDA, con quien convivió por más de 5 años antes de su fallecimiento. Además, aduce la accionante tener a su cargo dos hijas de su fallecido esposo,¹¹ pues la madre de las menores de edad también falleció. No obstante, nuevamente le fue negada la prestación solicitada.¹²

1. Así mismo, refiere que la entidad demandada ni siquiera ha accedido a reconocer la aludida prestación a favor de las hijas del señor Arturo, pese a que son legítimas beneficiarias. Manifiestan que quien debe reclamar el porcentaje de dicha pensión es la progenitora de aquellas, quien falleció el 26 de agosto de 2010, de lo cual tiene conocimiento el Ministerio de Defensa Nacional.

1. En consecuencia, la accionante solicita la protección de sus derechos de manera definitiva o como mecanismo transitorio, dado su especial y delicado estado de salud, y pretende que se le ordene al Ministerio de Defensa Nacional que le reconozca la sustitución pensional.

2. Contestación de la demanda¹³

El Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional manifestó que la presente acción de tutela no es el mecanismo idóneo para debatir aspectos relacionados con el reconocimiento de prestaciones sociales, máxime cuando la accionante no logra acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que permita la intervención del juez constitucional.¹⁴ Aunado a lo anterior, señala que lo pretendido por la actora es controvertir los actos administrativos que le negaron el reconocimiento de la sustitución pensional, los

cuales gozan de presunción de legalidad, por lo que no es la acción de tutela el mecanismo idóneo para dicho fin.

3. Decisión del juez de tutela en primera instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá,¹⁵ mediante sentencia de primera instancia negó la presente acción de tutela, al considerar que la accionante no acreditó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, esto es, la convivencia por más de 5 años con el causante.¹⁶ En efecto, señaló el Tribunal que el escenario adecuado para discutir el presente caso es la jurisdicción laboral o contenciosa administrativa, pues allí se puede desplegar un amplio debate probatorio que determine con precisión si la actora cumple con los requisitos para acceder a la prestación solicitada. Respecto a los derechos que le asisten a las niñas Helena y Sara, a quienes no se les ha pagado la pensión de sobrevivientes reconocida en la Resolución N°.5589 de 2015, como quiera que no se ha presentado a cobrarla su representante legal, se llamó a prevención al accionado, a fin de que realice los trámites pertinentes para determinar quién es el representante legal de las menores. También se comunicó al ICBF para que adopte las medidas de protección de las niñas respecto a su representación.

4. Impugnación

La accionante impugnó la decisión el quince (15) de julio de dos mil dieciséis (2016). Manifestó su inconformismo con la decisión adoptada por cuanto se encuentra en imposibilidad de conseguir un trabajo que le proporcione condiciones dignas de subsistencia a ella y a las menores hijas del acusante, como consecuencia de la enfermedad catastrófica que padece. Además, agrega que inició proceso judicial ante la jurisdicción de familia en aras de obtener la custodia definitiva de las niñas, motivo por el que el juez de tutela debe amparar los derechos de las menores y los de ella de forma transitoria, mientras aquel toma una decisión al respecto, ya que son sujetos de especial protección constitucional que merecen una especial atención del Estado.

5. Decisión del juez de tutela en segunda instancia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁷ profirió sentencia de segunda instancia, confirmando el fallo recurrido. Consideró que la actora debe usar los medios de defensa judicial a su disposición para cuestionar el acto administrativo que le negó la sustitución pensional, que tras haber agotado y despachado adversamente los recursos de ley precedentes para agotar la vía gubernativa, no son otros que las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa. En especial, si se tiene en cuenta que por sentencia del 20 de mayo de 2016 se le concedió el amparo transitorio de su derecho a la salud, ordenándosele a la entidad accionada que asegurara su afiliación al sistema de salud de las Fuerzas Militares hasta que se defina su pretensión pensional. En este caso no se tiene conocimiento de si la situación de la actora constituya un perjuicio irremediable, puesto que se desconoce si se encuentra en condiciones de absoluta imposibilidad de obtener algún ingreso para su subsistencia.

6.1. Mediante auto del dos (2) de diciembre de 2016, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional resolvió ordenar, como medida provisional, a la Dirección General de Sanidad Militar la prórroga por tres (3) meses de la inscripción de la accionante en calidad de beneficiaria al servicio de salud de dicha entidad.¹⁸

6.2. Por escrito del diecisiete (17) de enero de 2017, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional manifestó que se remitió la solicitud a la Dirección competente, y que la accionante actualmente está reportada como beneficiaria activa del SSFM.

6.3. Mediante auto del diecinueve (19) de diciembre de 2016, el Magistrado Sustanciador resolvió requerir a la Dirección de Sanidad Ejército para que enviara copia del certificado de afiliación de la señora Sol, especificando claramente las condiciones en las que se encuentra vinculada y los respectivos documentos que soportan esa condición. Además, requirió al Ministerio de Defensa Nacional que remitiera copia de todos los documentos que sirvieron de sustento a la Resolución 5589 de 22 de diciembre de 2015, que negó el reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva a la señora Sol, y a la Resolución 0814 de 22 de febrero de 2016 que confirma la decisión de la primera.¹⁹

6.4. Finalmente, en escrito del dieciocho (18) de enero de 2017, el Ministerio de Defensa allegó las pruebas solicitadas por la Sala de Revisión.²⁰

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

1. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de esta referencia.

1. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Conforme a este mandato, la tutela tiene naturaleza subsidiaria y se encuentra subordinada a la inexistencia o falta de idoneidad del medio judicial para la protección del derecho vulnerado. Así, no es el mecanismo judicial procedente cuando se reclama el reconocimiento de una prestación económica, como la sustitución pensional, en tanto existen otros medios ordinarios de defensa como la jurisdicción laboral y administrativa, ante las cuales se puede pretender el reconocimiento y amparo de los derechos afectados. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los conflictos jurídicos relacionados con el reconocimiento y pago de pensiones, excepcionalmente pueden ser ventilados a través de la acción de tutela.²¹

El derecho a la sustitución pensional en excepcionalísimos casos puede ser exigido a través de la acción de tutela, como cuando se está en presencia de sujetos con circunstancias especiales de vulnerabilidad, como lo son los adultos mayores, las personas en situación de discapacidad, los niños, las personas de la tercera edad o las que están en condiciones de extrema pobreza, quienes hayan perdido parte considerable de su capacidad de trabajo, y quienes padezcan enfermedades catastróficas,²² entre otros, pues la posibilidad de que ocurra un perjuicio irremediable sobre su salud, mínimo vital y vida digna es inminente. Tratándose de estas personas, es inaceptable someterlas a actuaciones administrativas o judiciales ordinarias para la protección de sus derechos, dado que éstas se tornan ineficaces en razón a que por su dispendioso y lento trámite judicial, no surgen como el medio más adecuado para proteger oportuna y efectivamente las garantías fundamentales de dichos

sujetos. En efecto, de someter a estos individuos a dichos trámites, se podría llegar a comprometer hasta su propia dignidad.²³

Como se indicó en precedencia, esta acción constitucional no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto: la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social. Aunque la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial que en condiciones normales le permitiría ventilar las pretensiones planteadas por vía de tutela en un proceso ordinario, considera la Sala de Revisión que su situación de debilidad manifiesta es evidente, como consecuencia de su estado de salud. Por ello, someterla a una larga espera en la justicia ordinaria para que se resuelvan de fondo sus pretensiones, haría nugatoria la protección efectiva de sus derechos constitucionales, hechos que permiten que se supere favorablemente el requisito de subsidiariedad. Adicionalmente, se cumple con el presupuesto de inmediatez, en la medida que la resolución atacada es del 22 de febrero de 2016 y la presentación de la acción de tutela data del 23 de junio de 2016. Además, la afectación de los derechos de la accionante persiste en el tiempo, por lo que se entienden superado este requisito de procedencia de la tutela. Finalmente, se advierte que la señora Sol está legitimada para interponer la presente acción de tutela debido a que es la titular de los derechos afectados. Lo mismo ocurre con el Ministerio de Defensa, quien se encuentra legitimado para procurar el amparo de los derechos de la accionante, pues a dicha entidad se le atribuye la vulneración de éstos.

2. Problema jurídico

2.1. En consideración a los antecedentes planteados, corresponde a la Sala de Revisión responder el siguiente problema jurídico: ¿el Ministerio de Defensa Nacional vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la vida digna, a la igualdad y a la seguridad social de una persona, al negarle el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de su difunto cónyuge, por no cumplir con el tiempo de convivencia de cinco (5) años con el causante, pese a que existen declaraciones que permiten demostrar lo contrario?

2.2. Para resolver la cuestión planteada, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas analizará: (i) Los presupuestos para acceder al reconocimiento y pago de la sustitución pensional para los

hijos y cónyuge, compañero o compañera permanente; para luego (ii) analizar el caso planteado.

1. La sustitución pensional y los presupuestos para acceder a su reconocimiento y pago a favor de los hijos y cónyuge, compañero o compañera permanente. Reiteración de jurisprudencia.

1. El artículo 48 Constitucional señala que la seguridad social es un servicio público y un derecho de carácter irrenunciable, el cual debe ser prestado por el Estado con fundamento en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.²⁴ Particularmente, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones crea un conjunto de prestaciones asistenciales y económicas que garantizan a la población el amparo contra contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, así como el derecho a la sustitución pensional, a la indemnización sustitutiva y a la pensión de sobrevivientes.

1. Sobre la sustitución pensional, la Corte ha precisado que “el reconocimiento de dicha prestación constituye un derecho fundamental por su estrecha relación con la garantía del mínimo vital”,²⁷ además de la vida digna, puesto que esta prestación le permite a los familiares del pensionado fallecido, satisfacer sus necesidades básicas, las cuales eran suplidas por el causante²⁸. Esto convierte a la sustitución pensional en una garantía cierta, indiscutible, irrenunciable e imprescriptible en cuanto al derecho en sí mismo.²⁹

Esta Corte ha desarrollado una serie de principios que definen el contenido constitucional de la sustitución pensional, como lo son:

“1. El principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante³⁰: según el cual ‘la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del

pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria'.³¹

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual³² 'el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes'³³.

