

Sentencia T-085/21

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

DERECHO A LA SUSTITUCION DE LA ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO-Requisitos

SUSTITUCION PENSIONAL DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL-Finalidad

UNION MARITAL DE HECHO-Medios probatorios para demostrar su existencia

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN LA SUSTITUCION DE ASIGNACION DE RETIRO EN EL REGIMEN ESPECIAL DE LA POLICIA NACIONAL-Vulneración al imponer barreras administrativas injustificadas

Cuando una entidad administradora de pensiones impone que la demostración (de la unión marital de hecho) debe hacerse exclusivamente por alguno de los mecanismos consagrados en el artículo 4 de la Ley 90 de 1994, está imponiendo barreras administrativas injustificadas, y lesionando de esta forma el debido proceso administrativo.

Expediente: T-7.858.475

Asunto: Acción de tutela presentada por Margarita Triana de Rincón contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (en adelante, CASUR)

Magistrado ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes

del Decreto Extraordinario 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela adoptados, en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Armenia y, en segunda, por la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, correspondiente al trámite de la acción de tutela presentada por la señora Margarita Triana de Rincón contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

Hechos probados

1. La accionante Margarita Triana de Rincón, mayor de 85 años¹, beneficiaria del programa de Colombia Mayor², quien cuenta con un puntaje en el SISBEN de 48,19 puntos³, se encuentra afiliada en el régimen subsidiado de salud⁴ y, de acuerdo con las pruebas obtenidas en sede de revisión, subsiste con un ingreso familiar inferior a 300.000 pesos mensuales⁵, aunque cuenta con vivienda propia de estrato tres⁶.

1. La actora manifiesta que convivió con el señor Jorge Aníbal Osses Puentes por varios años hasta el momento de su muerte, esto es, hasta el 24 de enero de 2017⁷. No obstante, en diferentes oportunidades manifestó los siguientes tiempos: (i) en el hecho número 4 de la tutela, por 40 años⁸; (ii) en la declaración extrajudicial del 9 de septiembre de 2019, por 50 años y 1 mes⁹, y (iii) en audiencia realizada en sede de revisión adujo, por “más de 52 años”¹⁰. Señaló que fruto de dicha relación tuvieron dos hijos, Javier Hernando Osses Triana y Nubia Isabel Osses Triana¹¹.

1. En el curso del proceso de revisión, debidamente decretadas, se recaudaron pruebas en

relación con la convivencia entre el causante y la accionante, de los cuales se destaca que: (i) el 4 de septiembre de 2009 se realizó una primera encuesta por parte del DNP, la cual fue rectificadora el 21 de septiembre de 2015, en las que aparece que en la residencia de propiedad de la accionante cohabitaba con sus hijos Javier Hernando Osses Triana y Nubia Isabel Osses Triana y su nieto Sergio Augusto Osses Triana; (ii) la accionante no fue beneficiaria del pensionado Osses Puentes en el sistema de salud; (iii) de acuerdo con la respuesta dada por la CASUR nunca se modificó en la hoja de servicios del causante la novedad de la disolución del matrimonio que había contraído en vida con la señora Mercedes Montoya; y, (iv) en la historia clínica del causante de CASUR -Plan Policial del Quindío- del 10 de enero de 2017¹² y en otra de la accionante del 5 de diciembre de 2019 -Medimas Subsidiado-13 se tiene como dirección de residencia la misma vivienda. Sin embargo, entre uno y otro documento existen 2 años, 10 meses y 24 días de diferencia.

1. CASUR había reconocido al señor Jorge Aníbal Osses Puentes una asignación de retiro¹⁴.

1. A su vez, mediante la Resolución 6956 de 21 de noviembre de 2018, CASUR declaró extinta la asignación de retiro con ocasión de la muerte del titular beneficiario¹⁵ para lo cual indicó que: (i) “teniendo en cuenta que no existen beneficiarios acreditados con derecho a continuar devengando cuota de sustitución pensional es procedente en aplicación del Decreto 4433 de 2004 y demás normas concordantes que regulan la materia, extinguir el derecho de la prestación que devengaba el extinto a partir del 24 de enero de 2017”¹⁶, al tiempo que (ii) señaló que existían unos saldos a favor de los herederos por valor de \$402.586. No obstante, en ese mismo acto administrativo CASUR aclaró “que revisado el expediente prestacional del extinto AG (r) JOSE ANIBAL OSSE PUENTES, se constató que no figuran hijos del causante como presuntos herederos del mismo”¹⁷.

1. Dos (2) años y ocho (8) meses después de fallecido el Señor Osses Puentes y casi un año después de proferida por CASUR la Resolución 6956 antes citada, mediante escrito del 3 de

octubre de 2019¹⁸, por intermedio de apoderado judicial, la señora Margarita Triana de Rincón solicitó a CASUR el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro para lo cual adujo su condición de compañera permanente del causante Jorge Aníbal Osses Puentes, en prueba de lo cual adjuntó: (i) declaración juramentada de Nidia Ramírez Martínez y Ana Adíela Valencia Grajales quienes afirmaron ser testigos de la convivencia entre el causante y la accionante; (ii) declaración extraprocesal bajo la gravedad de juramento rendida por la accionante en la que afirmó haber convivido con el actor durante 40 años y hasta el momento de su muerte; y, (iii) registros civiles de nacimiento de los hijos de ambos¹⁹.

Así mismo, en dicha comunicación CASUR indicó que si transcurridos 30 días desde el momento en que se realizó el requerimiento de los documentos los mismos no eran aportados “se entenderá desistida su petición, conforme a lo establecido en el artículo 17 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y como consecuencia se archivará la misma, la cual se reactivará una vez allegue los documentos, sin perjuicio de exigir de nuestra parte nuevos documentos con el fin de validar la vigencia de los mismos”²².

No consta en el expediente que contiene el trámite de la acción de tutela que se haya proferido auto de archivo de la actuación iniciada con motivo del ejercicio del derecho de petición en interés particular y concreto para el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro.

1. Sin atender el requerimiento hecho por CASUR para completar la petición con la información o documentación solicitada, por intermedio de abogado, la Señora Margarita Triana de Rincón el 20 de diciembre de 2019 ejerció acción de tutela contra esa entidad²³, explicando que al no contar con ninguno de los dos documentos exigidos, por su avanzada edad, condición de salud y su capacidad económica, la exigencia de acudir a la jurisdicción ordinaria como única forma de demostrar la existencia de la unión marital de hecho resulta desproporcionada y, adicionalmente, dilata injustificadamente el goce de su derecho pensional. Sobre este punto, en audiencia celebrada en sede de revisión (Infra numeral 19), la accionante y su apoderado judicial hicieron hincapié en la imposibilidad económica de

adelantar el proceso ordinario tendiente a obtener la declaración judicial de la unión marital de hecho, pues afirman que la obtención de pruebas y demás actuaciones suponen una inversión de recursos económicos que superan sus capacidades actuales.

1. De los antecedentes relacionados se observa que tanto la accionante como el causante habían contraído cada una de ellas matrimonio con otras personas; que la unión matrimonial previa del causante Jorge Aníbal Osses Puentes con la señora Mercedes Montoya Agudelo fue disuelta en el año 1999²⁴; y, que la accionante Triana de Rincón señaló que su relación matrimonial previa había terminado antes de conocer al señor Jorge Aníbal Osses Puentes y que el señor Rincón con el que se casó hizo una vida aparte sin que ella tenga contacto con él.

