

ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA COMO DERECHO DE NATURALEZA PENSIONAL

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

La Ley 923 de 2004 (artículo 3) y el Decreto 4433 de 2004 (artículo 11, parágrafo 2), señalan a la (al) cónyuge y a la (al) compañera(o) permanente del causante, como beneficiarios de la sustitución de la asignación mensual de retiro, bajo ciertas reglas. En particular, la norma aplicable al caso es el literal b), inciso 3º, segunda parte, del parágrafo 2, artículo 11, del Decreto 4433 de 2004, que contempla el supuesto fáctico en el que, existiendo un vínculo matrimonial no disuelto, no existe convivencia simultánea entre los cónyuges debido a que se presentó una separación de hecho, y el beneficiario de la prestación estableció una relación con un(a) compañero(a) permanente, manteniendo una convivencia exclusiva y superior a los 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

ASIGNACION DE RETIRO PARA LA FUERZA PUBLICA-Noción

De acuerdo con el artículo 40 del Decreto 4433 de 2004, a la muerte de un miembro de la fuerza pública en goce de asignación de retiro, sus beneficiarios tendrán derecho a una pensión mensual, equivalente a la totalidad de la asignación que venía disfrutando el causante. En el presente caso, Ariel Cortés García recibía una asignación mensual de retiro por los servicios prestados a la Policía Nacional. Después de su muerte, sus beneficiarios tienen derecho a la sustitución de su asignación mensual de retiro.

SUSTITUCION DE ASIGNACION DE RETIRO PARA CONYUGE SUPERSTITE Y COMPAÑERA PERMANENTE-Reconocimiento proporcional a la convivencia

DERECHO A LA SUSTITUCION DE ASIGNACION DE RETIRO-Orden a CASUR reconocer sustitución de la asignación mensual de retiro a cónyuge y compañera permanente, proporcional al tiempo de convivencia de cada una de ellas con el causante

Acción de tutela instaurada por Consuelo Morales de Cortés contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Diana Fajardo Rivera, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

en el trámite de revisión del fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, que resolvió la acción de tutela promovida en favor de Consuelo Morales de Cortés.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes¹

1. El 10 de febrero de 1962, Consuelo Morales de Cortés contrajo matrimonio con el agente de policía Ariel Cortés García². Fueron padres de cinco (5) hijos³. Años después, se separaron de cuerpos pero mantuvieron vigente su sociedad conyugal⁴. El señor Cortés continuó hasta su muerte (22 de marzo de 2016), haciéndose cargo de los gastos de sostenimiento de su esposa⁵, a quien tuvo afiliada, como única beneficiaria suya, en el sistema de salud de la Policía Nacional⁶.

1. Según Bertha Botero Orozco, el señor Cortés García convivió con ella desde el 1 de enero

de 1967 y hasta su muerte⁷, es decir, durante 49 años (49 años, 2 meses y 21 días), y tuvieron dos (2) hijas⁸.

1. Mediante escritura pública del 29 de julio de 2012, el señor Cortés García y la señora Botero Orozco declararon que “(...) desde hace más de treinta y cinco (35) años aproximadamente⁹ hacen vida en común, viven bajo un mismo techo como marido y mujer, que en dicha unión ha existido socorro y ayuda mutua (...) que de mutuo consentimiento (...) declaran la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes”¹⁰. (Se omiten mayúsculas sostenidas del original).

De igual manera, en la cláusula tercera del citado documento público, Ariel Cortés manifestó “que es su deseo que a su fallecimiento la pensión que recibo debe ser repartida por partes iguales entre su esposa y la actual compañera permanente Bertha Botero Orozco”¹¹. (Se omiten mayúsculas sostenidas del original).

1. Desde febrero de 1978, el señor Cortés recibió la asignación mensual de retiro de la Policía Nacional¹². Con posterioridad a su muerte (marzo 22 de 2016), su esposa y su compañera permanente presentaron en abril de 2016, ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (en adelante CASUR), sus respectivas solicitudes de reconocimiento de sustitución de la asignación mensual de retiro.