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996 esta Corporación concluyó que³⁴: '(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido' ".³⁵

1. Desde el punto de vista legal, la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, regula la figura de la sustitución pensional y de la pensión de sobrevivientes. Señala, tanto para el régimen de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, los requisitos necesarios para el reconocimiento y pago de esta prestación.³⁶

1. Respecto al cónyuge o a la compañera o compañero permanente supérstite, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 indicó que éste tendrá derecho a la sustitución pensional en forma vitalicia, siempre y cuando, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años

de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; y en forma temporal, tendrá derecho el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión.³⁷

1. En relación con los hijos menores de 18 años, el citado artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 Ley 797 de 2003, dispone que para poder obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es necesario acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) el parentesco con el causante; y ii) ser menor de 18 años. Al respecto, esta Corporación adujo que las citadas condiciones son verificables a través del certificado del registro civil de nacimiento, que es la prueba idónea para acreditar la relación de parentesco entre padres e hijos, comoquiera que dicho documentos goza de presunción y de autenticidad.³⁸

1. En desarrollo del artículo 48 Constitucional, se crearon una serie de regímenes especiales para algunos estamentos de la sociedad que están expuestos a riesgos excepcionales, como lo es la Fuerza Pública. En efecto, mediante la Ley 923 de 2004 se fijó el alcance, objetivos y criterios del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ³⁹ y en el Decreto 4433 de 2004 se consagran los presupuestos para acceder a las diferentes prestaciones que ofrece este sistema especial de seguridad social. ⁴⁰ Particularmente, el artículo 40 del citado decreto señala que ante la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión q

1. ue venía disfrutando el causante. Por su parte, el artículo 11 señala que el orden de destinatarios de la sustitución pensional es el siguiente:

i. La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante;

i. Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante;

i. Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante;

i. Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante; y

i. Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, ni padres, la pensión le corresponderá previa comprobación de que el causante era su único sostén, a los hermanos menores de 18 años o inválidos.

Ahora bien, para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 señala que se aplicarán las siguientes dos reglas: (i) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez 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 inmediatamente anteriores a su muerte. (ii) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior.

1. En conclusión, es claro que el propósito perseguido por el legislador al crear la figura de la sustitución pensional es el de brindar un marco de protección a los familiares del pensionado fallecido, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. El reconocimiento y pago de la sustitución pensional tiene una estrecha relación con los derechos al mínimo vital y a la vida digna, adquiriendo así carácter de fundamental. Por otra parte, se tiene que para el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, la ley ha establecido unas condiciones que deben cumplirse para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite tengan derecho a dicha prestación.

4. A la accionante Sol, sujeto de especial protección por padecer VIH Sida, se le vulneraron sus derechos al mínimo vital, a la vida, a la salud y a la seguridad social al negarle el fondo de pensiones la sustitución de la pensión de su difunto esposo, por considerar que no cumplía con el tiempo de convivencia de cinco años con él, pese a que existen declaraciones que permiten demostrar lo contrario

4.1. De conformidad con el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, “Por medio del cual se fija

el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública”, tienen derecho a la sustitución pensional de la asignación de retiro o pensión por invalidez, los miembros de su grupo familiar cercano. Específicamente, (literales a y b, del párrafo 2, de la misma norma) se dispone la forma en que se ha de suceder la prestación cuando exista cónyuge o compañero(a) permanente.⁴¹ En esta oportunidad, la señora Sol pretendió demostrar el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas legales aplicables, principalmente el relacionado con el tiempo de convivencia mediante declaraciones juramentadas rendidas por ella misma, por el padre y por el medio hermano del difunto, las cuales fueron del siguiente tenor: (i) la señora Sol manifiesta haber convivido con el causante “bajo el vínculo del matrimonio católico compartiendo techo, lecho y mesas desde el mes de Diciembre del año 2010 (...) hasta el día del fallecimiento”.⁴² (ii) Por su parte, los señores Diego y María indican que conocieron de vista y trato al señor Arturo “conocimiento por el cual sabemos y nos consta que convivió en unión libre desde diciembre de 2009 con la señora (...) hasta el 28 de enero de 2012 (sic) posteriormente contrajo matrimonio por rito católico, por lo cual sabemos y nos consta que ella convivió con su esposo desde el día que se conocieron hasta el día en que él falleció el día 20 de agosto de 2015, convivencia que nos consta fue permanente y continua y siempre compartieron el mismo techo, lecho y mesa ininterrumpidamente”.⁴³ (iii) Finalmente, el señor Santiago manifiesta que “conozco de vista trato y comunicación desde hace más de (06) años a los señores Arturo y Sol (...) y por el conocimiento que de ellos tengo me consta que viven en unión marital de hecho hace más de (05) años bajo el mismo techo de forma permanente e ininterrumpida”.⁴⁴

No obstante las tres versiones anteriores, la entidad accionada da por hecho que la señora Sol no acreditó satisfactoriamente los requisitos como cónyuge, al no reunir 5 o más años de convivencia por cuanto en la declaración juramentada No. 3090 ella manifestó que convivió bajo el vínculo del matrimonio católico compartiendo techo, lecho y mesa desde el mes de Diciembre del año 2010 con el señor Arturo (Q.E.P.D), “es decir, cuatro años, ocho meses y veinte días”.⁴⁵ Por otra parte, se alega, que de conformidad con el registro civil de matrimonio, el vínculo existió por un periodo de “tres años, seis meses y veintitrés días, con ello se puede establecer claramente que no alcanza el requisito establecido por el literal a, párrafo 2, artículo 11 del Decreto 4433 de 2004”.⁴⁶

