

T-409-18

Sentencia T-409/18

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

El defecto material o sustantivo se configura cuando la decisión judicial se apoya en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea por que ha sido derogada, porque ella o su aplicación al caso concreto es inconstitucional o, porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se ha aplicado”.

DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Requisitos

EVOLUCION DE LOS DERECHOS PENSIONALES DEL CONYUGE SEPARADO DE HECHO CON SOCIEDAD CONYUGAL VIGENTE-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL PARA EL CONYUGE SUPERSTITE SEPARADO DE HECHO QUE CONSERVE VIGENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL-Para su reconocimiento debe demostrar vínculo matrimonial y convivencia igual o superior a cinco años en cualquier tiempo

Esta Corporación ha establecido de forma pacífica que el reconocimiento del derecho pensional del cónyuge separado de hecho se encuentra condicionado únicamente por los requerimientos contemplados en la ley. Esto es, la vigencia de la sociedad conyugal al momento del fallecimiento del asegurado o pensionado, y la acreditación de cinco o más

años de convivencia en cualquier tiempo.

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Derecho fundamental para el apelante único

La protección que integra la garantía establecida en el artículo 31 de la Constitución, implica que el campo de decisión del juez de segunda instancia se encuentra restringido por los límites establecidos por las pretensiones del recurso de alzada, en cuanto no puede desmejorar la situación de quien es apelante único.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA EN PROCESO LABORAL-Finalidad

Referencia: Expediente T-6.750.743.

Acción de tutela interpuesta por Esther Luisa Méndez de Urbina contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 15 de noviembre de 2017 y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 13 de marzo de 2018, en primera y segunda instancia respectivamente, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Esther Luisa Méndez de Urbina contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

El 27 de octubre de 2017, Esther Luisa Méndez de Urbina, actuando a través de apoderado, presentó acción de tutela contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital. Como sustento de su solicitud, relacionó los siguientes,

Hechos[1]

1. La señora Esther Luisa Méndez de Urbina indicó que el 5 de octubre de 1974 contrajo matrimonio con Luis Guillermo Urbina Peña. Aseguró que su convivencia perduró hasta el año 2012, época en la cual este trasladó su residencia al municipio de Melgar (Tolima), por prescripción médica.
2. Manifestó que el Instituto del Seguro Social, mediante Resolución número 120231 del 19 de septiembre de 2011, le reconoció a su cónyuge una pensión de vejez.
3. Precisó que el día 9 de marzo de 2015 su esposo falleció luego de una difícil enfermedad. El 6 de abril de 2015 solicitó ante la Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante Colpensiones) el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Expuso, asimismo, que la señora María Mercedes Peñuela Urbina elevó un requerimiento similar ante dicha entidad, aduciendo la calidad de compañera permanente del causante.
4. Afirmó que Colpensiones reconoció la pensión de sobrevivientes a través de Resolución GNR 202213 del 7 de julio de 2015. La administradora otorgó a su favor el 55,22% de la mesada pensional, y el 44,78% restante a la compañera permanente.
5. Puntualizó que María Mercedes Peñuela Urbina inició proceso ordinario laboral en contra suya y de Colpensiones, buscando obtener el reconocimiento del derecho pensional en un monto superior al 70%.
6. Aseveró que el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de julio del 2017, la declaró como beneficiaria del 25% de la pensión de sobrevivientes. Entre tanto, a la señora María Mercedes Peñuela Urbina le concedió el 75% de la mesada, en calidad de compañera permanente del pensionado.

En la providencia, la autoridad judicial determinó que en el proceso se acreditaron los

requisitos necesarios para reconocer el derecho pensional a la compañera permanente y a la esposa, de forma proporcional al tiempo de convivencia con el causante. Esto por cuanto se cumplieron los presupuestos establecidos en el último inciso del literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que otorga derecho sobre una porción de la mesada a la compañera permanente que conviva con el pensionado durante los cinco años inmediatamente anteriores al deceso, y al cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente, siempre que, en cualquier tiempo, haya convivido con este por cinco años.

7. La accionante explicó que apeló la sentencia de primera instancia, pues consideró que la providencia no valoró las pruebas que demostraban la convivencia con el pensionado hasta el año 2012, bajo la cual tenía derecho a la totalidad de la pensión de sobrevivientes. A su turno, Colpensiones recurrió el fallo respecto del pago retroactivo de la diferencia entre lo otorgado por la entidad y lo reconocido por la autoridad judicial, así como frente a la condena en costas.

8. La peticionaria puntualizó que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 13 de septiembre de 2017, revocó la providencia de primera instancia y, en su lugar, dispuso reconocer como acreedora del 100% de la pensión de sobrevivientes a la señora María Mercedes Peñuela Urbina.

En efecto, al resolver la apelación y, al mismo tiempo, el grado jurisdiccional de consulta, el Tribunal ratificó el acceso a la pensión de sobrevivientes por parte de la compañera permanente. Sin embargo, indicó que el reconocimiento de la porción pensional de la señora Méndez de Urbina se encontraba supeditado al cumplimiento de los presupuestos especiales establecidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 12442-2015 para la cónyuge supérstite. Esto es, demostrar que, pese a la separación de hecho, la prestación se requería para satisfacer las carencias surgidas con la muerte del pensionado, aspecto que no fue acreditado por la peticionaria.

Frente a esta decisión el magistrado Manuel Eduardo Serrano Baquero salvó su voto. En su criterio, en el asunto procedía el pago proporcional de la mesada pensional, pues la sola convivencia superior a cinco años de la cónyuge, en cualquier tiempo, daba lugar al reconocimiento de la prestación en su favor.

9. Con sustento en lo expuesto, la accionante alegó que el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Bogotá vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital. Esto por cuanto, en su criterio, esa Corporación desconoció: (i) los años de convivencia que compartió con su cónyuge; (ii) su condición de apelante única, pues, aunque Colpensiones también recurrió la sentencia de primera instancia, su pedimento no estuvo orientado a debatir los porcentajes del beneficio pensional; y (iii) la vigencia de la sociedad conyugal existente entre ella y el señor Guillermo Urbina Peña, bajo la cual tiene la facultad legal de acceder a la prestación económica.

10. En consecuencia, pidió dejar sin efecto la sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral y, en su lugar, disponer que el asunto fuera conocido por el magistrado de esa Sala que siguiera en turno. De forma subsidiaria requirió conminar a la magistrada ponente de la Sala original, para que emitiera una nueva decisión teniendo en cuenta la normatividad vigente y las pruebas recaudadas en el asunto.

Trámite procesal

11. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante auto del 1 de noviembre de 2017, admitió la acción de tutela. Como corolario, ordenó vincular al trámite constitucional a las autoridades, partes y terceros involucrados en el proceso ordinario laboral y, además, correr traslado a la entidad accionada y a los vinculados para que en el término de un día se pronunciaran sobre los hechos objeto de estudio.

12. En igual sentido, ofició al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá para que remitiera el expediente contentivo del proceso ordinario laboral.

13. No obstante, la autoridad judicial accionada y los demás vinculados en el proceso de tutela guardaron silencio.

Sentencias objeto de revisión

De la sentencia de primera instancia

14. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 15 de noviembre de 2017, negó el amparo de los derechos fundamentales suplicados, al considerar que en el asunto no se cumplía el requisito de subsidiariedad. Lo anterior, por

cuanto la accionante ha debido hacer uso de los mecanismos de defensa judicial que la ley le otorga para atacar la decisión de segunda instancia, esto es, el recurso extraordinario de casación.

De la impugnación

15. El apoderado de la accionante impugnó la decisión. Consideró que el juez de primera instancia desconoció las “graves vías de hecho” en que incurrió la entidad judicial accionada al revocar la decisión que había concedido el 25% de la mesada pensional. Paralelamente, resaltó que la providencia dejó intacta una decisión que le arrebató a la accionante el único ingreso del que disfrutaba, dejándola en una situación de “(...) total desamparo y postración económica”[2].

De la segunda instancia

16. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de fallo del 13 de marzo de 2018, confirmó la sentencia emitida por el a quo. Reiteró que en el asunto no se cumplió el requisito de subsidiariedad, pues no se utilizaron los mecanismos de defensa judicial procedentes. Asimismo, señaló que no se demostró una situación particular que impidiera acudir al recurso extraordinario de casación.

Pruebas que obran en el expediente

17. El accionante relacionó como prueba el proceso ordinario laboral e informó que el mismo se encuentra en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

18. La Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y el Magistrado Alberto Rojas Ríos, mediante auto del 31 de mayo del 2018 dispuso seleccionar para revisión el presente asunto. Valoró como criterio objetivo para su escogencia la necesidad de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental. A su vez, el asunto fue repartido por sorteo al Despacho del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas.

19. El Magistrado sustanciador, a través de auto del 27 de junio de 2018, dispuso vincular al trámite a la señora María Mercedes Peñuela Urbina, pues encontró que no había sido llamada al proceso de tutela y sus intereses podrían verse afectados con la sentencia de

revisión. De la misma manera, observó que no contaba con elementos de juicio que lo habilitaran para proferir una decisión correctamente fundada, así que ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

“a) Solicitar al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, para que en el término de tres (03) días hábiles siguientes a la comunicación de este proveído, remita en calidad de préstamo y con destino al expediente T-6.750.743, el expediente contentivo del proceso ordinario laboral N°11001310500720160008701, de María Mercedes Peñuela Urbina contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-.

b) Solicitar a la señora Esther Luisa Méndez de Urbina, para que en el término de tres (03) días hábiles siguientes a la comunicación de este proveído y con destino al expediente T-6.750.743, informe su edad, cómo obtiene los medios de subsistencia, con quién vive, a cuánto asciende el monto de los gastos en que incurre mensualmente para su manutención, si padece de alguna enfermedad y demás condiciones de vida actuales, que permitan a la Corte establecer el grado de vulnerabilidad. La información suministrada debe venir acompañada de los soportes respectivos”[3].

20. Finalmente, el Despacho determinó que las pruebas recibidas se pusieran a disposición de las partes por el término de un día para que, si lo estimaban conveniente, se pronunciaran sobre ellas.

Respuestas y pruebas allegadas en sede de revisión

21. El apoderado de la señora Esther Luisa Méndez de Urbina, mediante oficio del 6 de julio de 2018[4], indicó que la accionante tiene 69 años de edad; padece hipertensión, diabetes, artrosis, síndrome del túnel del carpo y que además ha sufrido un infarto. Expuso que por sus problemas de salud no puede trabajar, ni devenga algún tipo de ingreso. Adicionalmente, refirió que el sustento de la accionante es provisto por su hija, Lida Nury Urbina Méndez. Respecto de la situación socioeconómica de la última aclaró que además de correr con los gastos de su madre, debe garantizar el sostenimiento de un hijo, por cuanto expone que es una madre cabeza de familia.[5]

Por otra parte, adujo que la señora Esther Luisa Méndez de Urbina incurre mensualmente en gastos de manutención que ascienden a \$ 500.000. Afirmó, por último, que “(...) estamos

frente a una persona que vive en condiciones de extrema marginalidad debido a su estado de pobreza y nivel cultural e intelectual ínfimos y por tal motivo la actora acude a esta jurisdicción en aras de obtener al menos un cincuenta por ciento (50%) de la mesada pensional que devengaba su legítimo esposo LUIS GUILLERMO URBINA PEÑA, para no quedar en total desamparo como consecuencia de una total vulnerabilidad a sus derechos constitucionales y legales”[6]. (Mayúsculas propias)

22. El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, a través de oficio del 7 de julio del 2018, allegó en calidad de préstamo el proceso ordinario requerido.