1. Solicitud de amparo constitucional. Con fundamento en los hechos descritos, el apoderado de la señora Margarita Triana de Rincón solicitó al juez de tutela que se protejan los derechos fundamentales de su poderdante al mínimo vital, a la seguridad social, al debido proceso, a la igualdad y de petición y que, en consecuencia, en un término de 48 horas se ordenara el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro y el respectivo retroactivo desde la fecha de fallecimiento del pensionado, esto es, el 24 de enero de 2017.

1. Respuesta de la entidad accionada. CASUR pese a ser notificada²⁵ del inicio de la demanda no dio contestación a la demanda de tutela²⁶.

Decisiones de los jueces de tutela

1. Sentencia de primera instancia. Con fallo del 3 de enero del 2020, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Armenia, Quindío²⁷ declaró improcedente la acción de tutela al considerar que la demandante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, sin que se haya demostrado la necesidad imperiosa de acudir a la tutela como único

mecanismo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En ese sentido, el juez constitucional expuso que, más allá de las pruebas que pretendían demostrar la existencia de una relación entre el causante y la actora, no se allegaron elementos de juicio que mostraran la inminencia de un daño irremediable de no concederse la asignación de retiro²⁸.

1. Así mismo, el a quo expuso que la accionante se demoró 2 años, 8 meses, y 6 días en solicitar el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro pretendido, por una parte y, por otra, que a CASUR nunca se le pidió modificar en la hoja de servicios del causante la novedad de la disolución del matrimonio que éste contrajo con la señora Mercedes Montoya Agudelo. A juicio del juez, estos elementos generan dudas razonables sobre la existencia de una unión marital de hecho y la convivencia necesaria para solicitar la sustitución de la asignación de retiro. Finalmente, el juez argumentó que los procesos ordinarios en la jurisdicción de familia son decididos de manera rápida y expedita, por lo que no hay lugar a cuestionar su idoneidad y eficacia como mecanismo para reclamar la pretensión reclamada en la acción de tutela.

1. Impugnación. En escrito del 8 de enero de 2020, el apoderado de la señora Triana de Rincón impugnó la decisión de primera instancia, argumentando que la decisión era errada, por las siguientes razones: (i) si bien es cierto que existen otros mecanismos judiciales, los mismos carecen de idoneidad, pues la accionante cuenta con más de 84 años de edad, e iniciar un trámite judicial podría tener como efecto la privación de su derecho a recibir la pensión; (ii) la accionante desconocía de la posibilidad de solicitar la sustitución de la asignación de retiro, siendo esta la causa de la demora para presentar la petición; y, (iii) reiteró que las condiciones de edad y económicas de la accionante tornan procedente la acción de amparo²⁹.

1. Sentencia de segunda instancia. Mediante providencia del 28 de enero de 2020, la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia³⁰

confirmó la sentencia de primera instancia al considerar que no se encontraba probada la existencia de un perjuicio irremediable inminente que tornara procedente la acción de amparo. En particular, en la sentencia se argumentó que, si bien el apoderado justificó la tardanza en la solicitud de la sustitución por el desconocimiento del derecho, esta misma circunstancia desvirtuaba la urgencia del pronunciamiento. Así mismo señaló que no se acreditó la existencia de una condición física o psíquica especial que hiciera imperiosa una consideración especial sobre la procedencia del amparo y, que en cualquier caso, existen circunstancias que siembran dudas sobre la convivencia alegada, en particular, por la no afiliación en salud de la señora Triana de Rincón como beneficiaria del pensionado Osses Puentes. A su juicio, entonces, dijo, debe ser la jurisdicción ordinaria la llamada a pronunciarse sobre el caso.

I. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Esta Sala de Revisión es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 02 de 2015, reglamento interno de la Corte Constitucional.

1. Actuaciones en sede de revisión. Mediante auto del 30 de septiembre de 2020 y en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en particular aquellas establecidas en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, se decretaron las siguientes pruebas: (i) oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social para que informara si en el pasado la accionante Triana de Rincón fue beneficiaria en salud de Jorge Aníbal Osses Puentes; (ii) oficiar al DNP para que respecto de la accionante certificara su puntaje de clasificación del SISBEN y posibles beneficios en los programas sociales del Estado; (iii) oficiar a la Gobernación del Quindío y a la Alcaldía Municipal de Armenia para que certificaran si la actora ha sido

beneficiaria de algún subsidio o beneficio estatal de carácter departamental o municipal; (iv) oficiar al abogado José Norbey Ocampo Mesa, apoderado de la señora Margarita Triana de Rincón para que allegara todos aquellos documentos que considere pertinentes para demostrar la convivencia efectiva y la condición económica y de salud de su poderdante; y, (v) citar a la señora Margarita Triana de Rincón para que, por medio de la plataforma tecnológica prevista para el efecto, fuera entrevistada sobre los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia el viernes 2 de octubre de 2020 a las 10:00 a.m.³¹.

1. En atención a las órdenes dadas, se obtuvo la siguiente información: Según el Ministerio de Salud y Protección Social³², la accionante solo ha estado afiliada en salud en el régimen subsidiado, lo que permite concluir que nunca fue beneficiaria en salud del causante Jorge Aníbal Osses Puentes. Según el Departamento Nacional de Planeación DNP, la accionante cuenta con un puntaje en el SISBEN de 48,19 puntos, reside en una vivienda propia de estrato 3, vive con dos hijos y un nieto, y es beneficiaria del programa Colombia Mayor.³³

1. Por otra parte, el 2 de octubre de 2020 el entonces Magistrado sustanciador (e)³⁴ entrevistó a la accionante, su apoderado, su hijo y dos testigos, quienes expusieron que: (i) el causante y la accionante convivieron por más de 52 años; (ii) la actora contrajo matrimonio previamente con otra persona, de quien se separó en su momento pero sin formalizar la disolución del vínculo; (iii) el señor Osses Puentes contrajo matrimonio con otra persona, respecto de la cual disolvió el vínculo³⁵; (iv) la casa en la que vive actualmente la accionante fue herencia de su madre, y en la misma vivió con Jorge Aníbal Osses Puentes; (v) el causante Osses Puentes no afilió a la accionante o a sus hijos como beneficios en salud en el régimen de la Policía Nacional; (vi) después de la muerte del señor Osses Puentes, su única fuente de ingresos ha sido el auxilio económico que le brindan sus hijos y el subsidio que obtiene a través del Programa Adulto Mayor; y, (viii) la demora en la presentación de la solicitud para la sustitución de la asignación de retiro se debió a la imposibilidad económica para contratar un abogado que adelantara los procesos pertinentes³⁶.

1. Los testigos que declararon en la diligencia coincidieron en señalar que habían presenciado la relación de pareja entre la accionante y el causante por aproximadamente 40

años, quienes vivieron en la misma casa desde ese entonces. Así mismo, reiteraron las dificultades económicas que afronta el núcleo familiar desde el fallecimiento del pensionado Jorge Aníbal Osses Puentes³⁷.

Procedencia de la acción de tutela

1. Previo al estudio de fondo, es necesario verificar primero el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Constitución Política y en los artículos 5, 6, 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991, para lo cual se procederá al análisis de legitimación, inmediatez y subsidiariedad.

1. Con respecto a la legitimación por activa, El artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 señala que “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. De igual forma, el artículo 10 del precitado decreto dispone la posibilidad del accionante de actuar a través de apoderado judicial.³⁸ En este caso particular, tal requisito se encuentra satisfecho, como quiera que la señora Margarita Triana de Rincón, quien interpone la tutela por medio de apoderado, es la titular de los derechos fundamentales cuya protección se pretende.