4.2. En ese contexto, la Sala debe establecer si en el caso concreto, la peticionaria cumple los requisitos señalados por el régimen de seguridad social para acceder a la prestación

económica solicitada, es decir, la sustitución de la pensión de invalidez de forma vitalicia. De los elementos probatorios obrantes en el proceso, resulta evidente que (i) la señora Sol y el señor Arturo contrajeron matrimonio el 28 de enero de 2012, (ii) el esposo de la accionante falleció el 20 de agosto de 2015 y, (iii) dependía económicamente de él. Por otra parte, de las declaraciones aportadas, la Sala puede advertir que la convivencia inició con anterioridad a la fecha en que contrajeron matrimonio, y en suma, sería superior a los cinco (5) años requeridos por la norma, lo cual no fue controvertido por el Ministerio demandado.

4.3. De conformidad con lo expuesto y (i) atendiendo las circunstancias particulares que rodean el caso bajo estudio, marcadas por la condición de sujeto de especial protección de la accionante quien, de conformidad con la Carta Política, requiere de un trato preferencial y prioritario al padecer del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH)⁴⁷ y no tener un empleo que le permita generar ingresos para subsistir; (ii) que la entidad demandada no logró en ninguna de las instancias de tutela desvirtuar las declaraciones juramentadas aportadas y, (iii) que la ausencia de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes genera un perjuicio irremediable, que en este caso radica en la afectación al mínimo vital de la peticionaria y de su núcleo familiar, la Sala de Revisión con el fin de proteger los derechos fundamentales invocados acudirá a la presunción de veracidad⁴⁸ para establecer que entre la accionante y el señor Arturo existió una convivencia continua de al menos cinco (5) años hasta la fecha de la muerte de aquél, tal como fue manifestado por los declarantes. Lo anterior como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad accionada, de su carga probatoria. Al respecto, se debe recordar que esta Corporación ha señalado que “un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario”.⁴⁹ Así las cosas, de conformidad con el criterio de valoración probatoria en sede de tutela, la accionante logró demostrar sumariamente el cumplimiento del requisito de convivencia exigido por la ley para acceder a la sustitución pensional, prueba que ni siquiera fue controvertida por la entidad demandada durante el trámite de la acción de tutela, a fin de que esta Sala de Revisión pudiera inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la negación del derecho pensional. En este caso, el estado de salud de la accionante y la amenaza inminente para su vida, conllevan a que el Ministerio demandado en cumplimiento de su deber procesal, tenía que desvirtuar la prueba aportada relacionada con el

cumplimiento del requisito de convivencia exigido por la ley aplicable. Adicionalmente, la aplicación del literal b, párrafo 2, artículo 11 del Decreto 4433 de 2004⁵⁰ en el sentido de reconocer la pensión temporal, implicaría imponerle una condición gravosa y desproporcionada (en este evento la señora Sol recibiría la pensión pero estaría obligada a cotizar para acceder a una propia al vencimiento de la sustitutiva) ya que, dado el estado de salud de la accionante, no está en condiciones de acceder al mercado laboral. Así las cosas, la Sala dará valor probatorio y tendrá por ciertas las afirmaciones contenidas en las declaraciones presentadas que establecen que entre la accionante y el señor Arturo existió una convivencia continua de al menos cinco (5) años hasta la fecha de la muerte de aquél.

5. Conclusión y orden

Para esta Sala de Revisión es clara la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Sol como consecuencia del no reconocimiento de la sustitución de la pensión de invalidez del señor Arturo, ya que en virtud de lo analizado, la peticionaria cumple los requisitos exigidos en la regulación (literal a, del párrafo 2, del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004), para acceder a ella de forma vitalicia, por tener a la fecha de la muerte del causante cinco (5) años de convivencia con él. Por consiguiente, la Sala de Revisión revocará el fallo proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que confirmó la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, de negar el amparo solicitado. En su defecto, concederá la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, a la salud y a la seguridad social de la señora Sol, ordenando el reconocimiento y pago del porcentaje que le corresponde de la sustitución de la pensión de invalidez en forma vitalicia, dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo. Con esta decisión se entenderá garantizado sin interrupciones el servicio de salud que recibe actualmente en la Dirección de Sanidad del Ejército. Finalmente, teniendo en cuenta que (i) mediante Resolución 5589 de diciembre de 2015⁵¹ se reconoció la sustitución de la pensión de invalidez a las hijas biológicas del causante la cual sería cancelada a su representante legal y (ii) que en la actualidad la accionante cuenta con sentencia ejecutoriada mediante la cual se le otorgó la guarda de las niñas, se ordenará al Ministerio de Defensa que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, pague el valor correspondiente al porcentaje de la sustitución de la pensión de invalidez a la señora Sol, actual guardadora de las menores de edad.

6. Decisión

La Sala considera que el Ministerio de Defensa viola los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección (por ejemplo una persona portadora del VIH), al negar el reconocimiento de una sustitución pensional por no cumplir el requisito de convivencia exigido por la ley (tener 5 o más años de convivencia con el causante antes de su muerte), a pesar de (i) conocer su situación particular y (ii) de ser incapaz de establecer la inexistencia del derecho, ante la duda del cumplimiento de dicho requisito.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la decisión proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que confirmó la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, a la salud y a la seguridad social de la señora Sol.