23. La señora María Mercedes Peñuela Urbina, en escrito del 11 de julio de 2018[7], se pronunció sobre los hechos que dieron origen a la acción de tutela y reiteró los motivos, pretensiones y actuaciones adelantadas en el proceso ordinario laboral. Así, explicó que la convivencia que sostuvo con el señor Guillermo Urbina Peña perduró desde el año 1982 hasta el fallecimiento de su compañero en 2015. Seguidamente, que como consecuencia de la baja proporción en la mesada pensional reconocida por Colpensiones, decidió iniciar un proceso ordinario laboral buscando un aumento en el monto de la prestación. Relató que encontró cumplidas sus expectativas con la decisión del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, que le reconoció el 75% de la mesada pensional, razón por la cual no apeló el fallo.

Luego, explicó que Esther Luisa Méndez y Colpensiones presentaron recurso de apelación contra la decisión de primera instancia. Aseguró que en esta etapa se vislumbró una grave negligencia por parte de la cónyuge del pensionado y su apoderado, por cuanto no se hicieron presentes en el resto de trámite procesal.

Finalmente, solicitó se mantuviera la decisión adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al considerar que cuenta con un mejor derecho y que la accionante no queda desprotegida sin el reconocimiento pensional. Asimismo, sostuvo que el abogado de la accionante no puede recurrir al mecanismo constitucional para subsanar su falta, al no agotar los recursos a su alcance.

24. Después de poner a disposición de las partes las pruebas recolectadas en el trámite de revisión, la Secretaría de la Corte recibió dos comunicaciones.

25. Así, el apoderado de la accionante, mediante escrito radicado el 13 de julio de 2018, realizó un conjunto de observaciones respecto de la intervención realizada por María Mercedes Peñuela Urbina el 11 de julio de 2018. En este sentido, después de reiterar los argumentos proferidos al interior del proceso ordinario laboral frente a la convivencia y el derecho pensional, contravirtió la afirmación que cuestiona la situación de desprotección de su poderdante, pues explicó que la cónyuge siempre contó con el apoyo económico y moral del causante.

26. Por último, luego de vencido el término probatorio establecido por esta Corporación, se recibió por medio de escrito del 17 de julio de 2017, comunicación en que la señora María Mercedes Peñuela Urbina dio respuesta al traslado probatorio realizado. Aseguró que frente a la situación socioeconómica de la accionante no se advierte el desamparo relacionado, por cuanto el lugar donde reside no es un barrio marginal y la vivienda en que habita es propiedad de su hija, porque decidió entregársela en donación.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

2. Esther Luisa Méndez de Urbina, quien tiene 69 años de edad y padece múltiples enfermedades, reclamó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital, vulnerados, en su criterio, por la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que resolvió no declararla como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge Luis Guillermo Urbina Peña.

3. Conforme a lo referido en los antecedentes de la providencia, se advierte que la solicitud de tutela se sustenta en que el Tribunal accionado decidió revocar el fallo que, en primera instancia y siendo única apelante, le había reconocido el 25% de la mesada pensional a la accionante con base en el tiempo de convivencia y la sociedad conyugal que se mantenía

vigente al momento de fallecimiento del pensionado.

4. Para tomar su decisión, el Tribunal siguió una tesis que sobre este tema desarrolla actualmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y exigió una condición adicional a la establecida en la ley. Al respecto, sostuvo que no se acreditó que la señora Esther Luisa Méndez de Urbina fuese acreedora del beneficio pensional, en cuanto no demostró que la muerte del pensionado le hubiese ocasionado una carencia económica, moral o afectiva. De igual modo, que la sola vigencia de la sociedad conyugal junto con una convivencia mayor a cinco años en cualquier tiempo no daba lugar al derecho reclamado.

5. Los jueces constitucionales de instancia resolvieron declarar improcedente la acción de tutela, al valorar que no se cumplió el requisito de subsidiariedad, pues no se acudió al recurso extraordinario de casación.

6. Conforme a los presupuestos fácticos que anteceden el asunto, esta Sala analizará si se cumplen los requisitos formales de procedencia de la acción de tutela. Si así fuese, examinará luego el cumplimiento de los parámetros de procedibilidad material. En particular e interpretando la demanda[8], revisará si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá incurrió en los defectos por violación directa de la Constitución, sustantivo y por desconocimiento del precedente constitucional y, consecuentemente, si vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Esther Luisa Méndez de Urbina. Lo anterior, a través de la sentencia que, en segunda instancia del proceso ordinario laboral, siendo apelante única, revocó el fallo que la había declarado como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge Luis Guillermo Urbina Peña, por no haber acreditado que entre ella y el pensionado se mantenía vigente un vínculo de familia, que resultase afectado con el fallecimiento del pensionado.

7. Así las cosas, para resolver el problema jurídico planteado esta Corporación reiterará su jurisprudencia sobre (i) los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, (ii) la pensión de sobrevivientes, (iii) el principio de no reformatio in pejus y (iv) el grado jurisdiccional de consulta. A partir de las anteriores consideraciones se estudiará (v) el caso concreto.

Requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales –Reiteración de jurisprudencia-

8. La acción de tutela fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la Constitución Política de 1991. Este mecanismo de defensa judicial reconoce el derecho de toda persona a reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, “(...) cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”[9].

9. En relación con la acción de tutela contra providencias judiciales la Corte ha sostenido que su procedencia es restringida[10] y, por ello, se encuentra sujeta a que los jueces en sus decisiones hayan incurrido “(...) en graves falencias que las hagan incompatibles con la Constitución y afecten los derechos fundamentales de las partes”[11].

10. A su vez, la Corte también ha señalado que los valores de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial que sustentan la administración de justicia, no se transgreden a través del mecanismo constitucional.[12] Esto por cuanto, para garantizar el respeto de las competencias judiciales, su empleo se ha limitado a asuntos excepcionales. La jurisprudencia ha decantado para ello las denominadas causales generales y específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que se reseñan a continuación.

Requisitos generales o formales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

11. Esta Corporación a partir de la sentencia C-590 de 2005 tuvo como causales genéricas o formales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, las siguientes:

(i) Que el asunto tenga relevancia constitucional, esto es, que se reclame la protección de derechos fundamentales, pues de lo contrario se podrían invadir las competencias de las otras jurisdicciones.[13]

(ii) Que se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios procedentes, exceptuando los escenarios en los que se pretende evitar un perjuicio irremediable[14], por cuanto la acción de tutela no puede convertirse en una herramienta jurídica alterna que

desplace los mecanismos ordinarios de defensa.

(iii) Que entre el hecho vulnerador y la presentación de la acción de tutela haya transcurrido un tiempo razonable, como una medida para garantizar los principios de cosa juzgada y de seguridad jurídica.[15]

(iv) Que cuando se alegue una vulneración de derechos fundamentales con ocasión de una irregularidad procesal, esta posea relevancia jurídica para influir de manera determinante en la decisión.[16]

(v) Que quien recurre a la acción de tutela haya identificado de forma razonable los hechos que dieron origen a la vulneración y los derechos lesionados con motivo de las actuaciones demandadas, así como que, de haber sido posible, los hubiese alegado en el proceso judicial.[17]

(vi) Que no se trata de sentencias de tutela.[18]

12. Ahora bien, conforme a los presupuestos fácticos que sostienen la presente solicitud de amparo constitucional, es imperioso reiterar los pronunciamientos que esta Corporación ha proferido frente a la subsidiariedad, como causal formal de procedencia de la acción.

El agotamiento de todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa frente al recurso de casación -Reiteración de jurisprudencia-

13. El artículo 86 de la Constitución estableció que el mecanismo de tutela “(...) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

14. Por su parte, el Decreto 2591 de 1991 replicó el mandato constitucional al contemplar la improcedencia de la demanda de amparo cuando existan otras herramientas de protección judicial.[19] Al mismo tiempo, la norma explicó que los recursos ordinarios de defensa deben ser valorados “(...) en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”[20].

15. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha analizado las implicaciones jurídicas que comporta el principio de subsidiariedad en varios escenarios, verbigracia, en cuanto a los

parámetros que delimitan la posibilidad de recurrir a la acción de tutela contra providencias judiciales. Al respecto, la Corte ha señalado que:

“(…) a la acción de tutela no puede admitírsele, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”[21].

16. Con todo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el estudio del cumplimiento del requisito de subsidiariedad no implica una verificación mecánica y estricta del agotamiento de los recursos judiciales disponibles.[22] Después de todo, este Tribunal ha señalado, por ejemplo, que cuando quien depreca la protección es un sujeto de especial protección constitucional, “(…) el examen de estos supuestos no debe ser tan riguroso, y que su condición amerita un tratamiento diferencial positivo”[23].

17. Por esta razón, las decisiones constitucionales que examinen la procedencia de la acción de tutela, cuando no se ha acudido a los mecanismos ordinarios, deben adelantar un análisis juicioso de las condiciones particulares presentes en cada asunto. La valoración subjetiva, por consiguiente, debe realizarse en todos los escenarios, incluso cuando se ha dejado de acudir al recurso extraordinario de casación.

18. Esta Corporación ha aplicado constantemente este mandato jurisprudencial y, luego de analizar las condiciones especiales de quienes solicitan la protección de sus derechos fundamentales, ha aceptado la procedencia de la acción de tutela, aunque no se hubiesen agotado los recursos disponibles.

19. Así, se tiene que en la sentencia T-714 de 2011, que estudió la situación de una persona de 72 años que no acudió al recurso de casación para controvertir una decisión que negaba el reconocimiento de una pensión de vejez, la Corte indicó que “(…) aunque en principio el actor puede interponer el recurso de casación, no puede perderse de vista que ese trámite tiene una duración aproximada de 3 a 5 años. De este modo, para esta Sala, someter al accionante a un trámite de esa naturaleza, dada su avanzada edad, resulta una carga desproporcionada”[24].

20. En la misma línea, la Corte Constitucional en la sentencia T-352 de 2012 analizó el caso de dos médicos que en el trámite de un proceso de filiación omitieron acudir al recurso extraordinario de casación. En el primer asunto, por no contar con la debida defensa técnica y, en el otro, como consecuencia de no haber sustentado el recurso por no disponer de los medios económicos para sufragar los honorarios del abogado. Allí, el Tribunal indicó que al accionante “(...) no se le puede exigir el conocimiento adecuado para hacer uso de éstos, recayendo esa responsabilidad en su abogado, quien no ejerció adecuadamente la defensa de los intereses de su defendido”[25].