1.3.1. Esta entidad, mediante la Resolución No. 3256 del 17 de mayo de 2016¹³, le reconoció a Bertha Botero Orozco, en su calidad de compañera permanente, la sustitución de la asignación mensual de retiro, en cuantía equivalente al total de la prestación que devengaba Ariel Cortés. En esta Resolución, la CASUR negó el reconocimiento de la sustitución a Consuelo Morales de Cortés.

Al respecto, argumentó que la señora Morales no cumple con el requisito previsto en el literal a) del parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 del 2004, referente a la acreditación de la vida marital con el causante hasta su muerte, y la convivencia con el difunto no menos de 5 años continuos inmediatamente anteriores a su fallecimiento. De otro lado, hizo mención en

los considerandos de la Resolución, a la escritura pública No 1712 del 29 de julio de 2012, a la que se hizo referencia en el párrafo 1.2.1. de esta sentencia, que fue aportada a CASUR por Bertha Botero y en la que declararon bajo la gravedad de juramento que “(...) desde hace más de treinta y cinco (35) años aproximadamente hacen vida en común, viven bajo un mismo techo como marido y mujer, que en dicha unión ha existido socorro y ayuda mutua (...)”¹⁴. (Se omiten mayúsculas sostenidas del original).

1. Consuelo Morales interpuso recurso de reposición contra esta decisión¹⁵. La CASUR lo resolvió negativamente a través de la Resolución No. 5448 del 3 de agosto de 2016, en la que confirmó en todas sus partes el acto administrativo acusado¹⁶. Adicionalmente, respecto a la convivencia que se debe acreditar, resaltó lo siguiente:

“La Constitución Política de 1.991 le ha reconocido un valor significativo y profundo a la convivencia, al apoyo mutuo y a la vida en común, por lo que al respecto la Corte Constitucional ha sostenido, que la exigencia de demostrar la convivencia efectiva con el pensionado en los años anteriores a su muerte, es imprescindible para obtener el derecho a la sustitución pensional. Y ha agregado que se trata de observar y acreditar una situación real de vida en común de dos personas ‘dejando de un lado los distintos requisitos formales que podrían imaginarse’. Igualmente se afirma que el sistema jurídico colombiano ha optado al respecto por un criterio material en cuanto a la verificación de la convivencia efectiva”¹⁷. (se omiten negrillas)

1. Dos meses después del fallecimiento de su esposo, Consuelo Morales de Cortés fue desafiliada del subsistema de salud de la Policía Nacional¹⁸ por carecer de la condición de afiliada o de beneficiaria. En tal subsistema le venía tratando la hipertensión, el hipotiroidismo y la diabetes que la aquejan¹⁹. En la actualidad está afiliada a la EPS Cafesalud, como beneficiaria de una de sus hijas²⁰.

1.5.1 A partir de los exámenes especializados (mamografía y biopsia) que le fueron practicados entre marzo y abril de 2017 (con posterioridad a la presentación de la acción de tutela objeto de revisión), su médico tratante en esta EPS le diagnosticó cáncer de seno y le

ordenó manejo quirúrgico²¹. Para su tratamiento estipuló la práctica de dos exámenes (gamagrafía ósea y gamagrafía de ganglios linfáticos) y la realización de un procedimiento quirúrgico (resección de cuadrante de mama SOD)²².

1.5.2. La señora Morales se practicó el primero, asumiendo ella y su familia los costos²³ y Cafesalud se comprometió a reembolsárselos²⁴. Hasta el pasado 21 de julio de 2017, el otro examen (que según expuso su hija, debe ser realizado 2 horas antes de la cirugía)²⁵ y el citado procedimiento quirúrgico no le habían sido practicados por la EPS. La mora en su realización se está presentando a pesar de la existencia de una sentencia de tutela²⁶ del 6 de julio de 2017, en la que el juez le ordenó a Cafesalud²⁷ “(...) que en el término máximo de 3 días siguientes a la notificación de este fallo, garantice a Consuelo Morales de Cortés, la programación y materialización del procedimiento denominado ‘resección de cuadrante de mama sod’(...)” y “(...) garantizar el tratamiento integral que requiera Consuelo Morales de Cortés, en relación con el diagnóstico de ‘tumor maligno de la mama’ que padece”. (se omiten mayúsculas sostenidas).