1. Así mismo, respecto a la legitimación por pasiva es preciso advertir que, conforme lo dispone el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, el recurso de amparo “procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas”, si aquellas causan la vulneración o amenaza de algún derecho fundamental. De manera general, la Sala encuentra que este supuesto se acredita en el caso concreto, pues CASUR es una entidad pública y, por virtud del artículo 3.10 de la Ley 923 del 2004³⁹, junto con la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, son “las entidades responsables de las labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control

de los recursos correspondientes”. Así pues, esa entidad tiene a su cargo el estudio y adjudicación o reconocimiento de la prestación social solicitada.

1. Ahora bien, es preciso advertir que la discusión que en esta oportunidad suscitan los hechos presentados no recae sobre la negativa del reconocimiento del derecho respecto del cual la accionante dice ser titular, puesto que una vez elevada la respectiva solicitud lo único que realizó CASUR con la comunicación No. 517958 del 29 de noviembre de 2019, fue supeditar su estudio a que se aclarara la duda en cuanto a la convivencia de la peticionaria con el causante Jorge Aníbal Osses Puentes a través de “la existencia de la unión marital de hecho” mediante: (i) escritura pública suscrita entre los compañeros permanentes ante una notaría; (ii) acta de conciliación suscrita por los compañeros permanentes ante un centro de conciliación y arbitraje; o, (iii) sentencia judicial.⁴⁰

1. Esto necesariamente supone que la actuación de CASUR sobre la que recae el presente proceso de tutela se limita a una posible discusión en torno a los derechos a la seguridad social y al debido proceso administrativo. De ahí que, la tutela no resulta procedente respecto de una supuesta afectación a los derechos: (i) al mínimo vital en tanto que aún no se tiene siquiera claridad si la actora es beneficiaria de la prestación económica; (ii) a la igualdad ante la falta de un supuesto relacional a partir del cual sea posible una comparación con otros sujetos en la misma situación; y (iii) de petición ya que la entidad pública accionada no se ha abstenido de tramitar y decidir el derecho de petición en interés particular elevado para que se reconozca la sustitución de una asignación de retiro, puesto que una vez radicada solicitó información requerida que la peticionaria no acompañó, motivo por el cual no se vislumbra vulnerado el derecho de petición.

1. En cuanto al requisito de inmediatez⁴¹, la Corte ha entendido que entre el momento de la vulneración o amenaza iusfundamental y la interposición de la acción de tutela debe transcurrir un plazo razonable, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86),

con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza⁴².

En el caso bajo estudio se encuentra acreditado que con la comunicación No. 517958 del 29 de noviembre de 2019, CASUR supeditó el estudio del reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a que se aclarara la duda suscitada en cuanto a la convivencia de la peticionaria con el causante Jorge Aníbal Osses Puentes y a la necesidad de que aquella acreditara “la existencia de la unión marital de hecho” y “el causante de conformidad con la Ley 979 de 2005” mediante: (i) escritura pública suscrita entre los compañeros permanentes ante una notaría; (ii) acta de conciliación suscrita por los compañeros permanentes ante un centro de conciliación y arbitraje; o, (iii) sentencia judicial⁴³, mientras que la acción de tutela se interpuso el 20 de diciembre de 2019⁴⁴, por lo cual se observa que transcurrieron 21 días entre la actuación que presuntamente lesiona los derechos invocados y la interposición de la acción de tutela para ampararlos. En consecuencia, la Sala de Revisión encuentra que se satisface el requisito de inmediatez.

1. Frente al requisito de subsidiariedad, el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es una acción de naturaleza excepcional y subsidiaria, por lo cual este instrumento procede cuando el titular de los derechos presuntamente vulnerados no cuenta con otro medio de defensa judicial. Excepcionalmente, en caso de existir un medio judicial principal, el actor tiene la carga de acudir a él toda vez que es necesario preservar las competencias legales asignadas por el legislador a cada jurisdicción,⁴⁵ salvo que se demuestre que el mismo no goza de idoneidad o eficacia, o que se evidencie un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario un amparo transitorio.⁴⁶

1. Para valorar la idoneidad y eficacia del mecanismo judicial, la Corte ha indicado sobre la necesidad de valorar cada caso concreto para identificar si los medios existentes permiten superar las circunstancias de aparente afectación o puesta en riesgo de los derechos fundamentales.⁴⁷ Por ejemplo, en la Sentencia SU-772 de 2014 la Corte Constitucional ha considerado relevante evaluar criterios como los siguientes:

“i) que el tiempo de trámite no sea desproporcionado frente a las consecuencias de la decisión (...); ii) que las exigencias procesales no sean excesivas, dada la situación en que se encuentra el afectado (...); iii) que el remedio que puede ordenar el juez no sea adecuado para satisfacer el derecho de que se trate, por ejemplo, cuando el juez no pueda ordenar medidas de restablecimiento del derecho; y iv) cuando el otro mecanismo no permita atender las particularidades de los sujetos, como cuando la resolución del problema (...) dependa estrictamente de criterios legales ajenos a las condiciones particulares y especiales de vulnerabilidad en que se encuentre una persona.”

1. Se trata de criterios indicativos para determinar la necesidad imperiosa de acudir a la acción de tutela como único medio disponible para garantizar la protección real y efectiva de los derechos presuntamente vulnerados.

1. Para el análisis del caso objeto de examen, la Sala debe determinar la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta los reparos que, frente a la subsidiariedad, formularon los jueces de tutela.⁴⁸

1. Frente a la exigencia de CASUR, se infiere que la peticionaria no cuenta con tales documentos por lo que, muerto el señor Jorge Aníbal Osses Puentes, solo tendría como única opción acudir a un proceso judicial en el cual pueda demostrar la unión marital de hecho para obtener una sentencia judicial que así lo declare. Esto indica que la accionante cuenta con un mecanismo judicial a su disposición que le permitiría obtener el documento exigido por la entidad accionada.

1. En efecto, la actora puede acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria ante un juez de familia para obtener la declaración judicial de la existencia de una unión marital de hecho entre la accionante y el causante⁴⁹. Al respecto, el artículo 22 del Código General del Proceso dispone que es competencia de los jueces de familia en primera instancia “los

procesos sobre declaración de existencia de unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios”.

1. Es cierto que el procedimiento de jurisdicción voluntaria resulta ser, por regla general, expedito.⁵⁰ Sin embargo, una vez en firme la sentencia, debe continuar el trámite de la actuación administrativa tendiente a obtener el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, de lo cual se concluye que tal mecanismo no es idóneo. Dicha declaración judicial no supone un reconocimiento automático de la sustitución solicitada, sino que se traduce en el cumplimiento del requerimiento de CASUR para probar la existencia de la unión marital de hecho, a partir de lo que continuaría el estudio de la sustitución de la asignación de retiro.

1. En otras palabras, la posibilidad de declarar judicialmente la existencia de una unión marital de hecho para efectos pensionales no es un argumento suficiente para no dar por satisfecho el requisito de subsidiariedad, pues en estricto sentido en este proceso no se estudia la negativa del reconocimiento y pago de la prestación social solicitada, pues dicha manifestación negativa no se ha producido, sino la exigencia impuesta a la accionante mediante la comunicación No. 517958 del 29 de noviembre de 2019 para obtener, al menos, una decisión judicial que le permita demostrar una condición para continuar con la actuación administrativa ante CASUR, que es lo que obligaba al juez en sede de tutela para revisar la validez de tal requisito impuesto para continuar el estudio sobre el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro, o lo que es lo mismo, determinar si tal exigencia contenida en la citada comunicación constituye una barrera o requisito constitucionalmente admisible.