21. Asimismo, en la sentencia T-228 de 2014, que revisó la acción de tutela de una mujer de 85 años que no acudió a la casación para anular un fallo que no accedía al pago de la pensión de sobrevivientes para ella y su hijo discapacitado, la Sala explicó que “(...) someter a la actora a un trámite adicional tan dilatado resulta claramente desproporcionado y riesgosamente tardío, convirtiendo en procedente la acción de tutela desde esta perspectiva”[26].

22. Igualmente, en la sentencia T-401 de 2015, que examinó la solicitud realizada por una mujer de 65 años quien no recurrió al recurso extraordinario de casación para atacar la decisión judicial a través de la cual se le negó una pensión de sobrevivientes, se resaltó que “(...) ya que se solicita el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de una persona que supera la edad promedio para ingresar al mercado laboral, que no cuenta con ningún tipo de sustento económico actualmente, que nunca ha laborado, que se encuentra afiliada al régimen subsidiado, cuya situación económica y social es precaria, y que presenta problemas de salud es claro que un recurso extraordinario no resultaría idóneo ni eficaz para la protección inmediata de sus derechos fundamentales”[27].

23. De forma reciente, esto es, a través de la sentencia T-464 de 2016 la Corte ratificó su posición en este sentido. Allí, luego de estudiar la solicitud de una adulta mayor que no presentó la casación contra una decisión que la privó de un derecho pensional, la Corporación indicó que “(...) la peticionaria es una persona de 77 años de edad que ya agotó las instancias ordinarias laborales por lo que exigirle acudir a un medio extraordinario y calificado como la casación resultaría excesivo. En especial, ya que en la acción de tutela señala que la decisión de Tribunal ha afectado de manera particular su derecho fundamental al debido proceso”[28].

24. Así las cosas, atendiendo a las condiciones especiales del accionante y al análisis de la idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario en el caso concreto, la jurisprudencia constitucional ha adoptado una posición flexible frente al cumplimiento del requisito de subsidiariedad en determinados eventos.[29]

Los requisitos específicos o materiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

25. La Corte Constitucional, adicionalmente, ha establecido un conjunto de causales materiales de procedencia para encausar el estudio de las acciones de tutela formuladas contra providencias judiciales. A saber:

(i) Defecto orgánico: se presenta cuando la autoridad judicial que profiere la decisión no cuenta con la competencia requerida para ello.[30]

(ii) Defecto procedimental absoluto: se configura cuando la autoridad judicial ignora de forma flagrante la normatividad que establece el procedimiento que se debe seguir en el asunto concreto.[31]

(iii) Defecto fáctico: se advierte cuando la decisión que emite el juez no se soporta en las pruebas recolectadas en el trámite procesal o valora las mismas tan solo de forma parcial.[32]

(iv) Defecto sustantivo: surge cuando la autoridad judicial aplica una norma derogada o que no corresponde a la premisa fáctica para la cual fue creada.[33]

(v) Error inducido: aparece cuando la providencia judicial cuestionada es producto de maniobras fraudulentas que ocasionan falencias sustantivas o fácticas por consecuencia.[34]

(vi) Decisión sin motivación: se presenta cuando el juez no expone las razones jurídicas y fácticas que lo llevaron a tomar la decisión en el asunto que conoce.[35]

(vii) Desconocimiento del precedente: se configura cuando la autoridad judicial ignora la regla de decisión consolidada por la Corte Constitucional.[36]

(viii) Violación directa de la Constitución: se incurre en esta causal cuando la autoridad judicial no toma en cuenta, de forma correcta, mandatos constitucionales con valor normativo, o cuando aplica las disposiciones de una ley sin atender a la Carta Política.[37]

26. Seguidamente, para abordar de forma integral el estudio de los temas necesarios para dar solución al presente caso, se caracterizarán brevemente los defectos por violación directa de la Constitución, sustantivo y por desconocimiento del precedente constitucional.

Caracterización del defecto por violación directa de la Constitución

27. Esta Corte cimentó el defecto por violación directa de la Norma Superior[38] sobre el mandato que dispone que “La Constitución es norma de normas (...)”, y que “(...) En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”[39].

28. De esta manera, esta causal se presenta cuando se ignora o quebranta directamente la fuerza normativa de la Constitución. La jurisprudencia, sobre este aspecto, ha explicado que:

“(...) esta causal de procedencia de la acción de tutela encuentra fundamento en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de tal forma que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. En consecuencia, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados”[40].

29. En consecuencia, se advierte la ocurrencia del defecto cuando “(...) una providencia judicial desconoce determinados postulados de la Carta Política, omitiéndolos por completo, contradiciéndolos, o dándoles un alcance insuficiente”[41].

31. De igual forma, el defecto se configura cuando el operador jurídico da aplicación a una disposición de rango legal contraria a la Carta Política y no utiliza la figura de la excepción

de inconstitucionalidad.[44]

32. En síntesis, el marco constitucional adoptado en 1991 les otorgó fuerza normativa a los preceptos superiores, por lo que deben ser tenidos en cuenta y aplicados por las autoridades judiciales de la República, al momento de tomar sus decisiones.

Caracterización del defecto material o sustantivo

33. Esta Corporación ha señalado que los principios de autonomía e independencia judicial no son absolutos.[45] En consecuencia, las decisiones que profieren los operadores jurídicos para concluir un asunto no pueden apartarse de los lineamientos normativos que regulan cada caso. El defecto material o sustantivo, por lo tanto, “(...) se configura cuando la decisión judicial se apoya en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea por que ha sido derogada, porque ella o su aplicación al caso concreto es inconstitucional o, porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se ha aplicado”[46].

34. De este modo, la jurisprudencia ha recalcado que los jueces no pueden, sin recurrir a algún motivo de mayor relevancia jurídica, apartarse de la ley. En el mismo sentido, en sentencia T-462 de 2003 esta Corte señaló que se configura el defecto en los siguientes escenarios:

“(i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva”.

35. En suma, los operadores jurídicos cuentan con un amplio margen para elegir la norma aplicable y su interpretación. De esta forma, no puede alegarse el defecto sustantivo por el simple disenso sobre el ejercicio deductivo realizado por la autoridad judicial. La

configuración de la causal requiere, entonces, que el desconocimiento de la ley sea flagrante, arbitrario y de tal envergadura que no se encuadre dentro de los límites interpretativos reconocidos constitucionalmente a los jueces de la República.

Caracterización del defecto por desconocimiento del precedente constitucional

36. La Corte Constitucional ha señalado que el precedente judicial lo constituyen “(...) la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

37. Ahora bien, en cuanto a los motivos que dotan de incidencia efectiva al precedente judicial en un asunto concreto se tienen las siguientes circunstancias: “(i) su ratio decidendi contiene una regla relacionada con el caso posterior; (ii) esta ratio debió servir de base para resolver un problema jurídico análogo al que se estudia en el caso posterior; (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas deben ser semejantes o plantean un punto de derecho similar al que debe resolverse en el caso posterior”[47].

38. Por su parte, el precedente que establece la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones adquiere especial relevancia jurídica. Lo anterior, en atención a las funciones que le otorgó el constituyente como garante de la integridad y supremacía de la Carta Política (Art. 4 y 241 C.P.). En consecuencia, “(...) las decisiones en las que determina el alcance y contenido de disposiciones allí contenidas, se tornan obligatorias en su parte resolutive y en su ratio decidendi”.

39. Así las cosas, una autoridad judicial desconoce el precedente constitucional cuando, en un caso concreto, desconoce la regla de decisión que esta Corporación ha fijado en asuntos semejantes.

La pensión de sobrevivientes

40. La Constitución Política de 1991 organizó a Colombia como un Estado Social de Derecho[48]. Bajo este modelo las instituciones públicas asumen un nuevo rol en el centro de las interacciones sociales, al verse obligadas a adelantar medidas para lograr la materialización efectiva de las garantías reconocidas en la Carta Política.[49]

41. En el panorama normativo nacional se tiene que la seguridad social aparece como una de las instituciones jurídicas que busca cumplir esos presupuestos superiores. En efecto, la figura se advierte como una herramienta esencial para proteger a los miembros de la comunidad de las graves consecuencias económicas y personales que pueden ocurrir con motivo de la disminución o desaparición de sus capacidades físicas.[50] Al respecto, esta Corporación ha explicado que sus objetivos:

“(…) guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político[51], donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación[52]”[53].

42. De igual forma, la Constitución Política estructuró a la seguridad social sobre una doble naturaleza, esto es, la incorporó al ordenamiento jurídico como un derecho fundamental y, a su vez, como un servicio público obligatorio. Ahora bien, se debe resaltar que respecto de la última condición su prestación se debe adelantar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, atendiendo siempre a los principios de “(…) eficiencia, universalidad y solidaridad (...)”[54].

“1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.

2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente ley.

3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que, en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.

El Sistema de Seguridad Social Integral está instituido para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como para coordinar a las entidades prestatarias de las mismas, para obtener las finalidades propuestas en la presente ley”[55].

44. Del mismo modo, el sistema incluye cuatro componentes básicos, a saber:“(i) el sistema general de pensiones, (ii) el sistema general de salud, (iii) el sistema general de riesgos profesionales y (iv) los servicios sociales complementarios definidos en la misma ley”[56].

45. Por su parte, el Sistema General de Pensiones se orienta hacia la protección de las personas frente a las eventualidades que puedan ocurrir con ocasión de la vejez, la invalidez o la muerte.[57]

46. En lo relacionado con las prestaciones asistenciales y económicas que ofrece el sistema como respuesta a las contingencias surgidas como consecuencia de la muerte de un afiliado o pensionado, la Ley 100 de 1993 contempló la pensión de sobrevivientes. Al respecto, “La doctrina nacional ha distinguido entre la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes.

La primera ha sido definida como aquella prestación de tipo económico que a la muerte de su titular se otorga a sus beneficiarios de conformidad con el orden preestablecido en la ley. En otras palabras, los beneficiarios de una persona que tenía el estatus de pensionado toman el lugar del causante y se hacen acreedores del derecho que venía disfrutando. En este caso no se trata de una pensión nueva sino de una subrogación o sustitución pensional en sentido estricto. Por su parte, la pensión de sobrevivientes se identifica como aquella asistencia, también de carácter económico, que se reconoce a los beneficiarios de un afiliado que aún no ha reunido los requisitos para acceder a una pensión. En este evento, la pensión de sobrevivientes que se paga a sus familiares es una nueva prestación de la que no gozaba el causante, y que se genera en razón de su muerte, previo el cumplimiento de unos requisitos que el legislador ha previsto”[58].

47. No obstante lo expuesto, la Corte ha precisado que la Ley 100 de 1993 reúne las dos modalidades de prestación bajo la misma denominación: “pensión de sobrevivientes”[59].

En el mismo sentido, ha señalado que esta pensión se sustenta en los siguientes elementos:

“(i) principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, de acuerdo con el cual “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su

beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”; (ii) principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados, en cuanto la prestación en comento se otorga en favor de ciertas personas que sostuvieron una relación afectiva, personal y de apoyo con el asegurado y; (iii) principio de universalidad del servicio público de seguridad social, “toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante”[60].