SEGUNDO.-ORDENAR al Ministerio de Defensa que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, reconozca y pague el porcentaje correspondiente a la accionante de la sustitución de la pensión de invalidez en forma vitalicia. Con esta decisión se entenderá garantizado sin interrupciones el servicio de salud que recibe actualmente en la Dirección de Sanidad del Ejército.

TERCERO.- ORDENAR al Ministerio de Defensa que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, pague el valor correspondiente al porcentaje de las hijas biológicas del causante, a la señora Sol, actual guardadora de las menores de edad.

CUARTO.- ORDENAR por Secretaría General a todas las instituciones y entidades que de una u otra manera han intervenido en este proceso, que se encarguen de salvaguardar la intimidad de la accionante y de sus familiares, manteniendo la reserva sobre todos los datos que permitan su identificación.

QUINTO.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través del Juez de tutela de primera

instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Magistrado (e)

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Sentencia proferida por la Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas N°. 1, de la Corte Suprema de Justicia, el dieciocho (18) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

2 Sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el ocho (8) de julio de dos mil dieciséis (2016).

3 Sala de Selección Número Nueve conformada por los magistrados Aquiles Arrieta Gómez y Jorge Iván Palacio Palacio. Auto de selección del veintisiete (27) de septiembre del dos mil dieciséis (2016), notificado el once (11) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

4 En anteriores sentencias, con el fin de salvaguardar el derecho a la intimidad de los respectivos accionantes, la Corte, bien sea por petición expresa de ellos, o porque advirtió la necesidad de resguardar su derecho, tratándose por ejemplo de personas enfermas de VIH SIDA, con orientación sexual diversa, menores de edad, entre otros, consideró oportuno proteger el derecho, limitando la publicación de toda información que fuera del dominio público y que pudiera identificarlos. Al respecto pueden verse las Sentencias SU-256 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa; S.V. Jorge Arango Mejía; A.V. Hernando Herrera Vergara), SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), SU-337 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-810 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-618 de 2000 (MP Alejandro Martínez

Caballero), T-220 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-143 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-349 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil; S.V. Jaime Córdoba Triviño), T-628 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-295 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-868 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-323 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-868 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T- 330 de 2014 (María Victoria Calle Correa), T-513 de 2015 (MP María Victoria Calle Correa; S.P.V Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-412 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), entre otras.

5El literal a, parágrafo 2, del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 consagra que: “En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez 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 inmediatamente anteriores a su muerte (...)”. Por su parte, la Resolución 5589 de 2015 señala: “(...) Una vez analizadas las pruebas aportadas por la señora Sol, se pudo establecer de forma clara que no cumple con el requisito legal, toda vez que en la referida declaración juramentada N°. 3090, manifiesta que ‘(...) conviví bajo el vínculo del matrimonio católico compartiendo techo, lecho y mesa desde el mes de diciembre del año 2010 con el señor Arturo (...)’; es decir, cuatro años, ocho meses y veinte días, y por el contrario, en el Registro Civil de Matrimonio se evidencia que el vínculo matrimonial existió por un periodo de tres años, seis meses y veintitrés días, con ello se puede establecer claramente que no alcanza el requisito establecido por el literal a, parágrafo 2, artículo 11 del Decreto 4433 de 2004”.

6A folio 13 del cuaderno 2 del expediente, consta registro civil de matrimonio celebrado el 28 de enero de 2012, entre los señores Arturo y Sol.

7 De la resolución N°. 4186 del 30 de noviembre de 2005 no se encuentra copia. Es nombrada por el Ministerio de Defensa Nacional en la resolución N°. 5589 del 22 de diciembre de 2015 (folio 14-17 del cuaderno 2 del expediente).

8 A folio 9 y 10 del cuaderno 2 del expediente, aparece el Acta de Junta Médica Laboral N°. 8570 del Ejército Nacional, en la que consta que el señor Arturo padecía VIH.

9 A folio 24 del cuaderno 2 del expediente, consta registro civil de defunción del señor Arturo, quien falleció el 20 de agosto de 2015.

10A folios 14-17 del cuaderno 2 del expediente, se encuentra copia de la resolución N°. 5589 del 22 de diciembre de 2015, por la cual se resuelve la solicitud de sustitución pensional a favor de las menores Sara y Helena, y se decide que no hay lugar a reconocimiento y pago de suma alguna por concepto de sustitución pensional a favor de la señora Sol.

11 A folios 26-27 del cuaderno 2 del expediente, consta registro civil de nacimiento de Sara y Helena, hijas de Ana y Arturo.

12A folios 18-21 del cuaderno 2 del expediente, consta copia de la resolución N°. 0814 del 22 de febrero de 2016, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución N°.5589 de 2015, en el sentido de confirmarla en todas sus partes.

13 A folio 44 del cuaderno 2 del expediente, consta Auto del 27 de junio de 2016, por medio del cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá asumió conocimiento de la acción de tutela interpuesta por Sol contra el Ministerio de Defensa Nacional y vinculó oficiosamente al Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional. Además, les dio un día a las autoridades accionadas para dar respuesta a la solicitud y para que aportaran las pruebas que consideraran necesarias.