1. La señora Morales de Cortés está próxima a cumplir 73 años de edad (el 9 de octubre de 2017). Tiene casa propia (ubicada en un barrio clasificado como de estrato 3)²⁸, en donde vive con un nieto de 28 años y con su hija de 49 años, quien actualmente se encuentra desempleada²⁹.

1.6.1. De acuerdo con lo demostrado a la largo del trámite de la acción de tutela, sus gastos mensuales ascienden a \$980.000³⁰ aproximadamente. Estos se encuentran compuestos por los siguientes rubros: servicios públicos (\$250.000, aproximadamente)³¹, víveres (oscila entre \$500.000 y \$600.000, aproximadamente)³² y pago de la afiliación como beneficiaria a Cafesalud (\$130.000, aproximadamente)³³. Cabe resaltar que en este costo no están incluidos los gastos en medicamentos, exámenes médicos, intervenciones quirúrgicas, cuotas moderadoras y copagos que la accionante y su familia han tenido que sufragar, y deberán continuar haciéndolo, para el tratamiento del cáncer que aqueja a la señora Morales.

1.6.2. Así mismo, se recaudaron pruebas referentes a las fuentes de los ingresos con los que Consuelo Morales cubre sus gastos, que se estima ascienden a \$1.130.000,

aproximadamente. De un lado, Bertha Botero le consigna mensualmente, y de manera voluntaria, \$800.000³⁴. Por otro lado, uno de sus hijos le envía \$200.000 mensuales³⁵ y una de sus hijas se hace cargo del pago mensual de la cotización a Cafesalud, que tal como se mencionó antes, oscila entre \$97.000 y \$130.000³⁶. Relacionado con lo anterior, una de sus hijas mencionó en el trámite de revisión, que los cinco (5) hijos de la señora Morales son mayores de edad (sus edades oscilan entre 47 y 54 años) y que “deben responder por sus propias obligaciones”³⁷.

1. La señora Botero Orozco tiene 71 años y está afiliada al sistema de salud de la Policía Nacional³⁸. En octubre de 2016 le fue diagnosticado cáncer de piel³⁹ y ha venido recibiendo tratamiento por parte del citado sistema de salud al que se encuentra afiliada⁴⁰. Según declaró bajo la gravedad de juramento, dependía económicamente del señor Cortés⁴¹.

2. Acción de tutela

2.1. Consuelo Morales de Cortés presentó, el 10 de octubre de 2016, acción de tutela⁴² para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y lograr la protección de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al mínimo vital en conexidad con la seguridad social. Como fundamento de la solicitud de amparo, la señora Morales de Cortés expuso los argumentos que se resumen a continuación.

2.2. La decisión adoptada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR) afectó su mínimo vital, dado que es una persona de la tercera edad y el único ingreso que percibía para soportar sus gastos de supervivencia, provenía del apoyo económico que le proporcionaba su esposo. Afirma que nunca ha trabajado, no ha recibido sueldos, honorarios, subsidios, pensiones o rentas. Consideró que la entidad accionada “(...) en el peor de los casos, debió dejar que fuera la Justicia Ordinaria a través de los jueces Laborales quien decidiera cuál de las dos señoras era la acreedora de la sustitución pensional, o si por el contrario, debía ser compartida como lo dispuso el propio pensionado Ariel Cortés García antes de morir, a través de la Escritura Pública aludida anteriormente”⁴³. (se omiten mayúsculas sostenidas).

2.3. Adicionalmente, señala que la decisión de CASUR afectó su derecho a la salud, toda vez que fue desafiada del sistema de salud de la Policía Nacional, una vez se reconoció que la única beneficiaria de la sustitución de la asignación mensual de retiro era Bertha Botero.

2.4. En consecuencia, la actora solicitó el reconocimiento de la sustitución de la asignación mensual de retiro a su favor⁴⁴ y el pago de las mesadas dejadas de percibir⁴⁵. De igual manera, requirió ser afiliada nuevamente al sistema de salud de la Policía Nacional⁴⁶.

3. Respuesta de la accionada

3.1. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR) guardó silencio después de haber sido notificada de la acción de tutela, tal y como consta en la sentencia objeto de revisión⁴⁷.