48. Por otro lado, aunque las características de la asistencia otorgada como pensión de sobrevivientes indiquen que se trata, únicamente, de una prestación económica, no se puede ignorar que la ausencia de su reconocimiento puede implicar la vulneración de garantías constitucionales. Así, por ejemplo, esta Corporación ha indicado que la pensión de sobrevivientes hace parte del contenido del derecho fundamental a la seguridad social.[61]

49. De este modo, cuando se estudien las reclamaciones que se hagan por vía de tutela sobre asuntos pensionales, corresponde al juez constitucional adelantar un análisis de las afectaciones personales causadas en razón de su falta de reconocimiento. Con todo, el operador judicial tiene el deber de verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho solicitado.

Requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes

50. Las condiciones para acceder a la pensión de sobrevivientes están dadas por la misma Ley 100 de 1993, la cual regula el ámbito de aplicación de la figura pensional en cuanto a sus beneficiarios, requisitos y forma. Así, el artículo 47, modificado por la Ley 797 de 2003, relacionó como acreedores del beneficio a los siguientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya

convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. 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;(...)".

51. Ahora bien, conforme a los motivos expuestos en la presente solicitud de tutela, es necesario ahondar en el alcance de uno de los apartes del precepto normativo. Esto es, las reglas que establecen el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes respecto del cónyuge y de la compañera o compañero permanente.

52. Así pues, la legislación además de consagrar los parámetros en cuanto a la edad de quien pretende reclamar el derecho pensional, realiza una serie de precisiones que reglan la forma en que se debió presentar la convivencia con el causante. En este escenario adquiere relevancia el mandato establecido frente a la cuota parte que le corresponde al cónyuge que, aún separado de hecho, mantiene vigente la sociedad conyugal, por cuanto establece

una excepción al precepto contemplado en el primer literal del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

53. De este modo, es claro que haber convivido con el pensionado durante cinco años en cualquier tiempo, es el único requisito que el ordenamiento jurídico le exige al cónyuge separado de hecho y con sociedad conyugal vigente para acceder a la pensión de sobrevivientes.

54. Con todo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha mantenido una postura pacífica en relación con el alcance de la disposición señalada. Su criterio ha tenido modificaciones importantes frente a la comprensión de los requisitos exigibles al cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente que busca el acceso a la pensión de sobrevivientes. La misma, en ocasiones ha distado también de la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional. (Consideraciones 70 a 72 infra)

Evolución de los derechos pensionales de la cónyuge separada de hecho con sociedad conyugal vigente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

56. La Corte Constitucional en sede de constitucionalidad estudió la exequibilidad de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, en cuanto a la vigencia del vínculo matrimonial como criterio para reconocer el derecho pensional. En efecto, en la sentencia C-336 de 2014 esta Corporación analizó si la posibilidad del cónyuge de acreditar su convivencia con el pensionado o afiliado en cualquier tiempo vulneraba el artículo 13 de la Constitución. Lo anterior, al no otorgar igualmente esta facultad a quien ostenta la calidad de compañero permanente.

57. En su decisión este Tribunal encontró que la distinción se ajustaba a la Carta Política, pues no es posible considerar la “(...) discriminación de trato por parte de la ley cuando los grupos sujetos de comparación no pertenecen a la misma categoría jurídica o no son asimilables”[62]. En cuanto a las razones concretas que sustentaron la determinación, se indicó que:

“(…) si en gracia discusión se estudiara la finalidad de la diferencia de trato otorgada al cónyuge con sociedad vigente pero con separación de hecho, resulta constitucionalmente justificada la medida adoptada, en tanto que ambos beneficiarios –compañero permanente

y cónyuge con separación de hecho- cumplen con el requisito de convivencia, el cual se armoniza con los efectos patrimoniales de cada institución, pues los haberes del matrimonio siguen produciendo efectos jurídicos ya que la separación de hecho no resta efectos a la sociedad patrimonial existente entre el causante y su cónyuge sobreviviente. Es decir, que pese a que el de cujus conviviera por el término mínimo de cinco años con un compañero permanente, la sociedad de hecho entre estos dos no se conformó al estar vigente la del matrimonio.

Es así, como en protección y reconocimiento del tiempo de convivencia y apoyo mutuo acreditado por el miembro sobreviviente de la unión marital de hecho, que el legislador le otorgó el beneficio de una cuota parte de la pensión frente a la existencia de una sociedad conyugal. En conclusión, la norma busca equilibrar la tensión surgida entre el último compañero permanente y el cónyuge con el cual a pesar de la no convivencia no se disolvieron los vínculos jurídicos. (...)”[63].

58. Ahora bien, esta Corte también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta situación en sede de revisión. Así, en una serie de decisiones este Tribunal ha explicado que la reforma realizada por la Ley 797 de 2003 incorporó “(...) como beneficiario de la pensión de sobreviviente, no solamente al compañero (a) que hubiese convivido con el causante hasta su muerte, sino también al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial”[64].

59. La posición asumida por esta Corporación acogió las consideraciones que, en su momento, realizó la Corte Suprema de Justicia respecto de las implicaciones y requisitos de la norma.[65] De este modo, la sentencia T-278 de 2013 señaló que cuando exista convivencia únicamente con el compañero permanente pero se mantenga vigente la sociedad conyugal con el esposo o esposa “(...) se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido siempre que el cónyuge haya vivido durante cinco años o más con el causante en cualquier tiempo”.

60. Luego, a través de la sentencia T-641 de 2014 se expuso que:

“(...) de conformidad con el parágrafo 3, literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 tienen derecho a la pensión de sobreviviente tanto la cónyuge que mantenga vigente la unión conyugal al momento del fallecimiento del causante, como la (el) compañera(o)

permanente que haya convivido durante los últimos cinco años antes del fallecimiento del mismo, en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante.”

61. En el mismo sentido, en la providencia T-090 de 2016 se sintetizó que:

“(…) las disputas que puedan presentarse entre el cónyuge y el compañero o la compañera permanente supérstite en torno al derecho a la sustitución pensional pueden ocurrir, o bien porque este convivió simultáneamente con su cónyuge y su compañera o compañero permanente, o bien porque, al momento de su muerte, tenía un compañero permanente y una sociedad conyugal anterior que no fue disuelta, o un compañero o compañera permanente y una unión conyugal vigente, con separación de hecho. En este último evento, no hace falta que el cónyuge supérstite demuestre que convivió con el causante durante los últimos cinco años de su vida, sino, solamente, que convivió con él o ella más de cinco años en cualquier tiempo.”

62. En armonía con lo expuesto, en la sentencia T-266 de 2017 el Tribunal Constitucional insistió que:

“(…) en los eventos en los que el causante únicamente convivía con su compañero permanente, pero, mantenía vigente una sociedad conyugal anterior, corresponde reconocer al compañero permanente un porcentaje de la pensión proporcional a su convivencia e, indistintamente de que haya habido separación de cuerpos, corresponderá el restante al cónyuge[66]. Lo anterior, así el cónyuge “no haya convivido con el pensionado durante los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento, ya que sólo basta con que pruebe que convivió con este durante más de cinco años en cualquier tiempo[67]”.

63. En la misma providencia, esta Corte explicó de forma clara que “(…) cuando se trata del reconocimiento de la sustitución pensional de un cónyuge, se requiere únicamente que éste demuestre que el vínculo no se ha disuelto formalmente[68] y que la convivencia se dio en algún momento durante la vigencia del matrimonio (…)[69].

64. Finalmente, en la reciente decisión T-076 de 2018 la Corte sostuvo que:

“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[70], 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[71].

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 (...)"

65. De este modo, a partir de las sentencias mencionadas la Sala concluye que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido de forma pacífica que el reconocimiento del derecho pensional del cónyuge separado de hecho se encuentra condicionado únicamente por los requerimientos contemplados en la ley. Esto es, la vigencia de la sociedad conyugal al momento del fallecimiento del asegurado o pensionado, y la acreditación de cinco o más años de convivencia en cualquier tiempo. [72]

Evolución de los derechos pensionales del cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

66. El debate sobre el alcance de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003 a la pensión de sobrevivientes no ha sido pacífico en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En su primera postura, el Tribunal explicó que "(...) respecto al nuevo texto de la norma, mantiene la Sala su posición de que es ineludible al cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado o afiliado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste."[73]

67. No obstante, la Sala varió su interpretación y, en el año 2011, señaló que: "(...) aclara

ahora la Corte, esa exigencia no se presenta cuando hay una situación de convivencia, no simultánea, del afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite, que esté separado de hecho, y con un compañero o compañera permanente (...)”[74]. De esta forma, esa Corporación precisó que:

“En efecto, con esa reforma introducida por el inciso 3 del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se corrige la situación descrita, porque se mantiene el derecho a la prestación de quien estaba haciendo vida en común con el causante para cuando falleció, dando con ello realce a la efectiva y real vida de pareja -anclada en vínculos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos- constituyéndola en el fundamento esencial del derecho a la prestación por muerte. Pero, al mismo tiempo, se reconoce que, quien en otra época de la vida del causante convivió realmente con él, en desarrollo de una relación matrimonial formal, que sigue siendo eficaz, tenga derecho, por razón de la subsistencia jurídica de ese lazo, a obtener una prestación en caso de muerte de su esposo.

No puede ser otra la conclusión que se obtiene de la expresión “La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...”, porque esa referencia no deja lugar a dudas de que el cónyuge que conserva con vigor jurídico el lazo matrimonial tendrá derecho a una cuota parte de la prestación.”[75].

68. Sobre los presupuestos allí fijados, la Corte Suprema plantó su línea frente al asunto. Véase, por ejemplo, que en sentencia del 13 de marzo del 2012, radicación número 45038, sostuvo que “(...) si la protección que otorgó el legislador fue respecto del vínculo matrimonial, tal como se destacó en sede de casación, debe otorgarse la pensión a quien acreditó que el citado lazo jurídico no se extinguió amén de que no hubo divorcio (...)”.

69. Asimismo, la Corporación amplió los presupuestos jurisprudenciales establecidos y los efectos jurídicos de la disposición. En este sentido, explicó que:

“Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal

prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos”[76].

“Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que, en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención.”[78]

71. Así, la Corporación restringió el acceso a la pensión de sobrevivientes del cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente, pues además de una convivencia no menor de cinco años con el causante, le requirió demostrar que al fallecimiento de este hacía parte de su familia. Esto, a su vez, fue expresado en posteriores pronunciamientos del Tribunal. Así, en sentencia del 23 de noviembre de 2016, la Corte Suprema explicó:

“(…) conforme a la postura de esta Corte frente a la interpretación del precitado artículo 47 con la modificación del 2003, no se requiere que los cinco años de convivencia sean previos al día del fallecimiento del pensionado, sino que se han de tomar los años compartidos en comunidad de pareja en cualquier tiempo, pero no inferiores a cinco; eso sí, siempre y cuando, ante la falta de convivencia al momento de la muerte, el solicitante demuestre que se hace acreedor a la protección, en cuanto, tras la separación de hecho, efectivamente siguió haciendo parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y, por esta razón, su partida definitiva le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención”[79].