14 A folios 65-66 del cuaderno 2 del expediente consta el escrito de contestación del Ministerio de Defensa Nacional, con fecha 6 de julio de 2016.

16En ese sentido, sostuvo el Tribunal que si bien la actora acreditó haber contraído matrimonio con el señor Arturo el 28 de enero de 2012, para el 20 de agosto de 2015 (fecha del fallecimiento), apenas llevaban casados cerca de 3 años y 8 meses. Así mismo, manifestó que si bien la señora Sol aportó declaración extra juicio del 19 de enero de 2016, rendida por conocidos suyos, quienes indicaron que les consta una convivencia desde diciembre de 2009, “al parecer, también existe una declaración previa, rendida por la propia interesada el 2 de septiembre de 2015, donde refiere que convivió con su pareja desde diciembre pero del año 2010”.

17 Sentencia del dieciocho (18) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

18 Auto del 2 de diciembre de 2016 que ordenó: “PRIMERO. ORDENAR como MEDIDA PROVISIONAL a la Dirección General de Sanidad Militar (Carrera 7 N°. 52-48/60 de Bogotá)

para que por medio del Director de Sanidad del Ejército BG ING Germán López Guerrero, o quien haga sus veces, de forma INMEDIATA al recibo de la correspondiente comunicación prorrogue por tres (3) meses la inscripción en calidad de beneficiaria al servicio de salud de la Dirección de Sanidad del Ejército de la señora Sol identificada con cédula de ciudadanía xxxxxx de Bogotá. || SEGUNDO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, COMUNIAR y ALLEGAR copia de la presente providencia a la parte accionante señora Sol en la dirección de notificación calle 3 N°. 18-40 en la ciudad de Bogotá”.

19 Auto del 19 de diciembre de 2016 que ordenó: “PRIMERO. REQUERIR a la Nación –Dirección de Sanidad Ejército BG ING Germán López Guerrero, o a quien haga sus veces, para que dentro del término de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, remita copia del certificado de afiliación de la señora Sol, identificada con cédula de ciudadanía xxxxxxxxxx, donde se especifique claramente, desde el primer momento de su vinculación hasta la actualidad, en qué condiciones se encuentra vinculada y los respectivos documentos que soportan esa condición. || SEGUNDO. REQUERIR al Ministerio de Defensa Nacional para que dentro del término de dos (2) días hábiles remita copia de todos los documentos que sirvieron de sustento para las decisiones de la Resolución 5589 de 22 de diciembre de 2015 que negó el reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva a la señora Sol y la Resolución 0814 de 22 de febrero de 2016 que confirma la decisión de la primera, incluyendo pero no necesariamente limitándose a los siguientes: || a) Declaración extrajudicial juramentada N°. 3090, rendida el 02 de septiembre de 2015 ante la Notaría Tercera del Circuito de Bogotá de la señora Sol; || b) Acta de Declaración Juramentada con fines extraprocesales N° 186 del 19 de enero de 2016 rendida ante la Notaría 50 del Circuito de Bogotá por los señores Diego y María; || c) Acta de Declaración extrajudicial N° 359 de 19 de enero de 2016 rendida ante la Notaría 53 del Circuito de Bogotá por el señor Santiago. || TERCERO. OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la señora Sol a la dirección de notificación XX para que dentro del término de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe si ya inició el proceso de judicial para la designación de guarda o tutor de las menores Helena y Sara. En caso de ser afirmativa la respuesta, remitir copia del estado actual del proceso. En caso de ser negativo, manifestar las razones por las que no ha dado inicio a ese proceso judicial”.

20 El Ministerio de Defensa allegó como pruebas las siguientes: “(i) copia del registro civil de defunción del señor Arturo; (ii) copia de la cédula de ciudadanía del señor Arturo; (iii) copia

del registro civil de matrimonio del señor Arturo con la señora Sol; (iv) copia de la cédula de ciudadanía de la señora Sol; (v) copia del acta de declaración juramentada N°. 3090, rendida por la señora Sol, en la que manifiesta que vivió bajo el vínculo del matrimonio católico con el señor Arturo desde el mes de diciembre del 2010; (vi) copia del registro civil de nacimiento de las niñas Helena y Sara; (vii) copia de la resolución N°. 4186 del 30 de noviembre de 2005, por la cual se reconoció y ordenó el pago de pensión mensual de invalidez al señor Arturo; (viii) copia de la resolución N°. 5589 del 22 de diciembre de 2015 por la cual se niega la sustitución pensional a favor de la señora Sol; (ix) copia del recurso de reposición presentado por la señora Sol contra la resolución N°. 5589 del 22 de diciembre de 2015, en el que manifiesta que el error en las fechas pudo deberse a la premura para radicar los papeles exigidos y también a la poca información recibida sobre los requisitos a acreditar para ser beneficiaria de la sustitución pensional, pues al no haber recibido una instrucción clara, consideró que el solo hecho de su vínculo matrimonial vigente la hacía beneficiaria del reconocimiento de la pensión; (x) copia del acta de declaración juramentada presentada por María y Diego, en la que manifiestan que conocen al señor Arturo y a la señora Sol desde hace más de 20 años y que les consta que convivieron en unión libre desde diciembre de 2009 hasta el 28 de enero de 2012, día en que contrajeron matrimonio y convivieron hasta el 22 de agosto de 2015, fecha en que falleció; (xi) Copia de la declaración juramentada N°. 359 de 2016, presentada por el señor Santiago, en la que manifiesta que el señor Arturo y la señora Sol convivieron por más de 5 años de forma permanente e ininterrumpida; (xii) copia de la resolución N°. 0814 del 22 de febrero de 2016, por la cual se resuelve el recurso de reposición contra la resolución N°. 5589 del 22 de diciembre de 2015; (xiii) copia del acta de audiencia oral de designación de guardador, surtida ante el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá el diez (10) de noviembre de 2016, en la que se resuelve otorgar la guarda de las niñas Helena y Sara a la señora Sol”.