1. Adicionalmente, es pertinente señalar que el acto administrativo cuestionado es de los denominados actos de trámite o preparatorios⁵¹, pues únicamente busca obtener pruebas para dar impulso a la actuación administrativa,⁵² sin que se adopte una decisión definitiva o

de fondo en la misma⁵³. Así pues, la exigencia de CASUR contenida en la comunicación 517958 del 29 de noviembre de 2019, consistente en exigir la acreditación de determinados requisitos para continuar con el trámite de una actuación administrativa, no es susceptible de ser recurrida en sede administrativa ni cuestionada autónomamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁵⁴.

1. Por lo anterior se concluye que en el caso bajo estudio se cumple con el requisito de subsidiariedad al realizar el examen de procedencia de la tutela, en tanto que los medios judiciales que efectivamente existen, carecen de idoneidad y eficacia para la protección de los derechos a la seguridad social y al debido proceso de la accionante. En consecuencia, la Sala advierte que no asiste razón a los jueces de instancia cuando decidieron declarar improcedente el mecanismo de amparo ejercido por la señora Margarita Triana de Rincón, y procede a plantear el problema jurídico y el esquema de solución.

Planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución

1. A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, de los medios de pruebas recaudados y de las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, la Sala debe determinar si la exigencia de CASUR de supeditar el estudio del reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a acreditar la convivencia durante los cinco años antes de la muerte del pensionado y la unión marital de hecho, constituyen una barrera administrativa para el ejercicio de los derechos a la seguridad social y el debido proceso administrativo de la accionante.

1. Con el propósito de resolver esta controversia, la Sala de Revisión examinará: (i) los requisitos de la sustitución de la asignación de retiro en el régimen especial de la Policía Nacional; (ii) el entendimiento jurisprudencial de las Leyes 50 de 1994 y 979 de 2005 en materia pensional; y, (iii) en el marco del derecho a la seguridad social, el alcance del debido proceso administrativo y las barreras administrativas injustificadas.

i. Requisitos para la sustitución de la asignación de retiro en el régimen especial de la Policía Nacional

1. En la Sentencia C-456 de 2015, la Corte Constitucional señaló que la asignación de retiro de este régimen especial es una prestación social similar a la pensión de vejez. En dicha oportunidad, al estudiar la inconstitucionalidad de la expresión “esposa o esposo” contenida en el inciso final del numeral 3.7.2. del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, aclaró que,

“[E]s una prestación social que se asimila a la pensión de vejez con ciertos requisitos especiales dependiendo de la naturaleza del servicio y las funciones públicas que cumplen los beneficiarios.

7.3.6.2. El artículo 3 de la Ley 923 de 2004, señala que el derecho a la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública se concederá exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. De otro lado, el tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito un tiempo superior a 25 años.

7.3.6.3. Antes de la Ley 923 de 2004, los Decretos 501 de 1955 y 3071 de 1968 también establecían una asignación mensual de retiro como parte de las prestaciones sociales a las que tenían derecho los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública”.

1. Por su parte, el artículo 3 de la Ley 923 de 2004⁵⁵ estableció los elementos mínimos que debe tener en cuenta el Gobierno para regular el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones. Al respecto, el numeral 3.7.156 del referenciado artículo regula la calidad de beneficiarios de los cónyuges o compañeros permanentes y establece el requisito de convivencia, en términos similares a los de la Ley 100 de 1993.

1. Posteriormente, el Decreto 4433 de 2004⁵⁷, dictado en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, en su artículo 11, reguló el “orden de beneficiarios de

pensiones por muerte en servicio activo”, estableciendo en su numeral 11.1 que al cónyuge supérstite o compañero permanente sobreviviente le corresponde la mitad de la pensión causada cuando hubiese hijos menores de 18 años o hasta los 25 si se encuentran estudiando y dependían económicamente del causante. Y, en el párrafo segundo, señaló que será beneficiario de la sustitución “en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte”⁵⁸ (énfasis propio).

1. Respecto de los reconocimientos pensionales⁵⁹ o asignaciones de retiro⁶⁰ otorgados por CASUR, la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ha señalado que, aparte de la calidad de cónyuge o compañero permanente, la convivencia es el criterio material indispensable para acceder a la sustitución de la prestación.

1. Al respecto, es importante señalar que tanto el Decreto 4433 de 2004 como la Ley 923 del mismo año, al referirse a los beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro, hacen hincapié en dos aspectos: (i) la identificación del beneficiario en condición de cónyuge o compañero permanente; y, (ii) la demostración de la convivencia por mínimo 5 años antes de la muerte del causante. Esto implica que no cualquier persona que conviva con el causante puede solicitar la sustitución de la pensión o asignación de retiro, sino que es necesario una relación donde la pareja hace una comunidad de vida permanente y singular⁶¹.

1. La Corte Constitucional en la Sentencia T-392 de 2016 señaló al respecto que “tanto la unión matrimonial como la marital de hecho imponen en la pareja dos compromisos o componentes. Por un lado, supone una perspectiva emocional que conlleva un elemento afectivo, de convivencia, compañía mutua, ayuda, entre otros. Y, por el otro, el patrimonial derivado de la sociedad financiera celebrada que impone una serie de obligaciones y

derechos por lo que las falencias en alguno de los dos factores, no supone per ser la terminación del otro”⁶².

1. Así pues, las entidades encargadas de estudiar y decidir sobre la sustitución de una pensión o, como en este caso, de una asignación de retiro, tienen la obligación de determinar si existió un componente afectivo, de ayuda mutua y un proyecto de vida en común, sin que necesariamente elementos como la declaración judicial o, incluso, el vivir bajo el mismo techo, sean elementos que por sí solos puedan definir la existencia o no de la unión marital de hecho. Sin embargo, sí deben ser evaluados para poder llegar a una decisión respecto a la solicitud o pretensión.

1. Por otra parte, la Sala considera pertinente reiterar que la finalidad de la sustitución de la asignación de retiro, así como la sustitución pensional en general, es propender por salvaguardar o mantener el nivel de vida que tenía el beneficiario antes del deceso del pensionado⁶³.

1. En conclusión, este régimen especial prevé dos requisitos que deben ser estudiados por parte de CASUR a la hora de determinar si procede o no la sustitución de una asignación de retiro para los beneficiarios del numeral 11.1 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004: (i) por un lado, la existencia de un matrimonio o una unión marital de hecho, con el cumplimiento de los deberes que dichas relaciones suponen (Supra numeral 38); y, (ii) por otro, la convivencia por un tiempo no menor a los cinco años y hasta el momento del fallecimiento del causante.

i. El entendimiento jurisprudencial de las Leyes 50 de 1994 y 979 de 2005 en materia pensional

1. El artículo 2 de la Ley 979 de 2005 “Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes”, que modificó el artículo 4 de la Ley 54 de 1990, estableció que, la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes se declara por cualquiera de los siguientes mecanismos:

“1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.

2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.

3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia”⁶⁴.