72. En conclusión, al interior de la Corte Suprema de Justicia se han sentado distintas posiciones sobre las exigencias que comporta el requisito de la convivencia para el cónyuge

separado de hecho. De forma reciente, una de esas posturas ha entendido que, además de presentarse la convivencia superior a cinco años en cualquier tiempo, el cónyuge debe acreditar que pertenecía al grupo familiar del causante y que su muerte le ocasionó de forma material un perjuicio económico o afectivo que legitima su protección a través de la pensión de sobrevivientes. Condiciona, en consecuencia, el reconocimiento pensional al establecimiento de una relación de afecto entre quienes se encuentran separados de hecho.

El principio constitucional de no reformatio in pejus

73. El artículo 31 de la Constitución Política de 1991 precisó que “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”

74. De este modo, en el marco constitucional se incorporó la garantía de no reformatio in pejus, de tal forma que, salvo especiales excepciones, al juez de segunda instancia solo le está permitido pronunciarse sobre los puntos concretos que fueron recurridos en apelación. Desconocer el principio implicaría castigar y desestimular el ejercicio de una facultad constitucionalmente protegida[80], con lo cual se vulnerarían las garantías de doble instancia, debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

75. Sobre el particular, esta Corte ha señalado las implicaciones del principio de no reformatio in pejus. Así, ha explicado que la figura del apelante único, que engloba el principio constitucional, no se refiere llanamente al número de sujetos que recurren una decisión, sino que protege a los apelantes respecto de la naturaleza de sus pretensiones en alzada.[81]

76. Del mismo modo, ha indicado que quien apela “(...) tiene derecho a que tan solo se examine la sentencia en aquello que le es desfavorable”[82]. Por otra parte, también ha resaltado que el principio “(...) no solamente es aplicable en materia penal, ni tampoco está limitada a las sentencias judiciales, sino que, por el contrario, cubre otras ramas del Derecho (...)”[83].

77. Por este motivo, en materia laboral tiene plena vigencia la protección constitucional estudiada. Véase, por ejemplo, que la Corte Constitucional recordó que:

“(…) el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, reformado por el artículo 60 del decreto 528 de 1964, estableció que constituía una causal de casación el hecho de que la sentencia contenga “decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la primera instancia, o de aquélla en cuyo favor se surtió la consulta.”

Pero, además, el artículo 35 de la ley 712 de 2002, que reformó el Código de Procedimiento Laboral, incluyó un nuevo artículo, el 66-A, que establece: “Principio de consonancia. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, con lo cual se incorporó en la misma ley procesal del trabajo la prohibición de la *reformatio in pejus*”[84].

78. En síntesis, la protección que integra la garantía establecida en el artículo 31 de la Constitución, implica que el campo de decisión del juez de segunda instancia se encuentra restringido por los límites establecidos por las pretensiones del recurso de alzada, en cuanto no puede desmejorar la situación de quien es apelante único.

El grado jurisdiccional de consulta en materia laboral

79. Al igual que con el recurso de apelación, el artículo 31 de la Carta Política elevó el grado jurisdiccional de consulta a rango constitucional. De este modo, estableció que todas las decisiones podrán ser consultadas, salvo las circunstancias especiales que contemple la ley. Por su parte, esta Corporación ha definido a la figura como:

“(…) una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida”[85].

80. Ahora bien, la legislación laboral contempla dos escenarios en los que se activa esta figura procesal, a saber:

“Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas.

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.”[86]

81. Así las cosas, este grado jurisdiccional “(...) implica un verdadero amparo para determinadas entidades de derecho público y para el trabajador a quien la decisión de un juez de primera instancia le desconoce la totalidad de la ‘causa petendi’”[87]. Ahora bien, esta Corte ha explicado que la procedencia de la consulta, cuando se condena al Estado, “(...) no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación”[88]. En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia ha referido que:

“(ii) Para la tramitación del referido grado jurisdiccional en los términos establecidos en el segundo inciso, basta con que la sentencia del a quo sea condenatoria -siendo indiferente si lo fue total o parcialmente-, e independientemente de que el fallo haya o no sido apelado -frente a todas o algunas de las condenas impuestas-, pues en todo caso opera la consulta, en tanto el colegiado de segundo grado tiene el deber de revisar, sin límites, la totalidad de las decisiones que le fueren adversas a La Nación, a las entidades territoriales, y descentralizadas en las que aquélla sea garante”[89].

82. Por su parte, es claro que el grado jurisdiccional de consulta no necesita actividad alguna de las partes del proceso. En consecuencia, “al no requerir acto procesal para que opere, el juez carece de límite para evaluar la decisión de primera instancia, es decir, que cuenta con la competencia de estudiar todo el fallo. De allí que, el principio non reformatio in pejus no es aplicable en la consulta”[90].

83. De este modo, el grado jurisdiccional de consulta habilita al juez laboral a revisar la totalidad de situaciones y disposiciones relacionadas en la decisión de primera instancia, como una medida para garantizar la protección legal ordenada por el legislador.

84. La señora Esther Luisa Méndez de Urbina presentó acción de tutela contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al considerar que la entidad vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital a través de la sentencia que, en segunda instancia y siendo única apelante, revocó la decisión que la había declarado como beneficiaria del 25% de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge Luis Guillermo Urbina Peña, para en su lugar no otorgarle ningún derecho.

85. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Sala de Casación Penal de la misma Corporación resolvieron declarar improcedente el mecanismo constitucional, en primera y segunda instancia respectivamente, al valorar que no se cumplía con el requisito de subsidiariedad.

86. De conformidad con los antecedentes expuestos, se analizará si en este asunto se satisfacen los requisitos formales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Luego, de ser el caso, se examinará el cumplimiento de los parámetros de procedibilidad material. En particular, si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá incurrió en los defectos por violación directa de la Constitución, sustantivo y por desconocimiento del precedente constitucional, y si con ello vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Esther Luisa Méndez de Urbina. Esto a través de la sentencia que, en segunda instancia del proceso ordinario laboral, siendo apelante única, revocó el fallo que la había declarado como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge Luis Guillermo Urbina Peña, por no haber acreditado la vigencia de una relación de ayuda y solidaridad al momento del fallecimiento de este.

Procedibilidad formal de la acción de tutela

87. Relevancia constitucional: El asunto detenta relevancia constitucional, pues se cuestiona la decisión judicial a través de la cual se dejó sin ningún tipo de derecho pensional a la accionante. De este modo, se cuestiona si en el presente caso se vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de una persona que ostenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional.

88. De otro lado, también se examina la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso, por cuanto se plantea que la Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá

decidió sobre puntos que no habían sido reclamados por ninguno de los recurrentes a través del recurso de apelación. Además, se discute si la decisión acusada desconoció el precedente fijado por esta Corte en relación con el alcance de la pensión de sobreviviente del cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente, consagrada en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

89. Agotamiento de todos los recursos ordinarios y extraordinario: La accionante no empleó el recurso extraordinario de casación que, en virtud de la cuantía de las pretensiones, tenía a su alcance. En efecto, la Sala de Casación Laboral ha explicado que el interés económico del demandado para acudir a casación está dado por el monto de lo desfavorable en la sentencia de segunda instancia. A su vez, ha explicado que en materia pensional la tasación que se efectúe debe tener en cuenta la expectativa de vida del recurrente, en atención a la naturaleza del derecho prestacional.[91]

90. Así pues, en esta ocasión la fijación del interés para acudir a casación parte del monto total de la mesada pensional reclamada. Esto por cuanto la afectación a Esther Luisa Méndez de Urbina se constituyó al desaparecer su participación en el derecho prestacional, aun cuando con su apelación pretendía obtener la totalidad de aquel. En la misma medida, conforme a la edad de la accionante al momento del fallo de segunda instancia, la expectativa de vida en ese instante ascendía a 20,2 años.[92] Con base en estos parámetros, el resultado de la tasación supera el monto mínimo para acudir al recurso extraordinario. Veamos:

Fecha de nacimiento

Fallo de segunda instancia

Edad

Expectativa de vida

Cantidad de meses

Mesada

Valor incidencia futura

120 SMLMV

(2017)

05/07/1949

13/09/2017

68 años

20,2 años

242

\$1.059.100

\$256.302.200

91. Aunado a lo anterior, se encuentra que fue la misma autoridad competente para conocer de la casación, la que estimó que la accionante cumplía los requisitos para acudir a ese escenario procesal y, por ello, declaró improcedente el mecanismo constitucional.

92. No obstante, como se vio en el recuento jurisprudencial realizado en las consideraciones de esta decisión, el juez de tutela debe analizar la idoneidad y eficacia de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, a la luz de las condiciones particulares del asunto concreto.

93. En este caso, la Sala advierte que la solicitante es sujeto de especial protección constitucional en razón de su edad, estado de salud y situación socioeconómica. En efecto, se trata de una adulta mayor de 69 años[93]; que no se encuentra en edad, ni goza de las condiciones físicas y de salud[94] para poder trabajar; quien, además, cuenta con un bajo nivel de escolaridad[95] y depende de su hija para su sostenimiento[96].

94. Si bien se alega que la solicitante fue propietaria de la vivienda que habita con su hija y nieto, esta circunstancia no desvirtúa por sí sola su vulnerabilidad económica, pues no está acreditado que esta produzca algún tipo de renta para ella. [97] Asimismo, toda vez que la Constitución reconoce el derecho a contar con una vivienda digna[98], no puede esta

Corporación emplear esta garantía como un elemento contra su titular.

95. De igual manera, la Corte encuentra que desde la expedición de la resolución GNR 202213 del 7 de julio de 2015 la accionante ha soportado dos años de trámite procesal ordinario en primera y segunda instancia. De esta manera, la demandante ya realizó un esfuerzo personal importante que en este escenario adquiere especial relevancia y que no puede ser desconocido por el juez constitucional, máxime si el mecanismo extraordinario de defensa no brinda la posibilidad de acceder a medidas cautelares que le permitan disfrutar provisionalmente del beneficio pensional reclamado.[99]

96. Finalmente, en criterio de la Sala el tiempo que demoraría la resolución del recurso extraordinario de casación podría hacer nugatorio el derecho a la seguridad social en pensiones de la solicitante, en virtud de las especiales condiciones de salud que padece.[100] Entre las medidas que el juez constitucional puede adelantar para mitigar los obstáculos que pesan sobre un sujeto de especial protección constitucional, se encuentra la de permitir el disfrute pronto y efectivo de sus derechos fundamentales cuando sus especiales y excepcionales condiciones personales así lo requieran.

97. Bajo esta óptica, se concluye que en el presente asunto el recurso extraordinario de casación no era idóneo y eficaz respecto de la señora Esther Luisa Méndez de Urbina. Así, en atención a las características de la accionante, se da por superado el requisito formal de subsidiariedad.

98. Inmediatez: La demanda cumple con el requisito de inmediatez. En efecto, se avizora que la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá fue proferida el 13 de septiembre de 2017 y la acción de tutela fue promovida el 27 de octubre del mismo año. Así, se concluye que tan solo transcurrieron 45 días, tiempo que se tiene como razonable.

