

T-076-18

Sentencia T-076/18

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Precedente ha indicado que doctrina de tutela contra providencias judiciales es aplicable a actuaciones administrativas

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES DE CONFORMIDAD CON LAS NORMAS DEL REGIMEN GENERAL DE PENSIONES A LOS SECTORES QUE HACEN PARTE DEL REGIMEN ESPECIAL-Precedente jurisprudencial

DERECHOS PENSIONALES DE LA CONYUGE Y LA COMPAÑERA PERMANENTE-Evolución jurisprudencial

SUSTITUCION PENSIONAL Y PENSION DE SOBREVIVIENTES-Diferencias

SUSTITUCION PENSIONAL Y PENSION DE SOBREVIVIENTES-Finalidad

RECONOCIMIENTO DE LA SUSTITUCION PENSIONAL CONFORME AL ARTICULO 13 DE LA LEY 797 DE 2003-Marco normativo y jurisprudencial

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Procedencia por defectos sustantivo, factico y desconocimiento del precedente, por inaplicación del artículo 13 de la ley 797 de 2003 en solicitud de sustitución pensional de cónyuge supérstite y compañera permanente

SUSTITUCION PENSIONAL-Orden a Secretaría de Educación de la Gobernación de Antioquía reconocer a las accionantes la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite y compañera permanente

Referencia: Expediente T-6.424.568

Asunto: Acción de tutela instaurada por las señoras Adarmenia Díaz Espitia y María Arcangelina Correa Isaza, contra la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, 1º de marzo de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido el 29 de junio de 2017, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín –Sala Primera de Decisión Civil-, que confirmó la decisión del Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, del 10 de mayo de 2017, en el marco de la acción de tutela instaurada por las señoras Adarmenia Díaz Espitia y María Arcangelina Correa Isaza, contra la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia.

I. ANTECEDENTES:

Las señoras Adarmenia Díaz Espitia y María Arcangelina Correa Isaza, promovieron acción de tutela contra la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, al considerar que sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y al debido proceso fueron vulnerados por la accionada al no reconocer la sustitución pensional que les correspondía, con ocasión del fallecimiento del señor Orlando Antonio Ortiz Uribe.

1. Hechos

1.1. Mediante Resolución No. 558 del 30 de octubre de 1992, el Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio –Seccional Antioquia- ordenó el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de jubilación en favor del señor Orlando Antonio Ortiz Uribe, a partir del 4 de noviembre de 1991[1].

1.2. A su vez, mediante Resolución No. 4767 del 8 de marzo de 1993, la extinta Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- reconoció al referido señor una pensión de jubilación, a partir del 3 de noviembre de 1991[2].

1.3. El señor Orlando Antonio Ortiz Uribe, falleció el 30 de agosto de 2014[3].

1.4. El causante contrajo matrimonio con la señora Adarmenia Díaz Espitia el 3 de noviembre de 1962[4], con quien compartió techo, lecho y mesa hasta el 17 de julio de 1990[5].

1.5. A partir del 7 de enero de 1991, el causante decide iniciar convivencia con su compañera María Arcangelina Correa Isaza, unión que se extendió hasta la fecha de fallecimiento de aquel[6].

1.6. Una vez ocurrido el deceso, la cónyuge superviviente y la compañera permanente solicitaron, simultáneamente, ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- y la Subsecretaría Administrativa de la Secretaría de Educación Departamental de Antioquia, la sustitución pensional de las prestaciones que devengaba en vida el de cujus.

1.7. En el marco del trámite mencionado, la UGPP requirió a las accionantes, para que allegaran las respectivas declaraciones juramentadas en las que figuraran los extremos de convivencia de aquellas con el causante[7].

1.8. La UGPP, mediante Resolución No. RDP 011586 del 14 de marzo de 2016, ordenó el reconocimiento de la sustitución pensional a las accionantes, en porcentajes del 46,05% para la señora María Arcangelina Correa Isaza y del 53,95 para la señora Adarmenia Díaz Espitia[8].

1.9. La Subsecretaría Administrativa de la Secretaría de Educación de la Gobernación de Antioquia, mediante Resolución No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016, resolvió negar el reconocimiento de la sustitución pensional al encontrar que “(...) se [presentaba]

controversia en las declaraciones presentadas por las pretendidas beneficiarias, señoras ADARMENIA DIAZ ESPITIA y MARIA ARCANGELINA CORREA ISAZA”[9].

1.10. Contra el acto administrativo referido se presentó recurso de reposición, sin que aquel se resolviera en tiempo, lo que obligó a las solicitantes a presentar acción de tutela con el objeto de que se ordenara a la accionante el reconocimiento de la prestación[10]. Dicha acción le correspondió al Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Medellín, autoridad judicial que, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2016, resolvió tutelar el derecho de petición, ordenando a la accionada resolver el recurso interpuesto[11].

1.11. Luego de iniciado el incidente de desacato correspondiente, la misma dependencia de la Secretaría de Educación de la Gobernación de Antioquia, a través de Resolución No. 2017060042332 del 1 de marzo de 2017, resolvió no reponer la resolución atacada al encontrar que las peticionarias: “(...) [demostraban] su derecho, una [en calidad] de cónyuge supérstite y la otra [en razón de su] convivencia, [por lo que suspendió] el reconocimiento de la sustitución pensional, hasta que la justicia ordinaria [decidiera] a quien de ellas le [otorgaba] el derecho”[12].

1.12. El 28 de abril de 2017, las accionantes instauran una nueva acción de tutela, esta vez solicitando: (i) amparar sus derechos fundamentales a la vida, seguridad social, mínimo vital y debido proceso, (ii) dejar sin efectos legales las resoluciones emitidas por la Secretaría de Educación de la Gobernación de Antioquia, por haber apelado a falsedades al momento de negar el derecho pensional deprecado, (iii) ordenar el reconocimiento de la prestación y (iv) ordenar la compulsa de copias contra el funcionario que emitió los actos administrativos.

2. Trámite procesal y respuesta de los accionados

El Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, mediante Auto del 2 de mayo de 2017, admitió la tutela y, en consecuencia, ordenó notificar a la entidad accionada y vincular a la Fiduprevisora. En el mismo documento, ordenó a la Secretaría Administrativa de la Secretaría de Educación de Antioquia, “(...) rendir un informe detallado referente a los hechos expuestos por la accionante en el escrito de tutela”[13].

3. Actuaciones adelantadas dentro del trámite de tutela

A través de escrito radicado el 4 de mayo de 2017, en la Oficina Judicial de Medellín, la Secretaría de Educación de Antioquia manifiesta que ya dio respuesta de fondo y definitiva a las pretensiones de las accionantes, mediante las resoluciones No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016 y No. 2017060042332 del 1 de marzo de 2017. Reafirma en este punto que los mencionados actos administrativos son claros en indicar que la razón para negar la solicitud obedece a que:

(...) de los documentos aportados (...) se concluye que ha existido controversia respecto a los derechos que les pueda asistir a las peticionarias, la una en calidad de cónyuge y la otra de compañera permanente, argumento con el cual se negó la petición y posteriormente se confirma dicha negación e igualmente se manifiesta que se suspende por parte de la administración el reconocimiento de sustitución pensional a las peticionarias hasta tanto el conflicto sea dirimido por la justicia ordinaria”[14].

4. Contestación de las partes vinculadas

La Fiduprevisora, por su parte, indicó que su función simplemente se reduce a otorgar el visto bueno a los proyectos de resolución que son remitidos desde las Secretarías de Educación, delimitando de la siguiente manera las competencias:

(i) Fiduciaria La Previsora: Administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que tenga como función la expedición de actos administrativos.

(ii) Secretarías de Educación: Tienen como función emitir actos administrativos de reconocimiento y/o negación de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por lo expuesto, solicita se le desvincule, como quiera que no le corresponde emitir el acto administrativo relacionado. Informa que no considera vulnerados los derechos fundamentales de las accionantes, sin argumentar su posición, y pide la declaratoria de la carencia actual de objeto, al considerar que cumplió con su función, pues, revisó los actos administrativos emitidos por la Secretaría de Educación.

5. Sentencia de primera instancia

Aduce el Juez Séptimo Civil del Circuito de Medellín que no se observa, en principio, vulneración del derecho al debido proceso con ocasión de los actos administrativos emitidos por la Secretaría de Educación de Antioquia, por dos razones: (i) porque para la entidad no eran claras las fechas de convivencia entre las accionantes y el causante, situación que debe dirimirse en sede contencioso administrativa; y (ii) la prestación reconocida por la UGPP es de naturaleza completamente distinta a la que pretenden obtener las accionantes por parte de la Secretaría, pues la primera de ellas corresponde a una pensión de sobrevivientes mientras que la segunda se refiere a una pensión sustitutiva de jubilación, “(...) para lo cual se deben cumplir requisitos específicos que no pueden ser asimilados para ambas peticiones”.

Adicionalmente, argumenta que las accionantes no pueden alegar la vulneración del mínimo vital ni la existencia de un perjuicio irremediable, porque en la actualidad cuentan con la sustitución pensional reconocida por la UGPP.

6. Impugnación

En escrito presentado el 17 de mayo de 2017, las accionantes, a través de apoderado, impugnaron el fallo al encontrarse en desacuerdo con los siguientes puntos: (i) nunca, en el expediente aportado, se evidencia controversia alguna entre ellas; (ii) las señoras cuentan con 86 y 70 años respectivamente, lo cual debe hacer más flexible el examen de procedibilidad de la acción; (iii) la documentación exigida para el reconocimiento y pago de la sustitución pensional de la UGPP, así como la solicitada por la Secretaría de Educación para lo propio, es idéntica. Por tal motivo no es de recibo el argumento expresado por el a quo, en el sentido de indicar que los requisitos de aquellas son distintos. Por último, se señala que (iv) los jueces constitucionales son competentes para tutelar el derecho

fundamental al debido proceso, citando para tal efecto jurisprudencia de esta Corporación.

7. Sentencia de Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín –Sala Primera de Decisión Civil-, resolvió confirmar la sentencia impugnada al considerar que las accionantes, quienes cuentan con la prestación reconocida por la UGPP, no se encuentran ante un perjuicio grave e irreparable. Adicionalmente, consideró que aquellas pueden hacer uso de los mecanismos judiciales idóneos para controvertir los actos administrativos que atacan vía tutela, teniendo la posibilidad, además, de solicitar las medidas cautelares previstas en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

8. Pruebas relevantes que obran en el expediente

8.1. Copia de la resolución No. 4767 del 8 de marzo de 1993, emitida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL-, que reconoció una pensión de jubilación al causante.