1. En la Sentencia C-456 de 2015, la Corte estudió una demanda promovida en contra de la expresión “esposa o esposo” contenida en el inciso final del numeral 3.7.2. del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 por el presunto desconocimiento del mandato de trato igual entre las parejas sometidas al régimen de la Policía Nacional y las parejas que se rigen por la ley general de pensiones a las que se les permite ser acreedoras de la pensión de sobrevivientes en los eventos de convivencias simultáneas. En dicha oportunidad, la Corte concluyó que el aparte acusado era inconstitucional, por lo que, como remedio judicial, extendió el precedente del concepto de familia previsto en la Sentencia C-1035 de 2008 a la sustitución de la asignación de retiro del régimen prestacional especial de la Fuerza Pública condicionando la norma⁶⁵.

1. En la anterior sentencia, la Corte resaltó que es necesario proteger a todos los tipos de familia sin importar si surgen del matrimonio o de una unión marital de hecho. Aun cuando se trata de figuras jurídicas diferentes, ambas gozan de protección constitucional (art. 42 de la Constitución). En efecto, esta Corporación observó que:

“tanto el matrimonio como las uniones maritales de hecho son arreglos familiares válidos, y

el ordenamiento jurídico debe brindarles protección jurídica en condiciones de igualdad, sin que ello implique una simbiosis de los dos modelos, pues el reconocimiento de derechos y deberes a la voluntad responsable de conformar familia no significa que el legislador se encuentre obligado constitucionalmente a equiparar integralmente las dos instituciones, sino que, por el contrario, debe proteger a cada una en condiciones de igualdad, en función de sus particularidades y especificidades.”⁶⁶

1. Bajo este panorama, cabe anotar que el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 define la unión marital de hecho como “la formada entre un hombre y una mujer⁶⁷ que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular” y, que “para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho” (énfasis propio). Y en el artículo 4, modificado por el 2 de la Ley 979 de 2005, define los medios para probarla.

1. Frente al alcance de la Ley 54 de 1990 en materia pensional, la Corte aclaró lo siguiente:

“Asimismo, el Legislador, ejerciendo el margen de configuración que tiene en esta materia, ha optado por regular de manera diferente determinados aspectos, como los efectos patrimoniales de la sociedad conyugal que se deriva del matrimonio y de la sociedad patrimonial propia de la unión marital de hecho. Visto que la sociedad conyugal se encuentra regulada en el Código Civil -artículos 1771 a 1848-, la sociedad patrimonial fue regulada en la Ley 54 de 1990, al percatarse el Legislador de que el Código Civil no regulaba los efectos patrimoniales de las uniones maritales de hecho. Con base en ello, introdujo una presunción de existencia de la sociedad patrimonial cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años sin impedimento legal para contraer matrimonio entre compañeros, o cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

7.2.6.3. De lo anterior se desprende que la Ley 54 de 1990, sin establecer la igualdad entre los compañeros permanentes y los cónyuges, reconoció jurídicamente su existencia. De este modo ‘las presunciones legales sobre la existencia de la unión marital de hecho, la configuración de la sociedad patrimonial entre los miembros de la pareja, la libertad probatoria para acreditar la unión, comportan mecanismos y vías diseñadas por el legislador con el objeto de reconocer la legitimidad de este tipo de relaciones y buscar que en su interior reine la equidad y la justicia’.”⁶⁸

1. Precisamente, con la Sentencia T-327 de 2014, la Corte estudió el caso de un hombre quien reclamaba la pensión de sobrevivientes y a quien se le exigía sentencia judicial que declarara la existencia de la unión marital de hecho y la convivencia. En dicha ocasión, la Corte reiteró que existe un sistema de libertad probatoria de la unión marital de hecho en procura de acceder a la pensión de sobrevivientes y concluyó que “un fondo administrador de pensiones no tiene la facultad de exigir la declaratoria judicial o ante notario de la unión marital de hecho para acceder a la pensión de sobrevivientes como compañera o compañero permanente, (...) en tanto dicho requisito no está consagrado en la normativa vigente y sobre la materia opera un sistema de libertad probatoria” (subraya fuera del texto original).

1. A su vez, con la Sentencia T-526 de 2015, la Corte estudió el caso de un hombre que pretendía demostrar la existencia de una unión marital de hecho a través de declaraciones juramentadas. En aquella ocasión el juez de primera instancia consideró que no existía certeza de la existencia de la unión marital de hecho, toda vez que la misma no se demostró de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley 54 de 1990. En tal caso, la Corte Constitucional señaló⁷⁰ que una unión marital de hecho puede demostrarse con cualquiera de los siguientes medios de prueba: “(i) escritura pública ante notario, (ii) acta de conciliación, (iii) sentencia judicial, (iv) inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones, y (v) cualquier medio probatorio previsto en la ley” (énfasis propio).

1. En esta sentencia, la Corte concluyó que las declaraciones juramentadas para demostrar la existencia de una unión marital de hecho constituyen medios de prueba válidos, diferenciando esta actuación de aquellas tendientes a demostrar la existencia de una sociedad patrimonial, en donde la carga probatoria es más exigente.

1. Una argumentación similar fue sostenida por la Corte Suprema de Justicia contenida en la Sentencia SL5524-2016, en la que se pronunció respecto de la procedencia del recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. contra una sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. En dicho recurso se afirmaba que la condición de compañeros permanentes se podía acreditar únicamente “mediante declaración expresa ante notario y la cual no puede ser sustituida por otro medio probatorio”.

En aquella sentencia, la Corte Suprema de Justicia expuso que “la condición de compañero (a) permanente no se adquiere por una declaración formal ante notario, ni por ninguna otra ritualidad, sino por el devenir cotidiano de la pareja que comparte su vida con la intención de conformar una familia por la voluntad responsable de hacerlo, en los términos del artículo 42 de la Constitución Política (...) Importa aquí acotar que la evolución jurisprudencial en el ámbito de la seguridad social, ha permitido la construcción de un criterio de convivencia con identidad propia, acorde con la finalidad de las prestaciones por muerte que es la protección del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, y que exhibe desapego frente a la noción de “unión marital de hecho” que en el campo civil trae la Ley 54 de 1990” (subraya fuera del texto).

1. En conclusión, (i) la Ley 54 de 1990 modificada por la Ley 979 de 2005, en lo que atañe a la demostración de la unión marital de hecho, regula los efectos de la sociedad patrimonial que surge de ésta⁷¹; (ii) la Corte ha manifestado que existe “libertad probatoria para acreditar la unión”; y, (iii) tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la de la Corte Suprema de Justicia han reiterado que una administradora de pensiones no puede

exigir la declaratoria judicial o la declaración ante notario de la unión marital de hecho para acceder a la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera o compañero permanente como único medio de prueba, aunque es posible que los mismos se tengan en cuenta dentro de la lógica de la libertad probatoria.

i. El debido proceso administrativo y las barreras administrativas injustificadas

1. Sobre el derecho al debido proceso administrativo derivado del artículo 29 de la Constitución Política, la Corte ha establecido que se trata de un conjunto de condiciones impuestas por la ley a la administración, las cuales suponen el cumplimiento de unos actos por parte de la autoridad⁷² para que no existan decisiones arbitrarias que se aparten de la voluntad del legislador⁷³.

En concordancia con lo anterior, el artículo 84 de la Constitución establece que “[c]uando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio” y, el artículo 16 de la Ley 1437 de 2017, dispone que toda “autoridad tiene la obligación de examinar integralmente la petición, y en ningún caso la estimará incompleta por falta de requisitos o documentos que no se encuentren dentro del marco jurídico vigente, que no sean necesarios para resolverla o que se encuentren dentro de sus archivos”.