99. La presunta irregularidad procesal tiene un efecto decisivo en la sentencia: Revisadas las decisiones judiciales ordinarias, se encuentra que la revocatoria de la sentencia de primera instancia respecto de puntos que no fueron recurridos a través de apelación, se tiene por la accionante como un probable efecto decisivo en la sentencia.

100. Identificación de manera razonable tanto de los hechos que generaron la vulneración

como los derechos infringidos y que hubiere alegado tal situación en el proceso judicial siempre que esto hubiese sido posible: La accionante cumplió con la carga mínima frente a la sustentación de los motivos que en su criterio ocasionaron la infracción de sus derechos constitucionales. Asimismo, de lo afirmado en el escrito de tutela se logra derivar razonablemente que el hecho a través del cual posiblemente se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital fue la sentencia, que en segunda instancia y al interior del proceso ordinario laboral, emitió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Frente a la alegación de la irregularidad al interior del proceso ordinario, dicha carga no le es exigible al accionante, pues, como concluyó la Sala, el recurso extraordinario de casación no es idóneo y eficaz para la protección de sus derechos.

101. La acción no se dirige contra una sentencia de tutela: En esta ocasión la demanda se dirige contra una sentencia ordinaria laboral.

Procedibilidad material de la acción de tutela

102. En atención a los antecedentes que preceden la acción de tutela, los argumentos de la sentencia dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y los elementos normativos y jurisprudenciales que reglamentan el asunto, se encuentra que la providencia demandada no desconoció directamente la Constitución. No obstante, se advierte que sí incurrió en defecto sustantivo y, además, en desconocimiento del precedente constitucional. A tal conclusión se llegó luego de considerar las razones que se exponen a continuación:

103. En el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá se adelantó un proceso ordinario laboral promovido por María Mercedes Peñuela Urbina, que alegó haber formado con el señor Guillermo Urbina Peña una unión marital de hecho desde el año de 1982 hasta el momento del fallecimiento de su compañero en el 2015. Asimismo, en el proceso fueron demandados Colpensiones y la señora Esther Luisa Méndez de Urbina, como cónyuge del causante.

104. Adelantado el trámite probatorio correspondiente, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá encontró que la cónyuge del pensionado convivió con él desde 1974 hasta 1984. A su vez, que la demandante, María Mercedes Peñuela Urbina, cohabitó con el

señor Guillermo Urbina Peña desde 1984 hasta el 2015.

105. Por esta causa la autoridad judicial, mediante sentencia del 5 de julio del 2017, declaró como beneficiaria del 75% de la pensión de sobrevivientes a la señora María Mercedes Peñuela Urbina como compañera permanente del señor Guillermo Urbina Peña y le otorgó el 25% de la mesada restante a la señora Esther Luisa Méndez de Urbina. Frente a esta última recordó que la normatividad nacional otorga derecho sobre la prestación pensional al cónyuge separado de hecho que mantenga una sociedad conyugal con el causante, siempre que haya convivido con este durante cinco años en cualquier tiempo.

106. Esta decisión fue apelada por Colpensiones y Esther Luisa Méndez de Urbina. La administradora de pensiones recurrió el fallo frente a la condena en costas y al pago retroactivo de la diferencia entre lo otorgado por ella y lo reconocido por la autoridad judicial desde el fallecimiento del causante a la señora María Mercedes Peñuela Urbina. Esther Luisa Méndez de Urbina consideró, por su parte, que la providencia no valoró las pruebas que demostraban la convivencia con el pensionado hasta el año 2012 y bajo las cuales tenía derecho a la totalidad de la pensión de sobrevivientes.

107. El 13 de septiembre de 2017 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el fallo aquí discutido, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, dispuso reconocer como acreedora del 100% de la pensión de sobrevivientes a la señora María Mercedes Peñuela Urbina. La Sala Laboral encontró satisfechos los presupuestos de reconocimiento de la prestación respecto de la compañera permanente, mientras que frente a la señora Méndez de Urbina no advirtió la presencia de elementos de juicio que le permitieran inferir que esta hacía parte de la familia del pensionado al momento de su muerte.

108. De este modo, la Corte empezará por estudiar si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá incurrió en defecto por violación directa de la Constitución. Posteriormente, analizará si el fallo cuestionado incursionó en defecto sustantivo y en desconocimiento del precedente constitucional.

109. En relación con el primer cargo, la Sala advierte que, al proferir la sentencia atacada, el Tribunal precisó que conocería del trámite de la apelación, sin perjuicio de hacer lo propio con la consulta, pues su agotamiento es ineludible por estar comprometida una entidad de

orden público como Colpensiones. La autoridad judicial, de este modo, debía revisar de manera oficiosa cada una de las relaciones jurídicas bajo las cuales se condenó a la administradora de pensiones. En efecto, toda vez que los derechos de la cónyuge y de la compañera permanente son independientes entre sí, el Tribunal Superior de Bogotá estaba obligado a verificar que ambas solicitantes cumplieran por separado los requisitos para acceder a la pensión reclamada.

110. Al iniciar el estudio, la Sala Laboral encontró que la cónyuge supérstite no satisfacía los requisitos de acceso a la prestación y, por ello, revocó la condena que había impuesto el a quo en su favor. Seguidamente, advirtió que, por el contrario, la compañera permanente reunía los presupuestos normativos dispuestos en el ordenamiento jurídico para el otorgamiento de la sustitución pensional. Por esa razón, confirmó el reconocimiento de la prestación frente a ella, y solo como consecuencia de la desaparición del derecho pensional de la cónyuge, le otorgó el 100% de la mesada.

111. La actuación del Tribunal, en ese sentido, fue acertada frente a su competencia en consulta, pues como se advirtió en los fundamentos normativos de esta providencia, cuando una entidad pública resulta condenada, ese grado jurisdiccional se debe surtir de forma necesaria. La autoridad que conoce de este trámite, además, se encuentra facultada para estudiar la legalidad de la totalidad de las decisiones proferidas por el juez de instancia, ya que su competencia no está condicionada por los motivos de la apelación (supra 81).

112. La Sala Laboral, en suma, no estaba atada por el recurso de alzada interpuesto por la accionante y podía, en consecuencia, establecer si los reconocimientos prestacionales efectuados a la cónyuge y a la compañera permanente tenían respaldo legal y probatorio. Entonces, en tanto los efectos de cada uno de los vínculos jurídicos afectaba a Colpensiones, era deber del Tribunal velar por la protección del interés y del patrimonio público pues, finalmente, ese es el propósito de la consulta.

113. Así las cosas, como el Tribunal Superior de Bogotá se encontraba habilitado para revisar de forma integral la decisión del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en virtud del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, no se desconoció el principio de no reformatio in pejus. Según se explicó en los fundamentos de esta decisión, la garantía de no agravación no es absoluta, ya que existen especiales escenarios en que no tiene

aplicación. Uno de ellos, concretamente, es el grado jurisdiccional de consulta. El cargo, en consecuencia, no prospera.

114. Pasa la Sala a estudiar si el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en defecto sustantivo. La Corte observa que la autoridad judicial accionada sustentó su decisión en los presupuestos particulares establecidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para la resolución de estos asuntos. De este modo, expuso que además de los cinco años de convivencia en cualquier tiempo con el causante que exige la legislación, la señora Méndez de Urbina debía probar, en su calidad de cónyuge supérstite, que se hacía acreedora a la protección en cuanto efectivamente continuó haciendo parte de la familia del señor Luis Guillermo Urbina Peña al momento de su fallecimiento y, por esa razón, su muerte le generó la carencia económica, moral o afectiva que busca proteger la sustitución pensional.

115. Al respecto, cabe precisar que la Ley 797 de 2003, en contraste con el texto original de la Ley 100 de 1993, amplió la regulación en cuanto el derecho pensional que le asiste al cónyuge y a la compañera o compañero permanente. En efecto, la norma estableció que:

“En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. 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;”[101].

116. A partir de la norma transcrita se infiere que el legislador fue claro en afirmar que, ante la inexistencia de convivencia simultánea, la compañera o compañero permanente accederá a la prestación de forma proporcional al tiempo de convivencia acreditado, siendo explícita en señalar que quien ostente esta calidad deberá haber cohabitado con el causante siempre en los cinco años anteriores a su muerte. Consecuentemente, el resto del derecho pensional le corresponde al cónyuge con el cual persiste la sociedad conyugal.

117. Si bien la Corte Suprema de Justicia ha argumentado razonablemente la exigencia de cinco años de convivencia inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado entre este y la compañera permanente, y ha exigido el mismo periodo de tiempo de convivencia en cualquier tiempo para el cónyuge[102], la disposición no permite colegir el requisito adicional consistente en la pertenencia del cónyuge a la familia del afiliado al momento del deceso, pues en el último aparte del literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 el legislador previó justamente la hipótesis contraria para acceder a la prestación, esto es, la separación de hecho entre los contrayentes.

118. Entonces, para la Sala se advierte que a partir de la ley no es posible inferir razonablemente el requisito exigido por el Tribunal Superior de Bogotá a la accionante. Por el contrario, el ejercicio deductivo realizado contradice claramente la excepción que estableció el Congreso de la República. Esto por cuanto el legislador excluyó la obligación de presentar la convivencia en el tiempo inmediatamente anterior a la muerte del pensionado para el cónyuge que mantenga una sociedad conyugal vigente con él, siendo necesario únicamente para el esposo o la esposa haber convivido durante cinco o más años con el causante en cualquier momento.

119. De este modo, la Corte concluye que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá incurrió en defecto sustantivo al exigirle a la señora Esther Luisa Méndez de Urbina un requisito que no se encuentra contemplado en la ley, para poder acceder a la sustitución pensional. En consecuencia, el cargo prospera.

120. Finalmente, esta Sala analizará si la autoridad judicial accionada incurrió en defecto por desconocimiento del precedente constitucional. En la decisión cuestionada el Tribunal Superior de Bogotá acogió una postura en vigor al interior de Sala de Casación Laboral, según la cual el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente deberá probar, además de los cinco años de convivencia en cualquier tiempo con el causante, que continuaba haciendo parte de la familia del afiliado fallecido y, por esa razón, su muerte le generó la carencia económica, material o afectiva que busca proteger la sustitución pensional.

121. La posición jurisprudencial asumida por la Corte Constitucional, por el contrario, ha sido consistente en requerir al cónyuge separado de hecho solamente las obligaciones

establecidas en el inciso tercero del literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, este Tribunal en las sentencias T-090 de 2016, T-128 de 2016, T-236 de 2016, T-015 de 2017 y T-076 de 2018 estudió asuntos semejantes al presente y valoró como requisitos únicos para el cónyuge la convivencia superior a cinco años en cualquier tiempo y la vigencia de la sociedad conyugal (Consideraciones 56 a 65 supra).