8.2. Copia de la Resolución No. 558 del 30 de octubre de 1992, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Seccional Antioquia-, reconoció al causante una pensión de jubilación.

8.3. Registro Civil de Defunción del señor Orlando Antonio Ortiz Uribe, con indicativo serial No. 07176361, en el que se establece que aquel falleció el 30 de agosto de 2014[15].

8.4. Registro civil de Matrimonio contraído entre el señor Orlando Antonio Ortiz Uribe y la señora Adarmenia Díaz Espitia, el 3 de noviembre de 1962[16].

8.5. Declaraciones juramentadas rendidas por los señores Nelson Alberto Pérez Guzmán y Hernán Darío Villa Sepúlveda, el 2 de octubre de 2015 ante el Notario Veintitrés del Círculo de Medellín, en las que manifiestan que conocieron al causante de vista, trato y comunicación, por lo que les consta que contrajo matrimonio con Adarmenia Díaz Espitia, de cuya unión nacieron dos hijos mayores de edad y sin discapacidad alguna. Manifiestan que convivió con la citada señora por más de 28 años. Posteriormente, aducen que mantuvo una relación secreta, aproximadamente por 10 años, con la señora María

Arcangelina Correa Isaza, sin referirse a la fecha en que tal convivencia finalizó[17].

8.6. Declaración juramentada rendida por la señora María Arcangelina Correa Isaza, el 22 de octubre del 2015, ante el Notario Catorce de Medellín, en la que afirmó que convivió en calidad de compañera permanente con el causante, desde el año 1991 hasta el día de su fallecimiento[18]. En los mismos términos fue presentada nueva declaración por la referida señora, el 27 de abril de 2017, ante la Notaría Dieciséis de Medellín[19].

8.7. Declaración juramentada rendida por la señora Adarmenia Isabel Ortiz Díaz, el 25 de abril de 2017, ante la Notaría Veintitrés del Círculo de Medellín, en la que manifestó que en su calidad de hija de la señora Adarmenia Díaz Espitia y del causante, le consta que “(...) desde el día tres (3) de noviembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), fecha del matrimonio, convivieron de manera continua bajo el mismo techo, compartiendo mesa y lecho, hasta el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa (1990) época en la cual se produce la separación de hecho.

En el mes de enero de mil novecientos noventa y uno (1991) [se enteraron] que estaba conviviendo con María Arcangelina Correa Isaza, convivencia que duró hasta la muerte de [su] padre”[20]. En los mismos términos fue elevada la declaración juramentada por la señora Olga Amparo Montoya Higueta[21].

8.8. Copia de la Resolución No. RDP 011586 del 14 de marzo de 2016, a través de la cual la UGPP sustituye la prestación en su momento reconocida por CAJANAL al causante[22].

8.9. Copia de la Resolución No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016, a través de la cual la Secretaría de Educación de Antioquia niega el reconocimiento de la sustitución pensional a las accionantes[23].

8.10. Copia del recurso de reposición interpuesto el 10 de agosto de 2016, contra la Resolución No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016[24].

8.11. Copia de la Resolución No. 2017060042332 del 1 de marzo de 2017, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016[25].

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en el artículo 86 y el numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política, en cumplimiento del Auto del 27 de octubre de 2017, emitido por la Sala de Selección No. 10 de esta Corporación.

2. Actuaciones en sede de revisión

Vistos los hechos narrados, los derechos invocados y las pruebas que obran en el expediente, en aras de obtener elementos de juicio que permitieran definir el asunto sujeto a estudio, mediante Auto del 19 de diciembre de 2017 se dispuso que, a través de la Secretaría General de esta Corporación, se librara oficio a las señoras Adarmenia Díaz Espitia y María Arcangelina Correa Isaza, con el fin de establecer las condiciones actuales en que se encuentran en materia económica, de salud y vivienda. A continuación se relaciona la información remitida el día 18 de enero de 2018, recibido en la Secretaría el 19 de enero del corriente.

(i) Información correspondiente a la señora Adarmenia Díaz Espitia:

Vive actualmente con su hija Adriana Ortiz Díaz, quien cuida de ella; con sus nietos Meliza y Camilo Hernández y con su bisnieto Juan Álvarez; todos son dependientes suyos económicamente. Sus ingresos mensuales corresponden a \$2.359.155: percibe \$1.135.435 por concepto de la sustitución pensional reconocida por la UGPP y \$1.223.720 por el reconocimiento pensional propio que en su momento hiciere el Servicio Seccional de Salud de Antioquia.

El monto total de sus egresos mensuales está alrededor de \$2.500.000, debido a que debe incurrir en gastos como medicamentos y pañales que necesita, así como para la manutención de su familia, pues sus nietos son estudiantes.

No posee bienes materiales en propiedad, pues la vivienda que habita pertenece a sus nietos. Está afiliada a la EPS Medimás, donde recibe tratamiento para las enfermedades que le aquejan: HTA diagnosticada hace 30 años y un cuadro demencial[26] que le obliga a ser cuidada permanentemente, sometiéndose, a su vez, a un tratamiento médico especializado.

(ii) Información correspondiente a la señora María Arcangelina Correa Isaza:

Vive actualmente con su hermana Ana Lilia Correa Isaza; dos hijos de aquella, Luis Alberto y Alexander; y un nieto, Luis Alfonso Pava; quienes provienen de Venezuela. Sus ingresos mensuales corresponden a \$4.666.526: percibe \$1.101.389 por concepto de la sustitución pensional reconocida por la UGPP, \$2.485.137 de la pensión de jubilación propia pagada por el Consorcio FOPEP y \$1.080.000, por concepto del arriendo de un apartamento.

Calcula el monto total de sus egresos mensuales en cuantía de \$5.607.735, debido a que debe incurrir en gastos como su medicina prepagada, servicios públicos, telefonía celular, pago de préstamos, salario de empleada doméstica, alimentación básica, impuesto predial de sus dos inmuebles, impuesto vehicular, entre otros.

Aduce contar con dos propiedades, una urbana y otra rural, así como con un vehículo automotor. Informa también que se encuentra activa en COOMEVA y EPS RED VITAL, donde recibe tratamiento a través de medicina prepagada.

Para terminar, informa que su condición económica ha ido en desmedro por cuenta de la repentina convivencia que surgió con sus familiares venezolanos, quienes, para la época en que convivía con el causante, seguían en su país.

3. Delimitación del caso, problema jurídico y aspectos a tratar

El causante, quien era beneficiario de una pensión de jubilación reconocida por el Magisterio y otra por Cajanal, muere el 30 de agosto de 2014. La cónyuge (con separación de hecho y sociedad conyugal no disuelta) y la compañera permanente (quien convivió 23 años con él hasta su muerte), solicitan el reconocimiento y pago de la sustitución de las pensiones referidas.

La UGPP reconoce y paga la sustitución pensional que les corresponde; pero, la Secretaría de Educación de Antioquia niega el derecho aduciendo distintas razones, a saber: (i) mediante la Resolución No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016, informó, al resolver la primera petición, que las accionantes debían acudir a la jurisdicción ordinaria, toda vez que se evidenciaba controversia entre ellas; (ii) posteriormente, al resolver el recurso de

reposición interpuesto, a través de la Resolución No. 2017060042332 del 1 de marzo de 2017, adujo, refiriéndose al caso de la cónyuge, que “(...) si bien no existía divorcio del matrimonio civil, ni nulidad (...), sin embargo, esto [no quería] decir que le [asistiera] el derecho a la sustitución, pues el requisito indispensable para dicho reconocimiento [era] la convivencia hasta el día del fallecimiento del educador” citando, para tal efecto, el artículo sexto del Decreto 1160 de 1989. Ahora bien, en la misma resolución, (iii) se informó a las accionantes, en el párrafo siguiente, que como ambas “[demostraban] su derecho, una [en calidad] de cónyuge supérstite y la otra [en razón de su] convivencia, [se suspendía] el reconocimiento de la sustitución pensional, hasta que la justicia ordinaria [decidiera] a quien de ellas le [otorgaba] el derecho”.

Las señoras presentan acción de tutela con el ánimo de que se protejan sus derechos al mínimo vital y al debido proceso, porque la Secretaría incurrió en una “vía de hecho” al negar el derecho pensional.

Los jueces de instancia, al revisar el caso, optaron por declarar la improcedencia del mismo por la existencia de mecanismos ordinarios de defensa. Además, adujeron que no se demuestra ningún perjuicio irremediable teniendo en cuenta que las accionantes se encuentran percibiendo la pensión de la UGPP.

2.1. Con esta precisión, la Corte Constitucional entrará a resolver si la decisión de la Secretaría de Educación de la Gobernación de Antioquia, relacionada con el no reconocimiento y pago de la sustitución pensional, argumentando razones distintas en las Resoluciones No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016 y No. 2017060042332 del 1 de marzo de 2017, vulnera el derecho al debido proceso administrativo de las accionantes.

2.2. Para abordar el estudio del problema descrito, la Corte: (i) inicialmente, se pronunciará sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos, verificando el cumplimiento de las causales generales; (ii) reiterará el precedente relacionado con el reconocimiento de prestaciones, de conformidad con las normas del régimen general de pensiones, a los sectores que hacen parte del régimen especial; (iii) abordará la posición de la Corte -desarrollada con anterioridad a la expedición de la Ley 797 de 2003- en lo relacionado con la igualdad que cónyuge y compañera permanente tienen para acceder a beneficios prestacionales de esta índole; (iv) hará un

breve resumen del marco normativo y jurisprudencial relacionado con el reconocimiento de la sustitución pensional, en casos como el presente (aplicación del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003); para, con estos elementos, (v) resolver el caso concreto, identificando si la administración incurrió en alguna causal específica de procedencia.

4. Análisis de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos

La acción de tutela no es, en principio, el mecanismo idóneo para atacar actos administrativos que por su propia naturaleza se encuentran amparados por el principio de legalidad, pues se parte del presupuesto de que la administración, al momento de manifestarse a través de un acto, debe acatar las prerrogativas constitucionales y legales a las que se encuentra subordinada.

Ello permite suponer que los funcionarios que sirven en las instituciones del Estado, al ser conocedores de las normas, habrán de ser respetuosos en todo momento de aquellas. De allí que la legalidad de un acto administrativo se presume[27], obligando a quien pretende controvertirlo a demostrar que aquel se apartó, sin justificación alguna, del ordenamiento que regula su expedición; debate que correspondería a la órbita de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que allí se estudiaría la posible anulación del acto, de conformidad con las competencias que se ha dispuesto para tal efecto[28].