1. En ese sentido, en la Sentencia T-698 de 2014, en la cual se estudió el caso de una persona diagnosticada con linfoma a quien se le había negado el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales superiores a los 180 días, la Corte expuso que,

“[L]a imposición de barreras injustificadas por parte de la Administración vulnera directamente los derechos fundamentales de las personas, dado que en estos eventos dichas barreras o trámites excesivos constituyen trabas injustificadas para la guarda de derechos como la salud, la vida, dignidad humana y mínimo vital.

Si bien es cierto que para la adecuada prestación de servicios y reconocimiento de prestaciones económicas las entidades encargadas se encuentran legitimadas para establecer el correspondiente trámite administrativo a seguir por los interesados, en ningún momento estos pueden tornarse excesivamente demorados ni imponer cargas a los usuarios que no se encuentren en condiciones de soportar o no les corresponda asumir, pues de lo contrario resultan violatorias de los derechos fundamentales de quienes inician los mencionados trámites” (énfasis propio).

1. Así pues, cuando una autoridad administrativa impone requisitos por fuera de la ley para atender de fondo a las solicitudes presentadas, está desconociendo el derecho al debido proceso administrativo y el principio de legalidad, por establecer lo que la jurisprudencia constitucional ha señalado como barreras administrativas, las cuales suponen no solo una afectación al derecho al debido proceso, sino que, dependiendo del caso, también pueden devenir en la afectación de otros derechos fundamentales.

1. Específicamente sobre la imposición de barreras administrativas en trámites pensionales, recientemente, en la Sentencia T-144 de 2020, la Corte Constitucional estudió el caso de una persona que solicitaba el reconocimiento de una pensión de invalidez y a quien Porvenir S.A., exigía la corrección del registro civil de nacimiento, pues se presentaba una incongruencia entre los datos de dicho documento y los de la cédula de ciudadanía.

En aquella oportunidad la Corte consideró que,

“Por virtud del debido proceso administrativo y el principio de legalidad en las actuaciones administrativas, en los trámites de reconocimiento pensional los fondos de pensiones sólo pueden exigirles a los solicitantes el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley porque el derecho a la pensión nace cuando se reúnen los requisitos dispuestos en el ordenamiento para considerar que una persona es beneficiaria”⁷⁴. Por ello, en principio, la exigencia del cumplimiento de requisitos, trámites y/o formalidades adicionales no previstos en la ley, como condición para iniciar el trámite de reconocimiento⁷⁵ o para reconocer el derecho a la pensión definitivamente, constituyen una violación al debido proceso

administrativo y obstaculizan el ejercicio del derecho a la seguridad social y, en algunos casos, el derecho a la vida y al mínimo vital⁷⁶ (énfasis propio).

1. En suma, el derecho al debido proceso administrativo y el principio de legalidad suponen que las actuaciones administrativas estén ceñidas a los mandatos legales aplicables, sin que sea aceptable la imposición de requisitos o exigencias adicionales a los exigidos en la ley pensional, pues de lo contrario esta actuación se torna lesiva de garantías ius fundamentales que, adicionalmente, pueden encontrarse en conexidad con otros derechos fundamentales.

i. Constatación del desconocimiento del derecho a la seguridad social y al debido proceso administrativo de la señora Margarita Triana de Rincón por parte de CASUR

1. La Sala considera pertinente señalar que no existe en el expediente prueba del archivo del proceso administrativo relacionado con la solicitud de sustitución de la asignación de retiro, en los términos de la comunicación 517958 del 29 de noviembre de 2019 (Supra numeral 7). La tutela se radicó sin que hubiesen transcurrido los 30 días otorgados por CASUR para presentar cualquiera de los documentos previstos en el artículo 4 de la Ley 54 de 1990 vigente. En tal virtud, se debe entender que no operó el desistimiento de la solicitud y que, en consecuencia, la actuación administrativa se encuentra suspendida.

1. Aclarado lo anterior, y descendiendo al caso en particular, de acuerdo con la norma pensional aplicable al caso, esto es, el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 .en concordancia con el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004-, para acceder a la sustitución de la asignación de retiro es indispensable ser (a) beneficiario, en calidad compañera permanente o cónyuge supérstite, por una parte y, por la otra, acreditar la (b) convivencia efectiva durante los últimos cinco años previos a la muerte del pensionado (Supra numeral 41).

(a) Frente a la calidad de beneficiario. Mediante comunicación 517958 del 29 de noviembre de 2019, CASUR condicionó la continuación del trámite de la solicitud de sustitución de la asignación de retiro presentada por la accionante, a que se aportara dentro del lapso de 30 días, so pena de desistimiento tácito y ulterior archivo, de copia de la escritura pública otorgada ante notario, acta de conciliación o sentencia judicial que declarara la unión marital de hecho, en aplicación del artículo 4 de la Ley 54 de 1990 modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005.

Como se expuso anteriormente, la Corte Constitucional ya ha señalado⁷⁷ que: (i) en el marco del reconocimiento de los derechos pensionales tanto del régimen general de pensiones como en el régimen especial de la Policía Nacional, existe libertad probatoria para acreditar la condición de beneficiario en calidad de compañero permanente (Supra numeral 44) y (ii) que la imposición de requisitos o formalidades por parte de una administradora de pensiones distintas a las exigidas por la ley pensional, para suspender o diferir el estudio de un reconocimiento pensional, suponen una lesión al debido proceso administrativo (Supra numeral 53). Por lo tanto, en el presente caso, no es admisible que la solicitud de reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro fuera suspendida o supeditada con fundamento en normas civiles que no aplican o hacen parte de los requisitos exigidos por las disposiciones que en materia pensional rigen al caso, esto es, el Decreto 3344 de 2004.

(b) Frente al requisito de convivencia. La Sala Segunda de Revisión en uso de sus facultades constitucionales y legales adelantó diferentes actuaciones tendientes a determinar la existencia de la convivencia entre el causante y la accionante. Sin embargo, a pesar de ello, para efectos de la presente sentencia, se presentan elementos que ponen en duda el cumplimiento de la misma.

Primero, se pretendió demostrar la convivencia con base en los siguientes medios de prueba: (i) la declaración de dos personas ajenas a la familia de la accionante; (ii) los registros civiles de nacimiento de los hijos; (iii) la declaración juramentada de la accionante quien afirmó haber convivido con el causante durante 40 años; y, (iv) dos historias clínicas, una del señor Osses Puentes y otra de la señora Triana de Rincón en las que se evidencia que la dirección de residencia era la misma.

1. Aunque algunos de los elementos referidos pueden ser explicados, pues, por ejemplo, la accionante y su hijo justificaron la demora de 2 años, 8 meses, y 6 días para solicitar la sustitución por su incapacidad económica, – petición que no requiere de abogado-, el hecho de que el entonces pensionado no hubiera procurado obtener una atención en salud para la señora Triana de Rincón o si quiera aquellos beneficios que pudiese obtener al informar de su unión marital a la Policía Nacional y el no estar reportado en dos ocasiones como residente en la vivienda de la accionante, son actuaciones contrarias a los deberes de cohabitación, cuidado y apoyo mutuo propios de la unión marital de hecho. Si bien esto no quiere decir necesariamente que no existió la alegada relación, la Sala no puede entrar a conceder la sustitución y el retroactivo solicitado, pues se requiere un despliegue probatorio mayor. Sobre todo, si se tiene en cuenta que dicho estudio no se ha efectuado por parte de CASUR, toda vez que el reconocimiento quedó supeditado a la acreditación de la calidad de compañera permanente conforme a una tarifa legal, esto es, escritura pública, acta de conciliación o sentencia judicial.