21 En efecto, ésta es procedente cuando: i) no exista otro medio de defensa judicial; ii) cuando existiendo dichas acciones se demuestra que carecen de idoneidad o eficacia de acuerdo con las particularidades del caso; o iii) si se pretende evitar un perjuicio irremediable -aspectos que corresponde evaluar al juez en cada caso-, lo que genera la protección transitoria del derecho, la cual se extenderá hasta que se tome una decisión definitiva por parte del juez ordinario. Al respecto ver Sentencias T-657 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-691 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-971 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1065 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-008 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy

Cabra), T-630 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-692 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-701 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-836 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-129 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-168 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-184 de 2007 (MP Jaime Araujo Rentería), T-236 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-326 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-335 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-593 de 2007 (MP Rodrigo escobar Gil), T-021 de 2010 (MP Humberto Sierra Porto), T-324 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa), T-164 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo; AV Gloria Stella Ortiz Delgado; SPV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

22 Respecto de las personas que padecen VIH/SIDA -patología que ha sido descrita por la Corte como “un mal de inconmensurables proporciones que amenaza la existencia misma del género humano”- este Tribunal ha sostenido que “el derecho no debe permanecer impasible, sino ofrecer fórmulas de solución a quienes la padecen (...)” , pues “debido al carácter de la enfermedad, las autoridades y la sociedad están en la obligación de darle a estas personas protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y su dignidad”. (Sentencia T-417 de 1997. MP Antonio Barrera Carbonell). || Además, ha sostenido que dadas las características catastróficas y nefastas de esta enfermedad, las personas que la sufren requieren una atención reforzada de parte del Estado, quien está obligado a defender su dignidad para que no sean objeto de discriminación. En tal sentido, las autoridades deben brindarles una protección especial y reforzada en asuntos de salud, trabajo y seguridad social a este grupo poblacional, dada la condición de debilidad manifiesta en que se encuentran. Sobre el particular se pronunciaron, entre otras, las sentencias T-482 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), T-271 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero), SU-256 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa; SV Jorge Arango Mejía, AV Hernando Herrera Vergara), T-171 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-523 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-026 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1064 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-550 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-021 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-1042 de 2012 (MP Nilson Elías Pinilla Pinilla; AV Alexei Egor Julio Estrada), T-146 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-428 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-412 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). || Ahora, tratándose de personas con VIH/SIDA que acuden a la acción de tutela para que les sea reconocido su derecho pensional, esta Corte ha señalado que “dadas las características de esta enfermedad, no resulta coherente con un esquema de solidaridad en materia de seguridad social y, por el contrario, resulta desproporcionado exigir a los peticionarios en estas condiciones que

acudan a la justicia ordinaria o contenciosa, motivo por el cual en estos casos no puede admitirse que la protección de sus derechos fundamentales quede supeditada y postergada a la definición de este tipo de litigios”. Sentencia T-452 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez). Esta posición ha sido sostenida, entre otras, en las sentencias T-550 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-860 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T- 1042 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla; AV Alexei Julio Estrada), T-893 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-677 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). || En ese contexto, la Corte Constitucional ha establecido que la solicitud de amparo será procedente si el juez de tutela determina que: “i) el o los beneficiarios del derecho pensional son sujetos de especial protección constitucional; ii) los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos para proteger los derechos presuntamente vulnerados; y iii) existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales si el reconocimiento de la pensión no se hace efectivo como mecanismo transitorio. En caso de constatar la procedibilidad de la acción de tutela, ésta está llamada a prosperar si se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales del accionante o de su núcleo familiar; y, cuando conforme a las pruebas allegadas al proceso, el juez de tutela constata que efectivamente, a pesar de que le asiste al accionante el derecho a la pensión que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria”. Sentencia T-722 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), que reiteró la sentencia T-015 de 2009 (MP Jaime Araujo Rentería).|| A modo de conclusión se tiene que, la Constitución consagra a favor de ciertos grupos poblacionales, entre los que se encuentran las personas que padecen VIH/SIDA, un deber de especial atención y protección por parte del Estado y de la sociedad -dada la situación de vulnerabilidad manifiesta en que se encuentran-, así como el reconocimiento de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para el amparo de sus derechos pensionales, pese a la existencia de cualquier otro mecanismo judicial de defensa, cuando quiera que el reconocimiento y pago de la pensión suponga la protección de un derecho de alcance constitucional, y para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Tales determinaciones se fundamentan en la difícil situación de las personas que padecen VIH/SIDA, quienes deben afrontar además de las graves y delicadas consecuencias en su salud, la segregación, estigmatización y precaria condición económica, derivada de la pérdida o la imposibilidad de acceder a trabajos que le permitan vivir dignamente. Sentencia T-469 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), reiterada en las sentencias T-025 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-667 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

23Sentencia T-456 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería), reiterada en la sentencia T-893 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-467 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

24 La protección otorgada constitucionalmente al derecho a la seguridad social se refuerza con lo consagrado en algunos instrumentos internacionales que reconocen dicha garantía, como lo son: (i) el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”; (ii) el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”; (iii) el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”; (iv) el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.