No obstante, podría ocurrir que un acto administrativo, emitido por autoridad competente, vulnere principios de orden constitucional como el debido proceso que, por mandato expreso de la Constitución Política, debe aplicarse a “(...) toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (CP art. 29)[29], escenario que plantea la posibilidad de que la acción de tutela sea la institución llamada a ampararlo, en estos eventos.

En punto a tal discusión, la jurisprudencia consideró, en un principio, que la acción de tutela resultaba procedente cuando se observaba de manera manifiesta una actuación arbitraria, que derivaba en una “vía de hecho”[30]. Tal teoría, tuvo una significativa evolución. Al evaluarse caso a caso su configuración, posibilitó el perfeccionamiento del mecanismo frente a decisiones manifiestamente arbitrarias, que podían reunir uno o varios defectos con la aptitud suficiente para justificar la protección de derechos fundamentales de aquellas personas que acudían a la administración de justicia para la solución de sus conflictos. Entre los defectos que convertían la actividad jurisdiccional en una “vía de hecho”, es decir, en

una actuación apartada de todo fundamento legítimo, quebrantadora del orden jurídico vigente y transgresora de los derechos fundamentales de los asociados, la Corte inicialmente identificó aquellos casos donde se evidenciaba (i) la ausencia de fundamento objetivo de la decisión judicial, o bien (ii) que la providencia hubiese sido proferida por un juez que se arrogó prerrogativas no previstas en la ley.

Aunque la doctrina de la “vía de hecho” evolucionó de modo consistente por más de 12 años, la Corte, en la Sentencia C-590 de 2005, decidió dar un giro jurisprudencial para replantear el asunto, determinando que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales solo ocurre en aquellos casos en que se cumplan ciertos requisitos que pueden clasificarse en dos tipos, así: (i) generales de naturaleza procesal; y (ii) específicos de naturaleza sustantiva[31], dada la relevancia de los principios constitucionales que se ponen en juego, esto es: seguridad jurídica, cosa juzgada, independencia judicial, entre otros.

A su vez, ha dispuesto que aquellas mismas reglas se apliquen en los eventos en que se discuta la posible vulneración del debido proceso en el transcurso de la emisión de actos administrativos[32]. Lo anterior porque la procedencia del amparo, tal como ocurre contra providencias judiciales, sería restrictiva, al tener especial cuidado en no obviar principios como: (i) el de buena fe, según el cual debe suponerse un comportamiento leal de las autoridades; o (ii) el de moralidad, relacionado con la rectitud y honestidad de los servidores públicos[33].

De esta manera, las reglas generales de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, de manera resumida y de acuerdo con la postura de esta Corte, serían las siguientes:

“(…) (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial al alcance, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) la observancia del requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela se interponga en un tiempo razonable y proporcionado a la ocurrencia del hecho generador de la vulneración; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo; (v) la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de derechos

fundamentales y de haber sido posible, que los mismos hayan sido alegados en el proceso judicial; y (vi) que no se trate de una tutela contra tutela”[34].

4.1. Examen de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

(i) Relevancia constitucional:

Ha indicado esta Corporación que el juez de tutela no puede estudiar un caso si aquel no tiene la relevancia constitucional necesaria para que ello ocurra, pues, de no imponerse este límite, podría invadirse el campo de acción del juez ordinario y/o administrativo al pretender resolver asuntos de contenido legal[35].

Para determinar si el juez constitucional debe estudiar de fondo el caso o aquel debe ser resuelto por otra vía, es importante tener en cuenta la diferenciación que existe entre las discusiones sobre la legalidad o la constitucionalidad del acto administrativo o sentencia que se ataca.

Sobre el particular, encontramos que el dilema presentado por las accionantes en este contexto, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de una sustitución pensional cuando concurren en tal petición la compañera permanente y la cónyuge -cuyo vínculo se mantiene vigente y la sociedad conyugal no se halla disuelta- versa, en apariencia, sobre una disquisición de contenido legal. No obstante, debe recordarse que casos similares han sido expuestos a constantes escrutinios constitucionales, de carácter abstracto y concreto, ante este Tribunal, en el marco de los cuales se ha delimitado la forma en que la administración ha de proceder, a efectos de reconocer prestaciones económicas, en sintonía con los postulados constitucionales.

El presunto desconocimiento del precedente que esta Corporación ha pretendido cimentar a lo largo de los años, al interpretar a la luz de la norma Superior situaciones como la presente, de manera directa podría comprometer aspectos fundamentales de la Carta y desconocer derechos de antaño.

Uno de aquellos derechos sería el debido proceso cuyo carácter es el de fundamental, como lo ha señalado esta Corporación desde tempranos pronunciamientos[36]. Así pues, aquel implica que “(...) en las actuaciones tanto judiciales como administrativas, [deban ser

respetadas] todas las formas propias de los respectivos procesos por parte de quien imparte o administra justicia, o ejerce funciones públicas”[37].

No hacerlo desconoce su núcleo esencial, y activaría la competencia del juez constitucional en la búsqueda de su amparo siempre que, como se ha dicho, no exista medio judicial disponible o aquel no sea idóneo o eficaz en la resolución del caso, o se esté ante un perjuicio irremediable que sea preciso evitar.

En síntesis, que se plantee la posible vulneración de un derecho fundamental de aplicación directa, como lo es el debido proceso, a través del desconocimiento del precedente de esta Corte, ya supone un escenario constitucional que supera la mera discusión relacionada con la legalidad del acto administrativo.

(ii) El agotamiento de todos los medios de defensa judicial al alcance, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable:

Como se ha observado, la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos exige un mayor análisis y rigurosidad, dado que la persona cuenta con los recursos que la ley otorga para acudir ante la misma administración para elevar sus pretensiones y, adicionalmente, con los mecanismos judiciales creados para tal fin cuando las mismas no fueron acogidas en la vía gubernativa[38].

Por ello, debe tenerse especial cuidado en determinar: (i) si los medios judiciales con que cuenta el peticionario fueron agotados, (ii) si no habiendo hecho uso de aquellos resultan idóneos y eficaces, o, si siéndolo, (iii) la acción de tutela resulta procedente para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Sobre el primer punto, se tiene noticia que, a través de apoderado, las accionantes demandaron los actos administrativos que se atacan por esta vía, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, encontrándose, a la fecha, pendiente su admisión por parte de la autoridad judicial competente; aspecto sobre el que se volverá más adelante[39]. En lo relacionado con el segundo, y en lo tocante con la idoneidad, esta Corporación ha definido que un medio judicial puede ser caracterizado con tal adjetivo cuando, siendo creado por el legislador para dirimir conflictos legales de orden específico, logre resolver el problema jurídico desde su dimensión constitucional[40]. A contrario

sensu, en la Sentencia T-230 de 2013, se indicó que aquel no es idóneo cuando no permite la íntegra solución del conflicto, de allí que deba revisarse las características del procedimiento.

Para caracterizar el mecanismo judicial que sería prima facie idóneo, es preciso referirse, en primer término, a la forma en que la Ley 1437 de 2011 ha delimitado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Allí, en el artículo 138, este fue definido en los términos que siguen:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”[41].

A su vez, el artículo 137 del mismo Código, establece en su segundo inciso las causales por las que procedería la nulidad, así: “(...) cuando [los actos administrativos] hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”.

Sin embargo, aun cuando el medio referido permitiría dilucidar si los actos administrativos vulneraron el debido proceso, lo que hace que el presente caso supere el estudio de legalidad, y su dimensión constitucional adquiera importancia, es la forma en la que el mismo fue resuelto por la entidad accionada, pues al acudir a lo indicado en el Decreto 1160 de 1989 –sin tener en cuenta la declaratoria de nulidad de algunos apartes por el Consejo de Estado–, revivió, por lo menos, una situación que venía siendo superada por la Constitución y por la jurisprudencia de esta Corporación, como es lo relacionado con el

tratamiento diferenciado de las presuntas beneficiarias de forma irracional[42].

De otra parte, en lo relacionado con la eficacia, debe entenderse por aquella: la capacidad del medio judicial para otorgar la debida protección del derecho en términos oportunos[43].

Sobre el particular, encontramos que en el caso concreto no se observa que el medio ordinario resulte eficaz por las siguientes razones:

Como se observó en los párrafos que anteceden, la demanda interpuesta contra los actos administrativos atacados vía tutela, no ha sido admitida a la fecha, aun cuando la presentación de la misma ocurrió el 3 de noviembre de 2017.

Esto supone que, al no haber tenido ocurrencia ni siquiera este primer acto procesal, la tardanza en el trámite y solución definitiva del mencionado proceso podría entorpecer el goce efectivo de los derechos de las accionantes, situación que resulta particularmente relevante y grave si se tienen en cuenta sus condiciones personales, en especial la de la señora Adarmenia Díaz, quien, es mayor de 86 años.

Además, de acuerdo con el material probatorio aportado al proceso, dicha señora debe soportar las cargas económicas de su núcleo familiar -en el que figuran sus nietos estudiantes y una hija que la cuida tiempo completo-, así como también, atender sus propias necesidades, incluyendo los gastos de salud derivados de las enfermedades que le aquejan, como lo son la Hipertensión Arterial que padece desde hace treinta años y un cuadro demencial, progresivo e irreversible de conformidad con el Certificado de Evaluación Psiquiátrica allegado, que le obliga a permanecer bajo supervisión médica constante.

Su edad y las patologías referidas, ponen en duda la posibilidad de que soporte el trámite de un proceso contencioso, en aras de reclamar la prestación que demanda por esta vía.

De otra parte, pero no envolviendo una situación de menor importancia, la señora María Arcangelina, a sus 70 años, también se ha visto expuesta a una variación en su forma de vida, relacionada con la llegada repentina de sus familiares venezolanos, por quienes debe responder económicamente; lo que le representa erogaciones superiores a las que ya venía acostumbrada cuando vivía con el causante y episodios de estrés inusitados que podrían, a su edad, generar complicaciones de diversa índole.

Lo expuesto se suma a que, de acuerdo con lo manifestado en respuesta al Auto del 19 de diciembre de 2017, en los dos casos, los egresos superan los ingresos. Afirmación que no ha sido controvertida y que se halla amparada por el principio de buena fe.

Obligar a las actoras, en ese contexto, a culminar el proceso judicial ya iniciado, (i) las expondría a una situación altamente injusta, en contravía de su dignidad, máxime cuando el reconocimiento pensional es una carga que, desde el principio, debió asumir la administración, sin que exista prima facie razonabilidad en que aquella pueda ser trasladada a un juez de la República; y también, (ii) constituiría un mensaje negativo a la administración al premiar la desidia en que incurrió cuando no fundamentó sus decisiones con argumentos constitucionalmente admisibles -lo mínimo que debe esperarse de aquella en un Estado Social de Derecho-.