4. Decisión objeto de revisión

4.1. El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, en sentencia proferida el 19 de octubre de 2016, declaró improcedente la acción de tutela porque consideró que no satisfacía el requisito de subsidiariedad. No obstante, en la parte resolutive instó a la accionante “para que acuda al juez natural a dirimir el fondo de la controversia”⁴⁸. Este fallo no fue objeto de apelación.

4.1.1. El juez resaltó que la decisión adoptada por la accionada en las Resoluciones 3256 y 5448 de 2016 (supra 1.3) tuvo en cuenta las pruebas que aportó Bertha Botero, en el marco del trámite de reconocimiento de la sustitución de la asignación mensual de retiro. Entre tales pruebas se incluye la declaración rendida el 29 de julio de 2012, mediante escritura pública (supra. 1.2.1), por los compañeros permanentes acerca de su convivencia “desde hace más de 35 años aproximadamente” y las declaraciones de dos terceros, que dan fe sobre tal tiempo de convivencia⁴⁹.

4.1.2. No obstante lo anterior, en la parte motiva de la sentencia el juez resaltó lo siguiente:

“la determinación de la entidad no tiene carácter de inmodificable, pues con la recolección de pruebas que acrediten que la señora Morales Cortés convivió con el causante el término definido en la ley para hacerse beneficiaria de la prestación que desea, podrá ventilar dicha

controversia ante el juez natural (...)”⁵⁰.

5. Principales pruebas que obran en el expediente

1. Copia del registro civil de la actora, en el que se certifica que nació el 9 de octubre de 1944⁵¹.

1. Copia del registro civil de matrimonio en la que consta el matrimonio entre la actora y Ariel Cortés García⁵².

1. Copia de la escritura pública 1712 del 28 de julio de 2012, en la cual se declara (i) la existencia de la unión marital de hecho entre Ariel Cortés García y Bertha Botero Orozco; (ii) la inexistencia de la sociedad patrimonial de hecho entre los dos anteriores, porque no se reúnen los requisitos de ley; y (iii) el deseo del señor Cortés García de que, a su fallecimiento, la asignación mensual de retiro que recibe sea repartida por partes iguales, entre su esposa y su compañera permanente⁵³.

1. Copia de la declaración rendida el 28 de julio de 2012, ante la Notaría Única de Santa Rosa de Cabal, por medio de la cual María Lucía Hernández de Cruz y Gabriel Eduardo Cruz manifestaron que conocían a Bertha Botero Orozco y a Ariel Cortés García desde hacía 35 años, y dieron fe que esa pareja ha tenido unión marital de hecho durante el mismo tiempo, y procrearon 2 hijas⁵⁴.

1. Copia de la Resolución 3256 del 17 de mayo de 2016, por medio de la cual se reconoce la sustitución de la asignación mensual de retiro a Bertha Botero Orozco, y se le niega a Consuelo Morales de Cortés⁵⁵.

1. Copia del recurso de reposición interpuesto por Consuelo Morales contra la Resolución 3256 del 201656.

1. Copia de la Resolución 5448 del 3 de agosto de 2016, por medio de la cual se niega el recurso de reposición presentado por Consuelo Morales de Cortés contra la resolución anterior57.

1. Copia de la certificación de la Policía Nacional en la que consta la desafiliación de la actora del sistema de salud de la Policía Nacional58.

6. Trámite en sede de revisión

6.1. Mediante Auto del 17 de julio de 2017, el despacho de la Magistrada Sustanciadora consideró que en el trámite de la acción de tutela, promovida por Consuelo Morales de Cortés, no se había vinculado a Bertha Botero Orozco, quien fue compañera permanente de Ariel Cortés García, y a quien se le reconoció la sustitución de la asignación de retiro reclamada por la accionante de este proceso. Previendo que la decisión de esta Corte en sede de revisión podría modificar la prestación recibida por la señora Botero Orozco, pero además, con el propósito de integrar el contradictorio adecuadamente, mediante dicho Auto, se ordenó vincularla y poner en su conocimiento el contenido de la acción de tutela presentada por Consuelo Morales de Cortés. Con esta vinculación se buscó que la señora Botero se pronunciara sobre los hechos sometidos al conocimiento del juez constitucional, las pretensiones de la actora y los fallos de instancia. Las respuestas dadas por la señora Botero59 fueron incluidas en el acápite 1 sobre hechos relevantes.