25A pesar de que la Ley 100 de 1993 utiliza indistintamente los términos pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, esta Corte ha precisado que existen diferencias entre una y otra figura. Al respecto, se puede ver entre otras, las Sentencia T-004 de 2015 (MP

Mauricio González Cuervo), T-073 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo; SPV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-128 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; SPV Alberto Rojas Ríos).

26 La finalidad de la pensión sustitutiva ha sido definida por esta Corte en múltiples sentencias, entre las que se encuentran la T-521 de 1992 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-190 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) T-173 de 1994 (MP Alejandro Martínez caballero), C-482 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), C-1176 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), C-1094 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), C-111 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-1035 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-324 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa), T- 002 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo), y T-090 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Gloria Stella Ortiz Delgado).

27 Sentencia T-124 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterada en las sentencias T-056 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada), T-003 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), T-128 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio, SPV Alberto Rojas Ríos) y T-164 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo, AV Gloria Stella Ortiz Delgado, SPV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

28 Sentencia T-173 de 1994, (MP Alejandro Martínez Caballero). Esta posición fue reiterada en las sentencias T-049 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-236 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-124 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-326 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-018 de 2014 (Luis Guillermo Guerrero Pérez). Sentencia C-1176 de 2001. (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-1094 de 2003. (MP Jaime Córdoba Triviño).

29 El carácter de derecho fundamental ha sido sostenido en las sentencias T-553 de 1994 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-827 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-056 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada), T-003 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo) y T-004 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo).

30 Sentencia C-1035 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño).

31 Sentencia C-002 de 1999 (MP Antonio Barrera Carbonell).

32 Sentencia C-1035 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño).

33 Sentencia T-190 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz). En el mismo sentido ver sentencia T-553 de 1994 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y C-617 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis).

34 Sentencia C-1035 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño).

35 Sentencia C-389 de 1996 (MP Alejandro Martínez caballero).

36 En términos generales, conforme al artículo 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, son beneficiarios de esas prestaciones, en forma excluyente (i) al cónyuge o al compañero o compañera permanente supérstite; (ii) los hijos menores de 18 años; (iii) los hijos mayores de 18, hasta los 25, que estuvieran estudiando y dependieran del causante al momento de su muerte; iv) a los padres del causante y (iii) a sus hermanos inválidos, si dependían de él. Sentencia T-124 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Reiterada en la sentencia T-326 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

37 Sentencia T-090 de 2016 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

38 Sentencia T- 140 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), esta providencia reiteró lo dicho por la sentencia T-354 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

39 Ley 923 de 2004, “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.

40 Decreto 4433 de 2004, “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

41 “Artículo 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden: || 11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del

causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante. || (...) Parágrafo 2°. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas: || a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez 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 inmediatamente anteriores a su muerte; || b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior. (...)”

42 Al respecto, el apoderado de la accionante en escrito de reposición contra la Resolución 5589 de 2015, visible a folios 23 y 24 del cuaderno No. 3 del expediente, señaló que era “importante recordar que si bien el registro civil de matrimonio aportado prueba el hecho del matrimonio eclesial y su posterior registro notarial, también es cierto que el tiempo de convivencia entre los señores [Arturo] (q.e.p.d.) y la señora [Sol], es mayor al expresado en la declaración aportada, error que pudo deberse a la premura para radicar los papeles exigidos y también a la poca información recibida sobre los requisitos a acreditar para ser beneficiaria de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes. || Es claro que al no haber recibido una instrucción clara al respecto la Señora [Sol], consideró que el solo hecho de su vínculo matrimonial vigente la hacía beneficiaria de la sustitución pensional. || Para evidenciar que el tiempo de convivencia entre los cónyuges fue mayor en la realidad al expresado en la declaración aportada, se le ha solicitado al padre y al medio hermano y su cónyuge del causante presentar declaraciones sobre el tiempo real de convivencia. || Se ha buscado que sean familiares del causante y no de personas allegadas a la cónyuge supérstite quienes se manifiesten sobre la realidad de los hechos narrados”.

43 Visible a folio 22 del cuaderno principal del expediente.

44 Visible a folio 23 del cuaderno principal del expediente.

45 Ver a folios 44-46 del cuaderno No. 3 del expediente, la Resolución 5589 de 2015.

46 Ver a folios 44-46 del cuaderno No. 3 del expediente, la Resolución 5589 de 2015.

47 Considerado, tal como se indicó en precedencia, como una enfermedad degenerativa.

48 Al respecto el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 dispone: “Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

49 Sentencia T-702 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

50 Disposición que contempla la posibilidad de acceder a este beneficio de forma temporal, cuando la cónyuge o compañera permanente, a la fecha del deceso, fuera menor de 30 años y no hubiera procreado hijos con el causante.

51 Visible a folios 14 a 18 del cuaderno principal.