(iii) Inmediatez:

Esta Sala encuentra cumplido el requisito de la inmediatez al observar que la Resolución que resuelve el recurso de reposición data del 1 de marzo de 2017 y la tutela fue interpuesta el 28 de abril de 2017, esto es, poco menos de dos meses después de emitido el último acto administrativo que, se presume, vulneró el derecho fundamental al debido proceso.

(iv) No se trata de una irregularidad procesal:

Una irregularidad procesal debe ser de tal entidad que afecte de manera directa un derecho fundamental, según lo dicho por esta Corporación. No obstante, lo que se observa en principio, de conformidad con lo manifestado en la acción de tutela, es que se trata de un defecto fáctico -dada la indebida valoración de las pruebas-, un defecto material o sustantivo y un desconocimiento del precedente de esta Corte.

(v) Los hechos han sido identificados razonablemente:

Se ha sostenido por parte de esta Corporación que, para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales y, por extensión, contra actos administrativos, el actor debe relacionar los hechos que dan origen a aquella, así como los derechos que considera vulnerados. También, es preciso que, de ser posible, esos hechos hayan sido manifestados

por aquel ante las instancias administrativas y judiciales.

Del caso concreto logra extraerse que: (i) los hechos que dan origen a la posible vulneración del derecho han sido expuestos de manera diáfana, identificando los actos administrativos atacados; (ii) el derecho presuntamente vulnerado es el debido proceso y así se extrae de los cargos presentados en la acción de tutela al decir que la Secretaría de Educación incurrió en una falsa motivación cuando denegó las prestaciones solicitadas; y, por último, (iii) se observa que las accionantes, al presentar el recurso de reposición contra la decisión que denegó la prestación, pusieron en su conocimiento las irregularidades que observaron, por lo que este requisito se halla fundado.

(vi) No se trata de tutela contra tutela:

Como se desprende de la lectura de los hechos, la presente acción no se instaura contra tutela alguna.

4.2. Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos -Reiteración de Jurisprudencia

Recientemente, en la Sentencia T-559 de 2015, la Corte reiteró la delimitación de las causales especiales de procedibilidad, de acuerdo con lo previsto en la C-590 de 2005, pero adaptándolas a contextos donde lo que se discute es la posible existencia de un acto administrativo arbitrario. Este ejercicio metodológico permite estudiar casos como el presente en el que se atacan dos resoluciones emitidas por autoridad administrativa competente, sin que se pueda entender que el análisis de estas causales deba proceder con el mismo rigor que cabe cuando se trata de acciones de tutela interpuestas contra sentencias proferidas en el marco de la actividad jurisdiccional. Ello en el entendido que los actos administrativos, aun cuando están sometidos a las reglas del debido proceso, entre otros aspectos, no tienen efectos de cosa juzgada como ocurre en el caso de las providencias judiciales.

Hecha esta aclaración, la Corte ha expuesto que cuando se pretenda proteger, vía tutela, el derecho al debido proceso ante la manifestación de una autoridad administrativa que presuntamente lo haya conculcado, las causales de afectación[44] que han de verificarse, serán las siguientes:

“Defecto orgánico, que se estructura cuando la autoridad administrativa que profiere el acto objeto de reproche constitucional carecía absolutamente de competencia para expedirlo (...).

Defecto procedimental absoluto, el cual se predica de la actuación administrativa, cuando ha sido tramitada completamente al margen del procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico (...).

Defecto fáctico, que se demuestra cuando la autoridad administrativa ha adoptado la decisión bajo el absoluto desconocimiento de los hechos demostrados dentro de la actuación. Este defecto (...) tiene naturaleza cualificada, puesto que para su estructuración no basta plantear una diferencia de criterio interpretativo respecto a la valoración probatoria que lleva a cabo el funcionario, sino que debe demostrarse la ausencia de vínculo entre los hechos probados y la decisión adoptada. Además, el error debe ser de tal magnitud que resulte dirimente en el sentido del acto administrativo, de modo que de no haber ocurrido, el acto hubiera tenido un sentido opuesto al adoptado.

Defecto material o sustantivo, el cual concurre cuando la autoridad administrativa profiere el acto a partir de la aplicación de normas inexistentes, inconstitucionales, declaradas ilegales por la jurisdicción contenciosa o abiertamente inaplicables para el caso concreto. La jurisprudencia también ha contemplado que la interpretación irrazonable de las reglas jurídicas es una causal de estructuración de defecto sustantivo, evento en el que se exige una radical oposición entre la comprensión comúnmente aceptada del precepto y su aplicación por parte de la autoridad administrativa, situación que encuadra en lo que la doctrina define como interpretación contra legem.

Error inducido o vía de hecho por consecuencia, defecto que se predica cuando la autoridad administrativa adopta una decisión contraria a los derechos fundamentales de las partes interesadas, debido a la actuación engañosa por parte de un tercero.

Falta de motivación, que corresponde a los actos administrativos que no hacen expresas las razones fácticas y jurídicas que le sirven de soporte. (...)

Desconocimiento del precedente constitucional vinculante, defecto que ocurre cuando la autoridad administrativa obra, de forma injustificada, en contravía del contenido y alcance

de los derechos fundamentales que ha realizado, con efectos obligatorios, la Corte Constitucional.

Violación directa de la Constitución, lo que se predica del acto administrativo que desconoce, de forma específica, normas de la Carta Política (...)”[45].

En el presente caso se advierte que la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, resolvió negar el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a las accionantes, señalando para tal efecto la existencia de una controversia entre ellas. Con posterioridad, cuando resolvió el recurso de reposición interpuesto, consideró dejar en firme la Resolución atacada basándose en lo estipulado por el Decreto 1160 de 1989.

Así las cosas, las actoras, de acuerdo con la lectura de los cargos por ellas formulados, consideran que la entidad accionada: (i) valoró en forma indebida el acervo probatorio cuando estudió el caso; (ii) no acogió el criterio expuesto por esta Corporación en el sentido de aplicar, a casos como el presente, lo dispuesto en la Ley 797 de 2003; y (iii) para fundamentar su decisión apeló a una norma derogada.

De esta manera, la Sala entenderá que las tres situaciones fácticas alegadas por las accionantes, se encuentran enmarcadas, en su orden, en las siguientes causales específicas de procedibilidad desarrolladas por la jurisprudencia constitucional: un defecto fáctico, un desconocimiento del precedente y, por último, un defecto sustantivo.

Esta asimilación encuentra asidero en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial y en la lectura de los cargos formulados, según la cual, en el presente caso es dable concluir que cuando las accionantes exponen las razones por las cuales acuden a esta vía, relacionan elementos de la esencia de las tres causales referidas y con ello están acudiendo directamente a ellas, aun cuando no las nombren de manera categórica en los mismos términos en que lo ha hecho la Corte.

5. Precedente relacionado con el reconocimiento y pago de prestaciones de conformidad con las normas del régimen general de pensiones a los sectores que hacen parte del régimen especial

En lo relacionado con las sustituciones pensionales, entendió la entidad accionada que para

quienes se hallan afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debía aplicarse el Decreto 1160 de 1989, que en sus artículos sexto y séptimo establecía quiénes debían ser beneficiarios de aquella prestación, a saber:

“Artículo sexto: “1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge:

a) Por muerte real o presunta;

b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;

c) Por divorcio del matrimonio civil.

2. A los hijos menores de 18 años, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.

3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales o adoptantes del causante, que dependan económicamente de éste.

4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente hijos y padres con derecho, a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante hasta cuando cese la invalidez.

Parágrafo- Los órdenes de sustitución consagrados en el presente artículo, se aplicarán a la pensión especial establecida en el artículo 1o. de la Ley 126 de 1985 en favor de los beneficiarios de los funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, conforme al artículo 4 de la Ley 71 de 1988”.

Artículo Séptimo: “El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado

éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrará con prueba sumaria.

El cónyuge sobreviviente pierde el derecho de la sustitución pensional que esté disfrutando, cuando contraiga nupcias o haga vida marital”.

No obstante, debe destacarse que mediante Sentencia del 8 de julio de 1993[46], el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda-, declaró la nulidad de la expresión “(...) cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos” contenida en el primer inciso del artículo séptimo de la norma mencionada. A su vez, esa misma autoridad, mediante Sentencia del 12 de octubre de 2006[47], también decretó la nulidad del numeral primero del artículo sexto, que a la letra establecía: “(...) y, a falta de éste...Se entiende que falta el cónyuge: a) por muerte real o presunta; b) por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico, y c) por divorcio del matrimonio civil”; así como de la totalidad del artículo séptimo.

Tal norma, adicionalmente fue derogada por la Ley 1574 de 2012 en lo que tiene que ver con la condición de estudiante del hijo beneficiario, pero, en su momento, mantuvo la vigencia íntegra de sus demás preceptos, en virtud del inciso segundo (2º), del artículo 279, de la Ley 100 de 1993. Allí se preveía que el Sistema General de Seguridad Social no debía aplicarse a los miembros del Magisterio, refiriéndose al asunto en los siguientes términos:

“Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”.

Excepción que se hallaba fundada en la necesidad de respetar los derechos adquiridos de aquellos trabajadores en el sector pensional, lo que fue reconocido y avalado por esta Corporación mediante Sentencia C-461 de 1995, siempre que “(...) su aplicación no [vulnerara] el principio de igualdad”.

A esa conclusión arribó esta Corte cuando observó dos escenarios posibles: (i) la existencia

del régimen exceptuado es legítima y razonable al beneficiar a los trabajadores que cubre, en relación con la generalidad de la población, pero (ii) aquella razonabilidad se diluye cuando, existiendo el régimen exceptuado, las normas aplicables a la generalidad de la población resultan más favorables (como aquellas contenidas en la Ley 100 de 1993 o en la Ley 797 de 2003)[48].

“Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que pueda concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente”[49]

Que en casos especiales pueda reconocerse un beneficio pensional con base en lo estatuido por las normas que regulan el régimen general de pensiones, encuentra sustento en que la Constitución no planteó diferenciaciones entre los pensionados. Lo que sí prescribió, fue una protección mucho más sólida a quienes se encontraban en la tercera edad y por ello eran excluidos del mundo laboral[50].