1. Sin embargo, la imposibilidad de conceder la pensión en sede de tutela no supone que la exigencia realizada por la entidad accionada resulte constitucionalmente admisible. Por el contrario, precisamente CASUR deberá adelantar las actuaciones administrativas pertinentes para que, en el marco de sus competencias, resuelva la solicitud de la sustitución de la asignación de retiro de la manera que corresponda, sin que pueda imponer una tarifa legal para acreditar la condición de beneficiaria.

1. En otras palabras, como quiera que en sede de tutela no se acreditaron todos los requisitos de causación exigidos para la sustitución de la asignación de retiro, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional estima que no existe mérito para considerar la afectación del derecho a la seguridad social, y no ordenará el reconocimiento y pago de dicha prestación y su retroactivo. Sin embargo, en procura de garantizar el derecho al debido proceso administrativo, se ordenará a CASUR resolver la solicitud presentada por la señora Margarita Triana de Rincón, sin que sea aceptable exigir prueba de la calidad de compañera

permanente mediante los mecanismos enumerados en el artículo 4 de la Ley 54 de 1990 (modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005) como requisito previo para iniciar las actuaciones pertinentes. Así mismo, es oportuno señalar que las pruebas recaudadas en sede de revisión no suponen un prejuzgamiento sobre la existencia o no de la unión marital de hecho entre la accionante y Jorge Aníbal Osses Puentes, sin perjuicio de que CASUR, en el marco de su procedimiento interno y sus competencias, pueda valorar los medios de prueba contenidos en el expediente de tutela para adoptar la decisión a la que haya lugar.

1. En síntesis, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, la sustitución de la asignación de retiro exige: (i) que el beneficiario sea cónyuge o compañero permanente y (ii) la demostración de la convivencia por no menos de cinco años y hasta el momento de la muerte. Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que existe libertad probatoria. Por lo tanto, cuando una entidad administradora de pensiones impone que la demostración debe hacerse exclusivamente por alguno de los mecanismos consagrados en el artículo 4 de la Ley 90 de 1994, está imponiendo barreras administrativas injustificadas, y lesionando de esta forma el debido proceso administrativo.

1. Con fundamento en todo lo expuesto, la Sala concederá el amparo al derecho fundamental al debido proceso administrativo de la accionante, al constatar que la entidad accionada CASUR impuso una barrera administrativa al suspender el estudio de su solicitud de sustitución pensional, en abierto desconocimiento de la ley pensional que rige al caso y de la jurisprudencia constitucional en materia prestacional.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR por los motivos expuestos en esta providencia el fallo del 28 de enero de 2020 proferido por la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el cual, a su vez, confirmó el fallo del 3 de enero del 2020 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Armenia que resolvió declarar improcedente la acción de amparo y, en su lugar, TUTELAR el derecho al debido proceso administrativo.

Segundo.- ORDENAR a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional que, de conformidad con las razones contenidas en la parte motiva de esta sentencia, resuelva la solicitud de sustitución de la asignación mensual de retiro de Jorge Aníbal Osses Puentes presentada por la Señora Margarita Triana de Rincón, de conformidad con la libertad probatoria, en los términos descritos en esta providencia.

Tercero.- ORDENAR al Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional que revise su manual de reconocimiento pensional para que, en lo sucesivo, se abstenga de imponer una barrera administrativa en el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia constitucional expuesta en la parte motiva de la presente sentencia.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Según copia simple de la cédula de ciudadanía de la accionante, se comprueba que nació el 14 de enero de 1935, contando con 85 años cumplidos al momento de seleccionar el expediente para su revisión, disponible a folio 21 del primer cuaderno.

2 Información presentada mediante correo electrónico del 9 de octubre de 2020 por el Secretario de Desarrollo Social de la Alcaldía de Armenia en atención al auto de pruebas del 30 de septiembre de 2020.

3 Información aportada mediante correo electrónico del 9 de octubre de 2020 por el Subdirector de Promoción Social y Calidad de Vida del Departamento Nacional de Planeación en atención al auto de pruebas del 30 de septiembre de 2020.

4 Información aportada mediante correo electrónico del 7 de octubre de 2020 por la Directora Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social en atención al auto de pruebas del 30 de septiembre de 2020.

5 Como se observa en la encuesta realizada por el DNP a su núcleo familiar aportada mediante correo electrónico del 9 de octubre de 2020 por el Subdirector de Promoción Social y Calidad de Vida del Departamento Nacional de Planeación en atención al auto de pruebas del 30 de septiembre de 2020.

6 De acuerdo con la información brindada en la audiencia celebrada por la magistrada auxiliar de este Despacho debidamente autorizada para tal efecto.

8 Demanda de tutela a folio 5 del primer cuaderno.

9 Declaración rendida ante la Notaría 3 del Círculo de Armenia a folio 22 del primer cuaderno.

10 Minuto 6 y siguientes de la entrevista realizada el 2 de octubre de 2020 a las 10:00 a.m., disponible en CD del cuaderno de selección.

11 De acuerdo con los registros civiles de nacimiento Javier Hernando Osses Triana nació el

30 de marzo de 1970 por lo que a la fecha de interposición de la tutela tenía 49 años y Nubia Isabel Osses Triana nació el 21 de julio de 1968 por lo que a la fecha de presentación de la tutela tenía 51 años. Folios 28 y 29 del primer cuaderno.

12 Como consta en la ampliación de los hechos de la tutela allegada por correo electrónico del 7 de octubre de 2020.

13 Como consta en la historia clínica adjuntada a la ampliación de los hechos de la tutela allegada por correo electrónico del 7 de octubre de 2020.

14 La resolución por la cual se otorgó la asignación de retiro no fue allegada al expediente por lo cual no se cuenta con la fecha del reconocimiento, monto y condiciones de la causación del derecho. Sin embargo, en la Resolución 6956 del 21 de noviembre de 2018, que declaró extinto dicho derecho, CASUR señala que reconoció la asignación de retiro al agente (r) Jorge Aníbal Osses Puentes. Folio 14 del primer cuaderno.

15 La Sala considera pertinente reiterar el carácter imprescriptible del derecho a la pensión, el cual se deriva del artículo 48 de la Constitución Política. Al respecto, en la Sentencia SU-567 de 2015 la Corte Constitucional señaló que “...el carácter imprescriptible del derecho a la pensión surge de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir a la sociedad, y además, se constituye en un instrumento para la especial protección que el Estado debe a las personas que por su edad, condiciones de salud y ausencia de alguna fuente de sustento, tienen mayor dificultad para subsistir, y de esta manera asegurar el mantenimiento de unas condiciones de vida digna”.

16 Como consta en el folio 14 del primer cuaderno.

17 Ibidem.

18 Este escrito no fue aportado con la demanda de tutela. Sin embargo, es mencionado en la respuesta de CASUR, en la cual se señala que fue radicado bajo el “ID No. 496807 de 03-10-2019”, obrante a folio 12 del primer cuaderno.