122. En este punto, es pertinente reiterar que esta Corporación construyó su precedente a partir de la interpretación que la Corte Suprema de Justicia hizo del inciso tercero del literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2011 en el radicado 40055. En efecto, en esa decisión la Sala de Casación Laboral consideró que los cinco años de convivencia pedidos al cónyuge podían presentarse en cualquier tiempo, pues la separación de hecho implicaba que la vida común entre los cónyuges había cesado. La tesis de la Corte Suprema sostenía que:

Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, sería (sic) carente de toda lógica, que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien “mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho”, se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges.”[103]

123. Pese a que la postura asumida por autoridad judicial accionada respeta la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, la Sala Octava de Revisión advierte que el fallo cuestionado contradice el precedente constitucional fijado por esta Corporación frente a los requisitos exigibles al cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente que pretende el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, pues le reclama a la accionante la satisfacción de un presupuesto que no está contemplado en la ley.

124. Como se ha reiterado, en su precedente esta Corte ha considerado que la disposición establecida en el inciso tercero del literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 se encuentra conforme a la Constitución. Al mismo tiempo, las decisiones de revisión de tutela reseñadas han sido consistentes en que el acceso al beneficio pensional solamente se

encuentra limitado por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la legislación. Entonces, establecer que el cónyuge con sociedad conyugal vigente requiere pertenecer a la familia del pensionado para poder acceder a la pensión desconoce que, tal como lo ha contemplado esta Corte, “(...) la separación de hecho suspende los efectos de la convivencia y el apoyo mutuos, pero no los de la sociedad patrimonial (...)”[104].

125. Se advierte, en suma, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá incurrió en desconocimiento del precedente constitucional, al no tomar en cuenta la postura asumida por la Corte Constitucional frente a los requisitos exigibles al cónyuge supérstite separado de hecho con sociedad conyugal vigente.

126. Así las cosas, la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2017 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en el trámite ordinario de María Mercedes Peñuela Urbina contra Esther Luisa Méndez de Urbina y Colpensiones incurrió en defecto sustantivo y desconocimiento del precedente constitucional. Con ello vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Esther Luisa Méndez de Urbina.

127. En consecuencia, se revocarán las decisiones constitucionales de instancia y, en su lugar, se concederá el amparo de los derechos conculcados. La Corte dejará sin efecto la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá y ordenará que en un tiempo prudencial esa Corporación resuelva nuevamente sobre la apelación y decida lo que estime pertinente frente al grado jurisdiccional de consulta, observando las consideraciones incluidas en la presente decisión, referidas a la aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y el precedente que sobre el reconocimiento de la pensión para el cónyuge separado de hecho y con sociedad conyugal vigente ha fijado la Corte Constitucional.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia dictada en segunda instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 13 de marzo de 2018, que confirmó el proveído del 15 de noviembre del 2017 proferido en primera instancia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el trámite de la referencia y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Esther Luisa Méndez de Urbina.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia del 13 de septiembre de 2017, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por María Mercedes Peñuela Urbina contra Colpensiones y Esther Luisa Méndez de Urbina.

TERCERO.- ORDENAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que, en el término de veinte (20) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, resuelva nuevamente sobre la apelación y decida lo que estime pertinente frente al grado jurisdiccional de consulta, observando las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional en la presente decisión. En especial, aquellas referidas a la aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y el precedente que sobre el reconocimiento de la pensión para el cónyuge separado de hecho y con sociedad conyugal vigente ha fijado esta Corporación.

CUARTO.- ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación se devuelva el expediente contentivo del proceso ordinario laboral promovido por María Mercedes Peñuela Urbina contra Esther Luisa Méndez de Urbina y Colpensiones, radicado 11001310500720160008701, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a efectos de que proceda según lo decidido.

QUINTO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-409/18

PENSION DE SOBREVIVIENTES Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Accionante no tenía posibilidad de acudir al recurso extraordinario de casación pues el interés para recurrir no superaba el monto de los 120 salarios mínimos (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Autoridad judicial incurrió en defecto sustantivo y violación directa de la Constitución por el desconocimiento de la garantía de la non reformatio in pejus (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-6.750.743

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión de Tutelas en el caso de la referencia, me permito presentar aclaración de voto. Si bien estoy de acuerdo con el amparo de los derechos fundamentales de la accionante, considero que el análisis de los siguientes aspectos debió haber sido distinto, como paso a exponerlo:

I. Con relación al requisito de subsidiariedad

1. La sentencia indica que la accionante no agotó el recurso extraordinario de casación que tenía a su alcance. Ello en razón a que en el proceso laboral las pretensiones de la señora Ester Luisa Méndez de Urbina superaron la cuantía requerida para recurrir en casación. Sin embargo, indicó que la casación no era un medio idóneo y eficaz para el caso, pues por la particular condición de la accionante se satisfacía el requisito de subsidiariedad.

2. Considero que en este caso sí se satisface el requisito de subsidiariedad, pero por motivos distintos. En mi concepto, la accionante sí agotó los recursos que tenía a su alcance, en razón a que sus pretensiones no superaron el monto mínimo para recurrir en casación, y por ende, no podía hacer uso de dicho recurso extraordinario. Esta afirmación se fundamenta en lo siguiente:

i) En este caso, el fallo afirma que el análisis del interés jurídico de la accionante, se debe hacer desde la perspectiva de un sujeto demandado dentro del proceso laboral. Por ello, en la sentencia se indica que el interés jurídico de la accionante corresponde al monto total de la mesada pensional reclamada.

ii) No obstante, considero que lo pertinente era calcular el interés jurídico de la accionante, desde la perspectiva de un sujeto demandante dentro del proceso laboral.

iii) Lo dicho se sustenta en que la Corte Suprema de Justicia ha explicado que: “el interés jurídico para recurrir en casación está determinado por el agravio que sufre el impugnante con la sentencia acusada, que, tratándose del demandado, se traduce en la cuantía de las resoluciones que económicamente lo perjudiquen y, respecto del demandante, en el monto de las pretensiones que hubiesen sido negadas por la sentencia que se pretende impugnar, en ambos casos, teniendo en cuenta la conformidad o inconformidad del interesado respecto del fallo de primer grado.” [105].

iv) En casos como el presente, la cónyuge y la compañera permanente alegan su condición de presuntas beneficiarias del derecho pensional que debe ser reconocido y pagado por la administradora de pensiones. Por tal motivo, el cálculo del interés jurídico para recurrir de la cónyuge y la compañera permanente se debe equiparar en una misma condición de demandantes ante la administradora de pensiones.

v) La forma de calcular el interés jurídico para recurrir de la parte demandada solamente se puede aplicar a la administradora de pensiones, pues es quien se ve perjudicada económicamente por el monto total de la condena.

vi) Por tanto, en el caso de la señora Ester Luisa Méndez de Urbina, el interés jurídico se debía fijar según el agravio que habría sufrido, en su calidad de impugnante, con la sentencia de segunda instancia del proceso laboral.

vii) La Corte Suprema de Justicia ha explicado que, en materia pensional, cuando el Tribunal disminuye la condena que le fue favorable al demandante en primera instancia, “su interés será el equivalente a la diferencia entre el valor de la condena de primer grado y el de la segunda instancia”[106]. En el presente caso el interés jurídico para recurrir se debía calcular con el monto de la diferencia entre el valor del 25% pensional que le fue reconocido en primera instancia y el 0% que le fue otorgado en segunda instancia.

viii) Por lo anterior, considero que el interés para recurrir de la accionante no superaba el monto de los 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2017. En consecuencia, a mi juicio, la tutelante no tenía la posibilidad de acudir al recurso de casación y, por ello, se habría superado el requisito de subsidiariedad.

3. Sin perjuicio de lo expuesto, aclaro que, en mi concepto, la accionante no se encuentra en una situación de vulnerabilidad. Por tanto, no era pertinente superar el requisito de subsidiariedad por las razones propuestas en la sentencia. Sustento mi afirmación en que:

i) Al revisar el expediente se encuentra que la historia clínica de la accionante indica que su “estado general de salud es bueno” y no se registra que presente alguna situación de riesgo;

ii) en la página web de ADRES y RUAF se encuentra que la accionante es cotizante activo y principal desde el año 2016 en el régimen contributivo;

iii) la accionante acreditó que dependía económicamente de su hija, quien tenía un trabajo estable y devengaba un salario de \$1.700.000. Además, se demostró que vivían en casa propia; y

iv) revisada la página web del SISBEN la accionante tiene un puntaje de 57,90, del que no es posible inferir una situación de riesgo derivada de su situación socioeconómica.

II. En cuanto al Grado Jurisdiccional de Consulta

Comparto la decisión de amparar los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de la tutelante. Ello en razón a que la sentencia del Tribunal en cuestión sí incurrió en un defecto sustantivo y desconocimiento del precedente constitucional. Sin embargo, aclaro mi voto pues considero que también se acreditó el defecto de violación directa de la Constitución por el desconocimiento de la garantía de la non reformatio in pejus, por las siguientes razones:

1. La sentencia afirma que, el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta tiene la facultad de revisar de forma integral la decisión de la primera instancia y que, por ello, no se vulnera el debido proceso, ni el principio de non reformatio in pejus.

2. No estoy de acuerdo con esa conclusión pues considero que en el escenario de una consulta a favor de Colpensiones, el Tribunal solamente estaba facultado para analizar los intereses de dicha entidad, que en este caso se circunscribía a determinar si se debía imponer condena en su contra o no; es decir, si existía el derecho o no, so pena de desconocer la garantía a la non reformatio in pejus[107].

3. Así las cosas, con la consulta a favor de Colpensiones, el Tribunal no tenía la facultad de modificar el porcentaje que le correspondía a cada beneficiaria, pues con ello se vulneraba el principio de non reformatio in pejus, más aun cuando la accionante, en el proceso laboral, había apelado la decisión de primera instancia.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] Buscando ofrecer una comprensión integral de los antecedentes fácticos en el presente asunto, los hechos del escrito de tutela se complementaron con la información que obra en el expediente.

[2] Cuaderno de primera instancia, folio 40.

[3] Cuaderno del trámite de revisión, folios 17 y 18.

[4] Al escrito se acompañan como anexos los siguientes documentos: copia del registro civil de nacimiento de Esther Luisa Méndez de Urbina, copia del registro civil de nacimiento de Lida Nury Urbina Méndez (hija de la accionante), copia del registro civil de nacimiento de Michael Estiven Urbina (nieto de la accionante), copia de la cédula de ciudadanía de Esther Luisa Méndez de Urbina, copia de la historia clínica de Esther Luisa Méndez de Urbina, copia de la constancia de vinculación laboral de Lida Nury Urbina Méndez con Droguerías y Farmacias Cruz Verde S.A.S. y declaración extraprocesal rendida por Lida Nury Urbina Méndez ante la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá.

[5] Lida Nury Urbina Méndez labora como regente de farmacia y percibe mensualmente \$ 1.652.000. La información obra a folio 74 del cuaderno de revisión.

[6] Cuaderno del trámite de revisión, folio 34.

[7] El 13 de julio del 2018, la señora María Mercedes Peñuela Urbina arrimó nuevamente a la Secretaría General de esta Corporación el escrito radicado, luego de percatarse de unos yerros en los nombres de las personas relacionadas. A su vez, esta Corporación encuentra que el oficio OPTB-1739, correspondiente al número de guía YG196760312CO, fue notificado el 6 de julio de 2018. En consecuencia, la respuesta se dio dentro del término establecido.