Así las cosas, en cada caso concreto debe evaluarse si resulta más favorable al peticionario el estudio del reconocimiento pensional con las reglas del régimen especial o con las del general, y así lo han hecho en reiteradas oportunidades esta Corporación y el Consejo de Estado. He aquí algunos ejemplos:

a) En aquellos casos en que la administración negaba sustituciones pensionales fundándose en el Decreto 224 de 1972, artículo séptimo[51], se ha preferido ordenar el reconocimiento pensional en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, que exigía del afiliado que fallece dos posibilidades: (i) que al momento de la muerte se encontrara cotizando al sistema y tuviese por lo menos 26 semanas y (ii) que no figurando como activo cotizante, haya aportado cuando menos 26

semanas en el año anterior del fallecimiento[52].

b) Cuando se niegan prestaciones a determinadas personas porque no se encuentran enlistadas en la norma que regula el régimen especial. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado ha determinado que es preciso acudir a las normas que regulan el régimen general cuando se pretenda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes regulada en el Decreto 224 de 1972, ya citado, por cuanto aquel solo incluye como beneficiarios al cónyuge y a los hijos menores de edad, cuando el primero incluye, además, a los padres y hermanos en condición de invalidez[53].

c) En un caso similar al que nos convoca, la administración reconoció el 100% de una sustitución pensional a la cónyuge del causante, desconociendo cualquier derecho que le llegare a corresponder a la compañera permanente, al aplicar en estricto sentido el numeral primero del artículo sexto del Decreto 1160 de 1989, que disponía reconocer la sustitución pensional “(...) en forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente”. El Consejo de Estado, luego de hacer un análisis del concepto “familia” a la luz de los postulados constitucionales, consideró que no había justicia alguna en privar a la compañera permanente de la proporción prestacional porque, hacerlo, desnaturalizaba los objetivos para los cuales fue creada la pensión de sobrevivientes[54].

6. Breve análisis de la evolución jurisprudencial respecto a los derechos pensionales de la cónyuge y la compañera permanente

Amplia ha sido la jurisprudencia en lo que tiene que ver con el tratamiento igualitario que debe prodigársele a la cónyuge y a la compañera permanente, en asuntos pensionales, especialmente cuando aquellas se presentan a reclamar el derecho prestacional como presuntas beneficiarias. Así, previo a la promulgación de la Ley 797 de 2003, esta Corporación ya había establecido algunas pautas sobre el asunto, incluso, desde tempranos pronunciamientos.

Se había manifestado, por ejemplo, en la Sentencia T – 190 de 1993[55], que el principio de igualdad aplica entre cónyuges y compañeras permanentes porque “(...) siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio”. A su vez, la Corte expresó en el mencionado fallo que existe razonabilidad en el hecho de que, al

momento de definir los beneficiarios de la prestación, el legislador haya acogido el criterio material, relacionado con la convivencia efectiva al momento de la muerte del causante, y no solo el formal, relacionado con el matrimonio[56].

Lo dicho conduce a que “(...) [t]odas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico [establece] a favor de las personas unidas en matrimonio [sean] aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de dicho vínculo formal”[57]. Incluso, aquel postulado ha de ser aplicado sin que sea imprescindible la existencia de un desarrollo legal que así lo establezca. Sobre el punto, en la Sentencia T - 018 de 1997[58], hablando del artículo 42 de la Constitución Política, se dijo que: “(...) [e]n efecto, como tal norma consagra la igualdad constitucional entre las familias constituidas por vínculos jurídicos o naturales, los derechos que se originen en uniones de hecho (...), pueden ser alegados sin que para ello sea imprescindible un elaborado desarrollo legal”.

Ahora bien, una vez reconocida la igualdad de trato para las instituciones del matrimonio y la unión marital de hecho, esta Corporación llegó a afirmar, en ese primer desarrollo jurisprudencial, que podría darse el caso en que el derecho de la compañera permanente primara sobre el de la cónyuge al comprobarse que (i) en la vida de casados, no se observara “convivencia, apoyo y soporte mutuo” y (ii) tal situación sí se hubiese dado con la compañera permanente. De igual forma, estableció que si esta última, no lograba demostrar tal convivencia en los dos últimos años de vida del causante[59], tampoco podría acceder al derecho, precisamente porque no se encontraría acreditada la existencia de una “familia”, fin último que pretendía proteger la sustitución pensional[60].

En la Sentencia T - 566 de 1998[61], esta Corte concluyó que la demostración de esa convivencia con el causante en sus últimos años de vida, derivaba de dos premisas fundamentales: “(...) por un lado, de la norma constitucional que define que la familia se puede crear por vínculos naturales o jurídicos y que sus dos modalidades de creación merecen idéntica protección, y, por el otro, del objetivo que persigue la pensión de sobreviviente, cual es el garantizarle al cónyuge o compañero supérstite los recursos necesarios para mantener un nivel de vida similar al que tenía antes de la muerte del conviviente que gozaba de una pensión”. Así se observa que, en esos primeros años de jurisprudencia, fue amplio el valor que se le dio a la convivencia real entre el causante y la

presunta beneficiaria de la prestación. A tal punto que este criterio fue asumido como el determinante al momento de resolver posibles conflictos que surgieran entre peticionarios[62].

Para aquella Corte, que se exigiera una convivencia mínima con el causante, obedecía a dos razones principalmente: la primera, a la protección de la familia, como ya se ha dicho; y la segunda, a la protección del patrimonio, (...) de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez"[63].

De allí que el legislador, en el marco de su libertad, y respetando siempre los principios constitucionales, tenga la potestad de definir los tiempos de la convivencia y así perseguir la finalidad señalada.

Esta igualdad en materia pensional de que gozan la cónyuge y la compañera permanente, permitió abrir campo a la regulación de la situación particular en la que, existiendo un vínculo jurídico con la primera, pueda presentarse una separación de hecho y, a su vez, la presencia de la convivencia con una compañera permanente.

Situación que ya planteaba un problema constitucional si se asume que la sustitución pensional pretende la protección de la familia, pues matrimonio y unión marital de hecho subsistirían al tiempo en ese caso, y por ello no sería posible negar la prestación a la cónyuge cuando el vínculo con ella sigue vigente y, por lo tanto, subsisten obligaciones como las relacionadas con los alimentos y la ayuda mutua, pero tampoco lo sería, negar el derecho a la compañera permanente, pues, la convivencia real y efectiva debe valorarse preeminentemente.

En conclusión, es así como la jurisprudencia constitucional, al afirmar que la cónyuge y la compañera permanente estaban amparadas por el principio de igualdad, dio los primeros pasos para que el legislador, precisamente evitando cualquier superposición de la una frente a la otra, redactara la Ley 797 de 2003, en el sentido en que se expondrá en el capítulo que sigue.

7. Marco normativo y Jurisprudencial relacionado con el reconocimiento de la sustitución

pensional, en casos como el presente. (Aplicación literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003)

Lo primero que debe manifestarse es que, contrario a lo expresado por el a quo -en lo que tiene que ver con la calidad de beneficiarios-, la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional no deben cumplir requisitos distintos para que la administración proceda a estudiar su posible reconocimiento. La diferencia de estas dos instituciones radica en que, la primera de ellas, constituye un beneficio que se otorga a los familiares del fallecido, siempre que este último, sin haberse pensionado por vejez o invalidez, haya cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones un número mínimo requerido de semanas (que según la Ley 797 de 2003, serían 50 en los tres años previos al deceso)[64]. La segunda prestación, tiene las características de una transmisión, pues, la entidad administradora de pensiones, debió reconocer y pagar una pensión de vejez o invalidez al causante y aquella es la que se traslada a sus beneficiarios, en la misma cuantía, monto e incrementos que la pensión que devengaba aquel[65].

En cualquier caso, sea cual sea la naturaleza de esta prestación (sustitución o pensión de sobrevivientes) su finalidad es la de proteger a la familia del de cuius, de los efectos adversos que, en materia económica y emocional, trae aparejada su muerte. Así, esta Corporación ha entendido que esa finalidad se halla fundada en principios constitucionales como el “(...) de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados”[66], a través del cual se evidencia la injusticia que devendría en dejar a la parte sobreviviente, soportar “las cargas materiales y espirituales”[67] en soledad. De allí que no cualquier familiar se hace merecedor de este reconocimiento prestacional, pues, es el afecto existente entre causante y beneficiarios, nacido de la cercanía y de la existencia de relaciones sólidas y duraderas, el que da pie a que aquel se produzca.

Y es en este punto donde el principio de solidaridad se manifiesta: invitando a pensar, que quien se ve desprotegido repentinamente por el fallecimiento de persona alguna, merece la protección del Estado para lograr su plena realización (no solo económica).

Sobre esta base teleológica es que la normatividad estableció quiénes podrían tener acceso a la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional. Para lo cual, la Ley 797 de 2003, en su artículo 13, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, refiriéndose al asunto,

decretó que tienen derecho, entre otros: (i) la cónyuge o compañera, que teniendo más de 30 años, haya convivido con el causante por lo menos los últimos 5 años de vida de aquel, (ii) la cónyuge o compañera permanente, de manera temporal, siempre que tenga menos de 30 años de edad, (iii) en caso de convivencia simultánea durante los últimos 5 años, el derecho les corresponderá a la compañera permanente y a la cónyuge a prorrata[68], y (iv) al no existir convivencia simultánea, pero sí unión conyugal con separación de hecho y convivencia con compañera permanente, a aquellas les corresponderá una proporción de la prestación de conformidad con el tiempo de convivencia que hayan tenido con el causante, siempre que la última haya convivido con éste por más de 5 años con anterioridad a su muerte; situación establecida por el legislador por varias razones:

(i) Porque la institución del matrimonio y la de la unión marital de hecho tienen diferencias sustanciales, sin que por ello sea posible concluir discriminación alguna[69]. Quizá la diferencia sustancial de mayor entidad podría ser que el matrimonio tiene un origen contractual y vincula jurídicamente a las partes, contrato que no se da en la unión marital de hecho, lo que quiere decir que, en las dos instancias, aun cuando la cohabitación se da de forma análoga, la primera de ellas exige una ritualidad adicional, cual es la de contratar con la pareja la comunidad[70].

(ii) Porque, en lo relacionado con el régimen patrimonial de los cónyuges y/o compañeros permanentes, esta Corte ha manifestado que las diferencias que se puedan encontrar en la regulación de estas dos instituciones[71], obedece al distinto carácter de aquellas. No obstante, tales diferencias se hallan fundamentadas en criterios razonables y dependen directamente de la forma en que la pareja define las formas de la convivencia, sean estas el matrimonio o la unión marital de hecho.

(iii) Porque, y en esto el legislador puso especial atención al momento de redactar la Ley 797 de 2003, las consecuencias que trae aparejadas la figura de la separación de cuerpos en el matrimonio, que, pudiendo ser judicial o de hecho, son distintas en cada caso, así: (i) en el primer evento, se disuelve la sociedad conyugal[72], (ii) en el segundo, no ocurre tal[73].