19 Folios 16 a 32 del primer cuaderno.

20 Folios 12 y 13 del primer cuaderno.

21 Folio 12 del primer cuaderno.

22 Ibidem.

23 Acta individual de reparto a folio 9 del primer cuaderno.

24 Folios 34 a 42 del primer cuaderno.

25 Constancia de notificación del 23 de diciembre de 2019 a folio 43.

26 Como expuso el juez de primera instancia en su sentencia. Folio 49 del primer cuaderno.

27 Folio 48 y subsiguientes del primer cuaderno.

28 Folios 46 a 50 del primer cuaderno.

29 Folios 53 a 56 del primer cuaderno.

30 Folio 2 y subsiguientes del segundo cuaderno.

31 Al respecto, el entonces Magistrado (e) delegó la celebración de la entrevista a la magistrada auxiliar según consta en el numeral sexto del Auto del 30 de septiembre de 2020, en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo 02 de 2015.

32 Enviada al Despacho del Magistrado Sustanciador mediante correo electrónico del 8 de octubre de 2020.

33 Mediante correo electrónico remitido por el Secretario de Desarrollo el 9 de octubre de 2020.

34 Por virtud del literal f) del artículo 16 del Acuerdo 02 de 2015, el Magistrado sustanciador delegó en uno de sus magistrados auxiliares la práctica de esta diligencia.

35 No se aportó prueba de esta afirmación.

36 El artículo 16 del Acuerdo 02 de 2015, establece como funciones de los magistrados auxiliares, entre otras, practicar pruebas por delegación que haga el Magistrado titular.

37 El numeral 7 de la parte resolutive del Auto del 30 de septiembre de 2020 estableció que una vez fueran recibidos los informes solicitados, se pondrían a disposición de las partes y de los terceros interesados por tres días hábiles, en los términos del artículo 64 del mismo Acuerdo 02 de 2015. Esta actuación debe surtirse para garantizar el derecho a la contradicción de las pruebas obtenidas.

38 Decreto 2591 de 1991: “ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. (...)”

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

40 Folio 12 del primer cuaderno.

42 Precisamente, el artículo 86 dispone que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

43 Folio 12 del primer cuaderno.

44 Constancia de radicación a folio 43 del primer cuaderno.

45 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-129 de 2009, T-335 de 2009, SU-339 de 2011, T-664 de 2012 y T-340 de 2020

46 Cfr. Sentencia T- 453 de 2009.

47 Cfr. Sentencia T-472 de 2018.

48 Los jueces de primera y de segunda instancia concluyeron que el amparo constitucional no era viable por no haberse satisfecho la subsidiariedad, como quiera que el ordenamiento

jurídico contempla otros instrumentos para hacer valer los derechos presuntamente vulnerados, y que, en el caso particular, no se evidenciaban circunstancias especiales o extremas que justificaran prescindir de estas vías procesales.

49 Al respecto, el juez de primera instancia consideró que “Así pues, este fallador constitucional en sede de tutela, no puede adelantarse a otorgar un derecho cuyo trámite y resolución, como se ha dicho, tiene una vía regular y natural, que la tutela no puede usurpar, pues ello implicaría abrogarse facultades que no le corresponden y asumir competencias que la ley no le otorga, más aún, cuando dentro de un trámite tan breve y sumario, como es el que ahora nos ocupa, no se cuenta con los elementos probatorios mínimos que permitan establecer si efectivamente la parte actora reúne los requisitos para continuar accediendo a la prestación económica citada, circunstancia propia del debate ordinario de familia y ante el Juez natural” (folio 50 del primer cuaderno).

50 Los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen una duración aproximada de 166 días, los procesos verbales en primera instancia tienen una duración aproximada de 279,5 días.

51 Al respecto, en la sentencia T-945 de 2009 la Corte Constitucional señaló que: “También se han distinguido los actos administrativos según el contenido de la decisión, en actos de trámite o preparatorios y actos definitivos. Los primeros no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y en la mayoría de los casos no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas”.

52 El artículo 75 del CPACA dispone la improcedencia de los recursos contra los actos de trámite en sede administrativa.

53 El CPACA, en su artículo 44 define como actos definitivos aquellos que “decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”.

54 Al respecto, en la sentencia C-557 de 2001, la Corte Constitucional señaló que “... los actos de trámite son ‘actos instrumentales’, que integran el procedimiento anterior a la decisión que finalmente resuelva el asunto y sus defectos jurídicos podrán cuestionarse cuando se impugne el acto definitivo, el cual podrá ser invalido, v.gr., por haberse adoptado

con desconocimiento del procedimiento previo que constituye requisito formal del mismo acto. Por lo tanto, es necesario esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para poder plantear la invalidez del procedimiento por haberse presentado anomalías en los actos de trámite”.

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

56 “3.7.1. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte”.

57 “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

58 El artículo 40 del mismo decreto establece que el monto de la pensión mensual que se otorgue al cónyuge o compañero permanente supérstite será “equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante”.

59 El Decreto 4433 de 2004 en su artículo 30 dispone que esta entidad está a cargo de la pensión de invalidez de su personal y los artículos 27 y subsiguientes se regula la pensión de sobrevivientes que pueden recibir los beneficiarios correspondientes una vez acaecida la muerte de “un Oficial, Suboficial, o Agente de la Policía Nacional”.

60 El Artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 dispone que “Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la

fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro”.

61 Esto acorde al artículo primero de la Ley 54 de 1990.

62 Acápite número 7 de la Sentencia T-392 de 2016.

63 Al respecto, ver, entre otras, las sentencias T-526 de 2015 y T-392 de 2016.

64 Mediante Sentencia C-075 de 2007 fue declarada exequible “en el entendido que el régimen de protección en ellas contenido se aplica también a las parejas homosexuales”.

65 “En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo” del artículo 3º -tercer inciso del numeral 3.7.2- de la Ley 923 de 2004, entendiéndose que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, de invalidez y de la sustitución de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la compañera o el compañero permanente del causante y que dicha pensión o sustitución se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el difunto”.

66 Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 2020.

67 Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2015 esta eexpresión fue declarada condicionalmente exequible “bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia”.

68 Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 2015.

69 Al respecto, véase la Sentencia C-075 de 2007, la cual estudió la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, en la que la Corte Constitucional señaló que: “Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al

régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado”.

70 Esta posición fue la reiteración de la regla fijada en la Sentencia T-357 de 2013, en la que se abordó la forma de probar una unión marital de hecho entre personas del mismo sexo en los mismos términos en los que las parejas heterosexuales la acreditan. Al respecto, la Corte señaló que “es razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un medio probatorio igual a las parejas heterosexuales, las cuales disponen de cinco alternativas para ello en el caso de la adjudicación de efectos jurídicos en materia de pensiones, valga decir, (i) escritura pública ante notario, (ii) acta de conciliación, (iii) sentencia judicial, (iv) inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones y (v) cualquier medio probatorio previsto en la ley” (énfasis propio).

71 La Sala de Revisión estima pertinente señalar que el requisito de presunción de la unión marital de hecho, consistente en haber disuelto la sociedad conyugal un año antes de su iniciación, el cual estaba contenido en el artículo 2.b de la Ley 54 de 1990, fue declarado inexecutable en la sentencia C-193 de 2016.

72 Crf., sentencias T-051 de 2016 y T-144 de 2020.

74 Sentencia T-777 de 2015 (cita original).

75 Sentencia T-317 de 2015 (cita original).

76 Sentencia T-373 de 2015 (cita original).

77 Ver, entre otras, las sentencias T-327 de 2014, T-392 de 2016 y T-616 de 2017.