[8] Sobre la facultad del juez constitucional para interpretar la acción de tutela se puede ver la sentencia SU-585 de 2017.

[9] Constitución Política de Colombia, artículo 86.

[10] Sentencia T-454 de 2015.

[11] Sentencia T-079 de 2018.

[12] Sentencia T-454 de 2015.

[13] Sentencia T-173 de 1993.

[14] Sentencia T-504 de 2000.

[15] Ver entre otras la sentencia T-315 de 2005.

[16] Sentencias SU-159 de 2000 y T-008 de 1998.

[17] Sentencia T-658 de 1998.

[18] Sentencia C-590 de 2005.

[19] En concreto el artículo 6 del Decreto 2591, dispone: “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”

[20] Ibídem.

[21] Sentencia SU-424 de 2012. A pesar de la afirmación en cita, la providencia judicial declaró procedente el mecanismo en el asunto concreto al considerar que al juez constitucional le corresponde “(...) intervenir para garantizar, de manera residual y subsidiaria, en los procesos ordinarios o contencioso administrativos, la aplicación de los derechos fundamentales (...)”.

[22] Al respecto se pueden consultar las sentencias T-464 de 2016, T-629 de 2015, T-401 de 2015 y SU-056 de 2018.

[24] Sentencia T-714 de 2011.

[25] Sentencia T-352 de 2012.

[26] Sentencia T-228 de 2014.

[27] Sentencia T-401 de 2015.

[28] Sentencia T-464 de 2016.

[29] En el mismo sentido se pueden consultar las sentencias SU-1073 de 2013, T-410 de 2014, T-629 de 2015 y T-408 de 2016, entre otras. De igual forma, en la sentencia T-774 de 2015 la Corte cuestionó la idoneidad y eficacia del proceso ordinario laboral debido a la ausencia de un mecanismo de medidas cautelares que permitiera el reconocimiento provisional de la prestación y, en su parte resolutive, exhortó al Congreso de la República “para que dentro del año siguiente a la comunicación de esta sentencia estudie la incorporación de un mecanismo de medidas cautelares en el proceso ordinario laboral que permita el reconocimiento y pago provisional de una pensión frente a las personas que buscan la garantía del derecho prestacional por esa vía. Lo anterior, en cualquier etapa del proceso y hasta tanto quede ejecutoriada la sentencia que se profiera en el trámite” (fundamentos jurídicos 176 a 179 y 324 a 329).

[30] Sentencia T-267 de 2013.

[31] Sentencia T-620 de 2013.

[32] Sentencia T-781 de 2011.

[33] *Ibídem*.

[34] Sentencia T-863 de 2013.

[35] Sentencia T-416 de 2016.

[36] Sentencia T-462 de 2003.

[37] Sentencia T-090 de 2017.

[38] Sentencia T-319A de 2012.

[39] Constitución Política de 1991, artículo 4.

[40] Sentencia T- 369 de 2015.

[41] Ibídem.

[42] Al respecto, ver entre otras, las Sentencia T-199 de 2005, T-590 de 2009 y SU-198 de 2013 y T-809 de 2010.

[43] Sentencia T-369 de 2015.

[44] Sentencia SU-198 de 2013.

[45] Sentencia SU-539 de 2012 y T-191 de 2009.

[46] Sentencia T-784 del 2000.

[47] Sentencia T-022 de 2018.

[49] Sentencia T-690 de 2014.

[50] Sentencia T-539 de 2009.

[51] Artículos 2, 5, 13 de la Constitución. Véase la sentencia C-575 de 1992.

[52] Artículo 366 de la Constitución.

[53] Sentencia T-628 de 2007

[54] Constitución Política de Colombia, artículo 48: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”

[55] Ley 100 de 1993, artículo 6.

[56] Sentencia SU-130 de 2013

[57] Ley 100 de 1993, artículo 10.

[58] Sentencia T-110 de 2011.

[59] Ibídem.

[60] Ibídem.

[61] Sentencia T-074 de 2016.

[62] Sentencia C-336 de 2014.

[63] Sentencia C-336 de 2014.

[64] Sentencias T-278 de 2013, T-641 de 2014

[65] Al respecto, se puede señalar que la Corte Constitucional sustentó sus decisiones en los motivos que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuso desde el año 2011 hasta el 2015 -las decisiones se reseñan en el siguiente acápite-. En las providencias se exaltaba la claridad de la norma en cuanto a que la convivencia se podía presentar en cualquier tiempo.

[66] Incisos 2 y 3 del Artículo 47 de la Ley 100 de 1993, literal b) “Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. 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”. (aparte subrayado condicionalmente exequible bajo el entendido de que en los eventos de convivencia simultánea, la mesada pensional será dividida proporcionalmente a la convivencia del causante con su cónyuge y compañero permanente)

[67] Sentencia T-236 de 2016.

[68] Con independencia de que exista separación material de cuerpos y de la sociedad conyugal.

[69] Sentencia T-266 de 2017.

[70] La providencia hace referencia a la Corte Suprema de Justicia.

[71] 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.

[72] En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha fijado que el derecho pensional del cónyuge separado de hecho se encuentra sujeto solamente a la acreditación de los requisitos establecidos en la ley. Esto es, la convivencia durante cinco o más años en cualquier tiempo. Al respecto, se pueden consultar las sentencias de la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, radicados 250002342000201304442 01; 11001-03-15-000-2016-01576-00(AC) y 250002342000201401905 01.

[73] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación número 32393 del 20 de mayo de 2008.

[74] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación número 40055 del 29 de noviembre de 2011.

[75] Ibídem.

[76] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación número 41637 del 24

de enero de 2012.

[77] Cabe aclarar, no obstante, que la posición asumida por la Sala de Casación Laboral sobre esta nueva exigencia no es unívoca. Véase, por ejemplo, que en sentencias posteriores como la SL3505-2018, SL1399-2018, y SL16419-2017 esa misma autoridad judicial no ha hecho referencia a este requisito de forma contundente.

[78] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación número 47173 del 15 de septiembre de 2015.

[79] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL16949-2016, radicación número 46478 23 del 23 de noviembre 2016. En el mismo sentido, en sentencia con radicación número 53212 del 3 de octubre de 2017, el Tribunal señaló que“(...) no es suficiente con que el vínculo matrimonial se encuentre vigente con la cónyuge, dado que se requiere que se tenga la convivencia real y efectiva para el momento de la muerte, específicamente durante el lapso que refiere el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esto es, los cinco años anteriores al fallecimiento, pero si bien se ha admitido jurisprudencialmente que esos cinco años pueden cumplirse en cualquier tiempo, ello solamente tiene cabida cuando tras la separación de hecho, efectivamente los esposos continuaron permanentemente con lazos afectivos, morales, de socorro y ayuda mutua”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL15932-2017, radicación 53212 del 3 de octubre de 2017.

[80] Sentencia T-455 de 2016.

[81] Sentencia T-474 de 1992.

[82] Sentencia C-055 de 1993.

[83] Sentencia T-233 de 1995.

[84] Sentencia T-057 de 2004.

[85] Sentencia C-968 de 2003.

[87] Sentencia T-1029 de 2012.

[88] Sentencia C-968 de 2003.

[89] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia STL7832-2015, radicación número 40200 del 9 de junio de 2015.

[90] Sentencia C-968 de 2003.

[91] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, AL-1544 de 2017, radicación número 77601 del 9 de agosto de 2017.

[92] Conforme lo establece la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia este factor se obtiene de las tablas de mortalidad emitidas por la Superintendencia Financiera (auto AL767-2018).

[93] La cédula de ciudadanía obra en el folio 39 del cuaderno de revisión.

[94] La documentación que acredita su estado de salud obra en los folios 40 a 73 del cuaderno de revisión.

[95] Audio contentivo de la audiencia adelantada por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, minutos 26:40 a 26:45. La señora Esther Luisa Méndez de Urbina manifestó haber cursado estudios hasta el grado de quinto de primaria.

[96] A folio 75 del cuaderno de revisión obra declaración extraprocesal de la hija de la accionante, quien manifiesta que la señora Esther Luisa Méndez de Urbina se encuentra a su cargo.

[97] Asimismo, esta Sala considera que las alegaciones sobre un posible acto para defraudar la masa sucesoral del señor Luis Guillermo Urbina Peña deben adelantarse en el escenario procesal oportuno que, en todo caso, no es esta acción de tutela.

[98] Constitución Política de Colombia, artículo 51: “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.”

[99] La ausencia de un mecanismo de medidas de protección provisional en el proceso ordinario laboral y su incidencia en la idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario fue tomada en consideración en las sentencias T-124 de 2017, T-655 de 2016, T-408 de 2016 y T-774 de 2015.

[100] En la exposición de motivos de la Ley 1781 de 2016, que creó las Salas de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, se mencionó que: “En efecto, a pesar de la celeridad que se puede haber logrado en el trámite de las instancias, por los planes de descongestión adelantados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la gran mayoría de procesos laborales y de seguridad social llega finalmente a la Corte Suprema de Justicia, donde, por los altos índices de congestión, se ven detenidos durante varios años, en espera de una decisión definitiva. Por lo mismo, los programas logran una eficacia parcial en las instancias, que se ve truncada por el cuello de botella que se forma después de interpuesto el recurso de casación, que, en promedio, tarda más de tres años en ser resuelto.”

[101] Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, artículo 47.

[102] Al respecto, esa Corporación explicó en sentencia del 29 de noviembre de 2011, radicación número 40055, que: “Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues, como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del Sistema de Seguridad Social.”.

[103] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicado 40055 del 29 de noviembre de 2011.

[104] Sentencia C-336 de 2014.

[105] Corte Suprema de Justicia. AL3597, Rad. No. 59471 del 15 de junio de 2014.

[106] Corte Suprema de Justicia. AL5144, Rad. No. 77601 del 9 de agosto de 2017.

[107] Corte Constitucional. Sentencia SU-1722 de 2000: “Por ello, a juicio de la Corte, el principio de la no reformatio in pejus, no puede condicionarse bajo la idea de que el grado jurisdiccional de la consulta lo desplaza, pues si bien es cierto, el legislador cuenta con un amplio espacio para regular el debido proceso, en el caso que nos ocupa, su intención, conforme quedó consagrado en los artículos 206, 217 y 227 del C.P.P. transcritos anteriormente, fue la de hacer operante dicha garantía, al disponer que la consulta tiene un alcance subsidiario. (...)De no entenderse así, sería desvirtuada la naturaleza jurídica de la no reformatio in pejus que como garantía establece la imposibilidad jurídica de hacer más gravosa la situación del condenado, en aquellos casos en que éste actúe como apelante único. Adicionalmente, admitir que por el grado de consulta, cuando concurre con la apelación, que es automático y no provocado, pueda favorecer un aumento en la condena del procesado, resta toda eficacia al principio constitucional, como que comienzan a serle introducidas excepciones que repugnan con el contenido mismo de dicha garantía.”