El hecho de que no se disuelva una sociedad conyugal al momento en que se produzca una separación de hecho, hace que jurídicamente sea imposible el reconocimiento de una

sociedad patrimonial cuando se inicie una nueva convivencia con otra persona. Con ello se pretende “(...) evitar la coexistencia de sociedades universales y la confusión de patrimonios”[74].

(iv) Por último, esta Corporación ha aceptado la tesis, también sustentada por la Corte Suprema de Justicia, en la que se establece que el legislador, en el marco de la libertad de que dispone para regular la materia, le era permitido establecer que una persona que, no conviviendo con el causante los últimos años de su vida, pero con quien este último mantenía una sociedad conyugal vigente derivada de la separación de hecho, fuere una de las posibles beneficiarias de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional.

Así, en las Sentencias T-090 de 2016 y T - 015 de 2017, esta Corte acogió la tesis expuesta por la Sala Laboral de ese Alto Tribunal, autoridad que interpretó la medida adoptada por el legislador, de la siguiente manera: la condición exigida para el reconocimiento pensional a la compañera permanente es que haya convivido, cuando menos, los 5 últimos años con el causante, requisito que no puede exigirse a la cónyuge, de quien el causante se separó de hecho, precisamente porque la institución de la separación implica la no continuidad en la convivencia. Empero, justamente para cumplir con la finalidad de la norma, que es la de otorgar el beneficio pensional a quien demuestre la convivencia efectiva, la cónyuge en ese caso debe comprobar que convivió al menos 5 años con el causante, en cualquier tiempo[75].

En síntesis, tanto la Ley 797 de 2003, como la jurisprudencia constitucional, han admitido que en aquellos casos en que respecto de un causante existe: (i) una cónyuge supérstite, con quien hubo separación de hecho, pero cuya sociedad conyugal nunca fue disuelta y (ii) una compañera permanente con quien convivió 5 o más años con anterioridad a su fallecimiento, la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional –según sea el caso-, debe reconocerse a aquellas en proporción al tiempo compartido con el causante (sin perjuicio de que existan otros beneficiarios con igual derecho, v. gr., hijos menores de edad, en condición de invalidez o mayores de edad que tengan la calidad de estudiantes).

8. Resolución del caso concreto

Como fue advertido por esta Sala, corresponde determinar si en el caso concreto se vulneró el derecho al debido proceso de las accionantes, al momento en que la administración negó

el reconocimiento y pago de la sustitución pensional que percibía en vida el señor Orlando Antonio Ortiz Uribe, con fundamentos disímiles, expuestos en las Resoluciones No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016 y 2017060042332 del 1 de marzo de 2017.

De acuerdo con lo señalado supra la Corte debe verificar, los siguientes puntos:

a. Si resolver el caso a la luz del Decreto 1160 de 1989, sin atender que algunas de sus disposiciones fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado, constituiría la existencia de un defecto sustantivo.

b. Si la aplicación que la entidad accionada dio a la normatividad que desarrolla el régimen especial del Magisterio, es razonable y no resulta discriminatoria en relación con lo reglamentado por el régimen general de pensiones. En otras palabras, debe determinarse si –a la luz de la jurisprudencia señalada-, existen elementos jurídico-fácticos, para concluir que debe aplicarse el literal b, del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

c. Si de los elementos materiales de prueba que se encuentran en el expediente, puede concluirse la existencia de una controversia entre las presuntas beneficiarias de la prestación, que active la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la definición del derecho.

8.1. En relación con el presunto defecto sustantivo

Se ha entendido que existe un defecto sustantivo, entre otros casos, cuando la administración, al resolver las peticiones que le ocupan, fundamenta sus decisiones en normas que han sido retiradas del ordenamiento jurídico.

Como se ha visto, la Secretaría de Educación de Antioquia, al resolver la primera petición elevada por las accionantes, se limitó a señalar a través de la Resolución No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016, que en el caso objeto de estudio existía una controversia entre las reclamantes de la prestación, razón por la cual no había lugar a reconocerla, hasta tanto el asunto fuera zanjado por un juez competente. Luego, al estudiar el recurso de reposición interpuesto contra ese acto administrativo, afirmó en la Resolución No. 2017060042332 del 1 de marzo de 2017, que de acuerdo con el Decreto 1160 de 1989, la señora Adarmenia Díaz Espitia (...) no [había] perdido la calidad de cónyuge dado que al

momento del fallecimiento del educador Orlando Antonio Ortiz Uribe, no existía divorcio del matrimonio civil, ni nulidad del matrimonio civil o eclesiástico, sin embargo, esto no [quería] decir que le [asistiera] el derecho a la sustitución, pues el requisito indispensable para dicho reconocimiento es la convivencia hasta el día del fallecimiento del educador”. Procediendo a sostener, en el párrafo subsiguiente, que como ambas demostraban su derecho a la prestación, en todo caso, había que remitirlas a la jurisdicción contencioso administrativa para que en ese escenario se definiera a quién debía otorgársele la pensión.

En punto a las normas que fueron tenidas en cuenta por la entidad para resolver el recurso interpuesto, cabe destacar, que el Decreto 1160 de 1989, en su artículo sexto original, había enlistado los beneficiarios de la prestación, quienes serían de manera preeminente: el cónyuge, y a falta de este, la compañera permanente (falta el cónyuge cuando acaeció su muerte, o se declaró la nulidad del matrimonio o el divorcio). La misma norma, en su artículo séptimo, señalaba que el cónyuge sobreviviente pierde el derecho a la sustitución pensional cuando, al momento del fallecimiento del causante, “no hiciere vida en común con él”, salvo que en la separación no haya tenido culpa.

Así, la administración encontró que, a pesar de no existir divorcio o nulidad del matrimonio celebrado entre la señora Adarmenia Díaz y el señor Ortiz Uribe, aquella no podía acceder al derecho porque la convivencia hasta el momento del fallecimiento del causante no se había producido.

No obstante, olvidó prever la acción que la norma citada, en algunos de sus apartes, fue declarada nula por el Consejo de Estado como se advirtió en el fundamento 5 supra. En dicha providencia, esa autoridad judicial encontró que, la expresión “a falta de este” contenida en el numeral primero del artículo sexto: “(...) implica que quien es pareja del pensionado en unión libre solo será considerado como beneficiario de la sustitución si no existe cónyuge, lo cual vulnera el artículo 42 de la C.P. en concordancia con las normas que confieren el derecho a la seguridad social”[76].

Adicionalmente advirtió que los literales a, b y c, contenidos en el numeral primero, del artículo sexto, que supeditaban el derecho de la compañera permanente a la muerte de la cónyuge, la existencia del divorcio o la nulidad del matrimonio previo; tampoco tendrían en

cuenta la convivencia efectiva que la primera de ellas pudiese llegar a tener con el causante hasta el momento de su muerte, lo que la situaría en una condición de desventaja irracional frente a la segunda.

Respecto al artículo séptimo, que permitía que la cónyuge supérstite tuviese derecho a la prestación cuando, a pesar de no haber hecho vida en común con el causante en el momento de su deceso, lograba demostrar que había sido el difunto quien había abandonado el hogar o impedido el acercamiento; se adujo que suponer la posibilidad de que una persona que no convivía con el fallecido se haga merecedora de la prestación, iría en contra de la Constitución al desconocer que lo fundamental en el reconocimiento prestacional es la convivencia efectiva al momento de la muerte.

8.2. En relación con el presunto desconocimiento del precedente

Como ya fue referido en el capítulo 4 de esta providencia, esta Corte ha sido insistente en ordenar, que en aquellos casos en que el régimen especial suponga menores beneficios que el régimen general, habrá de preferirse este último en términos de reconocimiento pensional, por cuanto, resultaría a todas luces injusto aplicar un régimen que, aunque especial, resulte discriminatorio.

Así las cosas, la Secretaría de Educación advirtió que para los miembros del Magisterio, las reglas de la sustitución pensional correspondían con lo normado en el Decreto 1160 de 1989, que reglamentó la Ley 71 de 1988. Luego de la declaratoria de nulidad de algunos de sus apartados por el Consejo de Estado, se concluye que los beneficiarios que aquella norma enlista en el artículo sexto, serían: (i) el cónyuge supérstite; (ii) el compañero o compañera permanente; (iii) los hijos menores de 18 años, inválidos, y estudiantes; (iv) a falta de los anteriores, los padres del causante; y, (v) a falta de todos los aludidos, los hermanos inválidos.

Ahora bien, la norma general, también vigente al momento del fallecimiento del señor Ortiz Uribe, era la Ley 797 de 2003. Allí, en el artículo 13, como ya se ha observado, se estableció una nueva lista de presuntos beneficiarios; incluyendo una precisión particular en el literal b al decir que: “(...) Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al

tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”.

Esto último no había sido contemplado en el régimen especial –así como tampoco por la Sentencia del Consejo de Estado que declaró nulo el artículo séptimo de la norma señalada-, y corresponde en este punto determinar si aquello resulta más favorable para las beneficiarias. Para resolver este dilema, se revisarán los posibles escenarios a los que se llegaría en el evento de reconocer la prestación de acuerdo con las normas referidas, veamos:

(i) Al aplicar de manera exegética el Decreto 1160 de 1989 –atendiendo la interpretación del Consejo de Estado-, y a partir de los documentos obrantes en el expediente, se concluiría que a la señora Adarmenia Díaz Espitia no le corresponde acceder al derecho porque no hacía vida en común con el causante al momento de la muerte. Reconociéndole a la compañera permanente el 100% de la prestación, por ser quien convivía con él al momento del fallecimiento.

(ii) Situación distinta sería aquella en la que, abordando el caso a partir de lo dispuesto en el régimen general, se reconociera la prestación a las dos peticionarias aplicando los porcentajes de acuerdo con las fechas de convivencia –como en su momento lo hizo la UGPP-.

Desde la perspectiva de los mandatos constitucionales descritos, esta última opción es la que más conviene a las accionantes. Así como también, es la que más se adapta a los fines de la prestación reconocidos en el fundamento 7 arriba expuesto. Porque mal haría la administración en reconocer el 100% de la prestación a una de ellas, cuando demostrado está que: (i) las dos convivieron muchos años con el causante y que aquel, en el momento que fuere, tuvo una evidente cercanía y afecto con ellas; (ii) hubo además dependencia económica, incluso con la cónyuge de quien se encontraba separado el causante, como se desprende de lo manifestado por los señores Nelson Alberto Pérez Guzmán y Hernán Darío Villa Sepúlveda en sus declaraciones juramentadas; y, (iii) no se encuentra desacuerdo alguno entre las presuntas beneficiarias, en lo relacionado con la posibilidad de compartir la sustitución pensional, como tampoco lo hubo cuando la UGPP reconoció de aquella forma el

derecho.

Así, entiende la Corte que hubo un mal proceder por parte de la administración al: (i) no aplicar el literal b de la Ley 797 de 2003 para dar solución al caso concreto, (ii) citar el Decreto 1160 de 1989 para desconocer el derecho de la cónyuge, pero no citarlo en lo relacionado con el derecho que le pudiese asistir a la compañera permanente, porque al hacerlo, le hubiese correspondido reconocerlo.

De manera tal, el régimen general contenido en la Ley 797 de 2003, resulta más favorable al no discriminar a ninguna de las beneficiarias de esta prestación.

8.3. En relación con la posible existencia de un defecto fáctico (punto B)

Argumenta la Secretaría de Educación, en la Resolución No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016, que las declaraciones de las accionantes desnudan la existencia de una controversia en el derecho que les pueda corresponder. Para resolver si aquello es verídico, o, al contrario, hubo una indebida valoración probatoria, es preciso señalar cuáles serían, por ejemplo, las posibles controversias que se pudiesen generar entre cónyuge y compañera permanente, que hagan necesaria la intervención de un juez de la República para que aquel dirima el conflicto.

Varias han sido las normas que se han referido a las controversias entre presuntos beneficiarios de prestaciones, haciendo que la jurisdicción deba interceder en procura de soluciones justas. Así, por ejemplo, encontramos lo estatuido en la Ley 712 de 2001, que reformó el Código Procesal del Trabajo y estableció en su artículo segundo, numeral cuarto, que, es competencia de la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, conocer de:

“Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”[77].

En ese mismo sentido, la Ley 1204 de 2008[78], en su artículo 6, establece la forma en que debe definirse la petición de sustitución pensional en caso de controversia, así:

“(…) Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto.

Si la controversia radica entre hijos y no existiere cónyuge o compañero (a) permanente que reclame la pensión, el 100% de la pensión se repartirá en iguales partes entre el total de hijos reclamantes, pero solo se ordenará pagar las cuotas que no estuvieran en conflicto, en espera a que la jurisdicción decida. Si existe cónyuge o compañero (a) permanente se asignará el 50% a este o estas(os) y sobre el 50% correspondiente a los hijos se procederá como se dispuso precedentemente”.

Por su parte, el Decreto 758 de 1990[79], en su artículo 34, establecía que:

“Cuando se presente controversia entre los pretendidos beneficiarios de las prestaciones, se suspenderá el trámite de la prestación hasta tanto se decida judicialmente por medio de sentencia ejecutoriada a qué persona corresponde el derecho.

Lo anterior, sin perjuicio a que cuando se acredite legalmente la existencia de dos o más matrimonios y no hubiere separación legal respecto a uno de ellos se le concederá la pensión al primer cónyuge”.

No obstante, debe indicarse que la controversia, como se desprende de la definición que por aquella otorga la RAE, implica una “discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas”.

Así las cosas, un conflicto entre presuntos beneficiarios de una prestación como la que nos convoca podría darse de maneras diversas. Una de ellas, muy común por cierto, es aquel que se presenta entre la cónyuge y la compañera permanente cuando las dos pretenden para sí el reconocimiento y pago total de la prestación. Esta particular forma de controversia hace que en quien pretende el reconocimiento, confluyan dos posiciones: (i)

afirmar el derecho propio y (ii) desconocer el derecho que el otro invoca; como ocurre cuando las dos personas afirman haber convivido de manera total con el causante con anterioridad a su fallecimiento.

Con todo, de las pruebas que se observan en el expediente, no logra extraerse que exista controversia alguna entre las peticionarias, por las razones que se exponen a continuación:

8.3.1. Todas las declaraciones juramentadas aportadas, son coincidentes en afirmar que las peticionarias convivieron en tiempos distintos con el causante

Respecto al tiempo de convivencia con la cónyuge, se encuentra que:

a. Los señores Nelson Alberto Pérez Guzmán y Hernán Darío Villa Sepúlveda, declararon en el año 2015, que el periodo de convivencia entre el causante y Adarmenia Díaz Espitia, ocurrió por más de 28 años. Lo que significa que, si iniciaron su convivencia en 1962 -año del matrimonio-, aquella tuvo que extenderse, aproximadamente, hasta 1990.

Respecto al tiempo de convivencia con la compañera permanente, se encuentra que:

a. Los señores Nelson Alberto Pérez Guzmán y Hernán Darío Villa Sepúlveda, sobre el particular, informaron que el causante mantuvo una relación secreta con la señora María Arcangelina Correa Isaza por, aproximadamente, 10 años, sin informar en qué periodo finalizó aquella.

b. La señora María Arcangelina Correa Isaza, en el año 2015, declaró ante Notario Público que convivió en calidad de compañera permanente con el causante, desde el año 1991 hasta el día de su fallecimiento. En ello se reafirmó al presentar nuevamente declaración juramentada el 27 de abril de 2017.

c. Por su parte, Adarmenia Isabel Ortiz Díaz, hija de la cónyuge, afirmó el 25 de abril de 2017, que en enero de 1991, su familia se enteró de que su padre estaba conviviendo con María Arcangelina Correa Isaza; convivencia que duró hasta la muerte de aquel.

De la lectura atenta de las declaraciones señaladas puede extraerse, cuando menos, dos conclusiones, a saber: (i) en los últimos 5 años de vida del señor Orlando Antonio Ortiz

Uribe, quien convivió con él, prodigándole los cuidados requeridos, fue la señora María Arcangelina Correa Isaza; conclusión sobre la que no se encuentra oposición alguna; y (ii) la señora Adarmenia Díaz Espitia, convivió con el causante, por lo menos 28 años, comprendidos entre 1962 y 1990, luego de lo cual se produjo la respectiva separación de hecho.

8.3.2. El análisis efectuado por la UGPP, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, arrojó como resultado que las dos peticionarias tenían derecho a la prestación

Según se observa en la Resolución No. RDP 011586 del 14 de marzo de 2016, emitida por la UGPP, a través de la cual se reconoce una sustitución pensional[80] a las solicitantes, se tuvo en cuenta las siguientes pruebas: (i) Registro Civil de Matrimonio, celebrado entre la señora Adarmenia Díaz Espitia y el señor Orlando Antonio Ortiz Uribe, en el que “(...) no se observó nota marginal sobre disolución de la sociedad conyugal”; (ii) declaración juramentada de la señora Adarmenia Díaz Espitia, donde manifestó convivir con el causante desde 1962 hasta 1990; (iii) declaración juramentada aportada por la señora María Arcangelina Correa Isaza, a través de la cual informa que convivió con el causante desde 1991 hasta 2014.

De acuerdo con tal acervo, la UGPP encontró que ambas peticionarias tenían derecho a la prestación, comoquiera que no se observaba conflicto alguno entre ellas, que no existía contradicción en los testimonios, que ninguna de las dos desconocía el derecho de la otra y que, por tanto, les era aplicable la Ley 797 de 2003.

Por último, valdría la pena mencionar que esta Resolución fue emitida cuatro (4) meses antes de proferida la Resolución No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016, lo que supone que las pruebas tenidas en cuenta por la Secretaría de Educación, no pudieron ser distintas a las estudiadas por la UGPP; y sin embargo, ambas entidades llegaron a conclusiones incompatibles sobre el mismo supuesto de hecho.

Esto demuestra la existencia de una indebida valoración probatoria efectuada por la Secretaría de Educación de Antioquia, que le condujo a concluir, en la primera decisión, que dada la controversia presentada entre las solicitantes, el caso debía ser estudiado por un juez de la República que dirimiera tal asunto.

Para terminar, debe llamarse la atención sobre los distintos motivos que expuso la administración para negar el derecho, pues, en la primera resolución se habló de una controversia, en la segunda, se cambió la razón, diciendo entonces que: (i) de acuerdo con el Decreto 1160 de 1989, la señora Adarmenia Díaz Espitia (...) no [había] perdido la calidad de cónyuge dado que al momento del fallecimiento del educador Orlando Antonio Ortiz Uribe, no existía divorcio del matrimonio civil, ni nulidad del matrimonio civil o eclesiástico, sin embargo, esto no [quería] decir que le [asistiera] el derecho a la sustitución, pues el requisito indispensable para dicho reconocimiento es la convivencia hasta el día del fallecimiento del educador". Y prosiguió diciendo que: "(...) como ambas peticionarias [demostraron] su derecho, la una [en calidad] de cónyuge supérstite y la otra [en virtud de] la convivencia, [suspendió] el reconocimiento de la sustitución pensional, hasta que la justicia ordinaria [decidiera] a quien de ellas le otorga el derecho".

Sobre estos motivos, debe precisarse que desde una lógica elemental, no puede decirse: primero, que la cónyuge tiene derecho a la prestación porque no ha existido divorcio o nulidad; segundo, que no lo tiene porque no convivió con el causante hasta su fallecimiento; tercero, que sí tiene derecho, pero que como existe una compañera permanente que también lo tiene, debe ser un juez el que defina a quién le corresponde el reconocimiento. Tal situación solo permite concluir que la Secretaría no comprendía la forma en que debía aplicarse el Decreto 1160 de 1989, así como tampoco, reconoció la existencia de la Ley 797 de 2003, que hubiese permitido dar solución al caso desde una perspectiva más justa, de acuerdo con el precedente de esta Corporación.

9. Conclusión

De acuerdo con lo demostrado en el plenario y en aplicación de los antecedentes jurisprudenciales y normativos citados supra, la Sala Tercera de Revisión concluye que la Secretaría accionada vulneró el derecho al debido proceso administrativo de las accionantes, pues de su actuar se derivó la configuración de los defectos sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente, cuando no aplicó lo prescrito en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al momento de emitir las Resoluciones No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016 y 2017060042332 del 1 de marzo de 2017, contando con los elementos de juicio para hacerlo.

En consecuencia, y en aras de superar la conculcación descrita, la entidad accionada deberá dejar sin efectos las resoluciones atacadas y, en consecuencia, emitir un nuevo acto administrativo en el que se valoren las siguientes situaciones:

(i) Debe analizarse el escenario fáctico, como ya ha sido expuesto, a la luz de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En tal sentido, corresponderá a la Secretaría accionada determinar los porcentajes de la prestación que deberán recibir las accionantes, teniendo en cuenta el tiempo de convivencia que cada una tuvo con el causante, tal y como lo hizo la UGPP en su momento.

(ii) Incumbe también a la Secretaría, reconocer y pagar a las peticionarias el retroactivo pensional y los intereses moratorios a que haya lugar, analizando previamente el fenómeno de la prescripción de mesadas, para lo cual deberá tenerse en cuenta lo estipulado en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017) por el Juez Séptimo Civil del Circuito de Oralidad Medellín, que declaró improcedente el amparo solicitado, y la providencia del veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017), emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín –Sala Primera de Decisión Civil-, que confirmó en su integridad el fallo del a quo, para, en su lugar, TUTELAR el derecho al debido proceso de las señoras Adarmenia Díaz Espitia y María Arcangelina Correa Isaza.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS las Resoluciones No. 2016060071351 del 29 de julio de 2016 y 2017060042332 del 1 de marzo de 2017, proferidas por la Subsecretaría Administrativa de la Secretaría de Educación de la Gobernación de Antioquia.

TERCERO.- ORDENAR que en el término de cuarenta y ocho (48) horas la Subsecretaría

Administrativa de la Secretaría de Educación de la Gobernación de Antioquia, profiera una nueva Resolución teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta sentencia, reconociendo el derecho de las accionantes a la sustitución pensional, así como el retroactivo e intereses a que haya lugar, siempre que no haya operado el fenómeno de la prescripción referido en la parte motiva de este fallo.

CUARTO.- LÍBRESE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado Ponente

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno 2, folio 70.

[2] Cuaderno 2, folio 67.

[3] Cuaderno 2, folio 27.

[4] Cuaderno 2, folio 29.

[6] Cuaderno 2, folios 53, 54, 55, 56, 58, 60.

[7] Cuaderno 2, folio 73 y 74.

[8] Cuaderno 2, folios 75, 76, 77, 78 y 79.

[9] Cuaderno 2, folios 61 y 62.

[10] Cuaderno 2, folio 41.

[11] Cuaderno 2, folios 47 y 48.

[12] Cuaderno 2, folios 64 y 65.

[13] Cuaderno 2, folio 111.

[14] Cuaderno 2, folio 115.

[15] Cuaderno 2, folio 27.

[16] Cuaderno 2, folio 29.

[17] Cuaderno 2, folios 53 y 54.

[18] Cuaderno 2, folio 55.

[19] Cuaderno 2, folio 60.

[20] Cuaderno 2, folio 56.

[21] Cuaderno 2, folio 58.

[22] Cuaderno 2, folio 75.

[23] Cuaderno 2, folio 61.

[24] Cuaderno 2, folio 84.

[25] Cuaderno 2, folio 64.

[26] Para demostrarlo, se aporta certificado de evaluación psiquiátrica, suscrito por la doctora Claudia Patricia Marín. A su vez, aporta copia de la historia clínica en la que se observa la presencia de una enfermedad arterial oclusiva crónica y Alzheimer.

[27] El artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, señala que: “(...) Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.

[28] Al respecto, revítese el título cuarto de la Ley 1437 de 2011.

[29] Prerrogativa que ha sido reconocida por la Ley 1437 de 2011, al plasmar en el inciso primero, del numeral primero, de su artículo tercero, que: “En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción”.

[30] Véase, entre otras, las Sentencias: T - 811 de 2003, T - 806 de 2004.

[31] Entre muchas otras, revisar las Sentencias SU-950 de 2014 y SU-489 de 2016.

[32] Véase, entre otras, las Sentencias: T-773 de 2015, T-559 de 2015, T-682 de 2015 y T-566 de 2016.

[33] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo tercero.

[34] Sentencia T - 566 de 2016.

[35] Sentencias: T - 173 de 1993, C - 590 de 2005, T - 006 de 2015, entre otras.

[36] Sentencias: C - 214 de 1994, T - 001 de 1993

[37] Sentencia T - 751A de 1999.

[38] Sentencias: T- 552 de 1992 y SU-713 de 2006.

[40] En la Sentencia T - 482 de 2017, sobre el particular, se expuso de la siguiente manera: “(...) La primera característica (idoneidad) impone considerar la entidad del mecanismo judicial para remediar la situación jurídica infringida o, en otros términos, para resolver el problema jurídico, de rango constitucional, que se plantea”

[41] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 138.

[42] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, octubre 12 de 2006, Expediente N° 803/99.

[43] Sentencia T-499A de 2017.

[44] Basta con la configuración de alguna de ellas para que proceda el amparo respectivo.

[45] Ver Sentencia T- 076 de 2011.

[46] C.P.: Clara Forero de Castro.

[47] C.P.: Alberto Arango Mantilla.

[48] Sentencia C - 461 de 1995.

[49] Subregla reiterada en varios pronunciamientos subsiguientes. Al respecto, se encuentran, entre otras, las siguientes providencias: C - 956 de 2001, T - 167 de 2011, T - 547 de 2012, T - 151 de 2014, T - 071 de 2014, T 393 de 2013.

[50] Sentencia T - 167 de 2011.

[51] Artículo 7º.- En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años". Aparte subrayado fue derogado tácitamente en virtud de la Ley 33 de 1973.

[52] Esta tesis también ha sido adoptada por el Consejo de Estado. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, mayo 16 de 2002, rad. N° 25000-23-25-000-1998-5735-01 (3676-01).

[53] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, mayo 8 de 2010, rad. N° 68001-23-15-000-2003-00552-01(0284-09).

[54] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, abril 22 de 2010, rad. N° 27001-23-31-000-2002-00221-01(1955-07).

[55] M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[56] Sobre el punto, en la Sentencia T - 286 del año 2000, se manifestó, entre otras cosas, que: "(...) La Constitución de 1991 eliminó de manera tajante y definitiva toda forma de diferenciación entre el matrimonio y la unión permanente como fuentes u orígenes de la familia. Tanto el contrato solemne como la voluntad responsable de un hombre y una mujer, sin formalidad alguna, producen el efecto jurídico de formación del núcleo familiar. En consecuencia, todo aquello que en la normatividad se predique del matrimonio es aplicable a la unión de hecho. Con mayor razón lo relacionado con derechos, beneficios o prerrogativas, tanto de quienes integran una u otra modalidad de vínculo familiar como de los hijos habidos en el curso de la relación correspondiente".

[57] Sentencia T - 553 de 1994.

[58] M.P.: Jorge Arango Mejía.

[59] Requisito exigido en la legislación vigente al momento de emisión de la sentencia citada, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

[60] Sentencia T - 660 de 1998.

[61] M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[62] Ver, entre otras, la Sentencia T - 789 de 2003.

[63] Sentencia C - 1176 de 2001.

[64] Para efectos del reconocimiento de la prestación, debe atenderse lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Para efectos del cálculo de su monto, deberá observarse la fórmula contenida en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

[65] Sobre esta diferenciación, revítese la Sentencia T - 266 de 2017.

[66] Sentencia C - 1035 de 2008.

[67] Ibídem.

[68] En ese sentido debe interpretarse tal situación de conformidad con la Sentencia C - 1035 de 2008.

[69] Al respecto, en la Sentencia C - 239 de 1994, esta Corporación manifestó lo siguiente: "(...) sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre". En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia C - 521 de 2007, al decir que: "(...) La propia Constitución en el artículo 42 dispone que la familia se puede constituir, básicamente, (i) por vínculos naturales, es decir, "por la voluntad responsable de conformarla", como en el caso de la unión marital de hecho (Ley 54 de 1990), o (ii) por vínculos jurídicos, esto es, por la "decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio". De acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia constitucional, "esta clasificación no implica discriminación alguna: Significa únicamente que la propia Constitución ha reconocido el diverso origen que puede tener la familia".

[70] Al respecto, véase la forma en que fue abordado el asunto en la Sentencia C - 533 del 2000.

[71] Algunas de las diferencias de estas dos instituciones, fueron resumidas en la Sentencia C - 278 de 2014, en la que se adujo lo siguiente: "(...) Aunque tanto en la sociedad conyugal como en la patrimonial se distinguen los bienes de la sociedad y los propios de cada cónyuge o compañero a diferencia de la sociedad conyugal, la sociedad patrimonial no distingue entre el haber relativo y el haber absoluto. En primer lugar, porque todos los bienes que ingresan al patrimonio fruto del trabajo y ayuda en el marco de la unión marital de hecho se dividen en partes iguales entre los compañeros, por consiguiente no hay lugar a recompensas. También los réditos y el mayor valor de los bienes, que no sea resultado de la mera actualización monetaria, sino de la valorización de los mismos, se entiende que

pertenecen a la sociedad patrimonial y se divide en partes iguales. Sin embargo, los bienes que tenían los compañeros antes de unirse no hacen parte de la sociedad patrimonial por ende no se consideran ni siquiera en el momento de liquidarla”.

[72] El artículo 168 del Código Civil Colombiano, modificado por el artículo 18 de la Ley 1 de 1976, a la letra dice: “Son aplicables a la separación de cuerpos las normas que regulan el divorcio en cuanto no fueren incompatibles con ella” –por separación de cuerpos entiéndase judicial y no de hecho, pues el artículo en cita culmina el desarrollo que desde el artículo 165 se le daba a esta figura. Por su parte, el artículo 160 de la misma norma, modificado por el artículo 11 de la Ley 25 de 1992, expresó de manera tajante que: “Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, queda disuelto el vínculo en el matrimonio civil y cesan los efectos civiles del matrimonio religioso, así mismo, se disuelve la sociedad conyugal, pero subsisten los deberes y derechos de las partes respecto de los hijos comunes y, según el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí”.

[73] En la Sentencia C – 746 de 2011, se señaló sobre el particular, que: “En cuanto al efecto de la separación de cuerpos sobre la sociedad conyugal, el Código Civil prevé su disolución -entre otras causales- por la “separación judicial de cuerpos”, salvo que los cónyuges consientan mantenerla por tratarse de una separación temporal (C.C., art. 167y 1820). Al contrario, la separación de cuerpos de hecho no lleva a la disolución de dicha sociedad, pudiendo en todo caso ser acordada por los cónyuges mediante escritura pública protocolizada ante notario”.

[74] Sentencia C – 193 de 2016.

[75] En ese sentido se ha pronunciado, no solo la Corte Suprema de Justicia (Radicado 40055, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, 29 de noviembre de 2011), sino esta Corporación en sentencias como las que siguen: T-128 de 2016, T-706 de 2015, T-504 de 2015, T-641 de 2014, T-278 de 2013, entre otras.

[76] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, octubre 12 de 2006, expediente N° 803/99.

[78] Norma que regula la sustitución provisional de la pensión para beneficiarios

específicos, en aquellos casos en que el causante afirmó en vida la intención de traspasarles la prestación.

[79] Decreto que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, a través del cual se expidió el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.

[80] La prestación que se substituyó fue la reconocida al causante mediante resolución No. 4767 del 8 de marzo de 1993, emitida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL-.