6.2. De otra parte, con el propósito de obtener mayores elementos de juicio, para determinar el estado de vulnerabilidad y la posible causación de un perjuicio irremediable a la accionante, mediante el mismo Auto del 17 de julio de 2017, se ordenó comunicarse telefónicamente con ella para hacerle una serie de preguntas. Las respuestas a estos interrogantes se encuentran en un informe agregado al expediente como parte del acervo probatorio60 y su contenido se incorporó también en el acápite 1 sobre hechos relevantes.

6.3. Así mismo, se ordenó poner durante tres días, a disposición de las partes y de los terceros con interés, las pruebas recaudadas. En virtud de esto, la CASUR se pronunció frente a los hechos y las pretensiones de la accionante⁶¹. Para ello, hizo referencia al contenido de las Resoluciones 3256 del 17 de mayo y 5448 del 3 de agosto, ambas del 2016, que fueron mencionadas en el acápite de hechos relevantes de esta sentencia. De otro lado, hizo una serie de consideraciones generales sobre el fenómeno del “hecho superado”⁶² y concluyó su escrito solicitando negar la acción de tutela interpuesta por la accionante por considerarla improcedente⁶³.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

1. Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017) expedido por la Sala de Selección Número Cuatro de esta Corporación, que decidió seleccionar para su revisión el expediente referido.

2. Cuestión previa. Procedencia de la acción de tutela

2.1. Jurisprudencia constitucional en relación con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad

2. En relación con el requisito de inmediatez, la Corte Constitucional ha indicado que por regla general, la acción de tutela debe ser instaurada oportunamente y dentro de un plazo razonable⁶⁴, de manera tal que no se contraría la seguridad jurídica ni la naturaleza de la acción⁶⁵. Este análisis no se suple con un cálculo cuantitativo del tiempo transcurrido entre la vulneración o amenaza de los derechos y la instauración de la acción de tutela, sino que supone un análisis del caso particular⁶⁶.

3. Con respecto al requisito de subsidiariedad, la Corte ha señalado que el objeto de la acción de tutela no es reemplazar los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los ciudadanos para la defensa de sus derechos. En este sentido, ha indicado que ante la existencia de otros medios de defensa judicial, la acción de tutela por regla general no es

procedente. Lo anterior, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, que señala que la acción 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”. Dicho mandato fue desarrollado en el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991⁶⁷.

4. De esta manera, la tutela no puede ser empleada como un mecanismo alternativo o complementario cuando exista un proceso ordinario diseñado para solucionar el conflicto jurídico planteado, y por tanto, para proteger los derechos de las partes involucradas. Bajo esta premisa, la acción de tutela solo procede si se han agotado todas las instancias y los recursos con los que cuenta el afectado para la protección de sus derechos⁶⁸.

5. No obstante lo anterior, esta Corporación ha precisado que debido a que el fin de la acción de tutela es la protección efectiva de los derechos fundamentales, resulta necesario analizar en cada caso la procedencia o no de la acción. Ello, debido a que no basta con la existencia del medio ordinario de defensa judicial, pues habrá que analizar (i) si este es idóneo y eficaz, y en última instancia determinar, (ii) la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, que ponga en riesgo la afectación de los derechos fundamentales del peticionario⁶⁹.

Frente a la primera circunstancia planteada, la Corte ha precisado que la tutela procede cuando un medio de defensa judicial no es idóneo o eficaz, para proteger los derechos fundamentales del accionante. En particular, ha sostenido que la idoneidad hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial, para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde con el contenido del derecho. Respecto a la eficacia, se ha indicado que se relaciona con que el mecanismo esté diseñado de forma tal, que brinde de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado⁷⁰.

6. Para determinar la concurrencia de estas dos características del mecanismo judicial ordinario, deben analizarse, entre otros aspectos los siguientes: (i) los hechos de cada caso, (ii) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente ofrece la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela, (iii) el tiempo de decisión de la controversia en la jurisdicción ordinaria, (iv) el agotamiento de la posibilidad de ejercicio del

derecho fundamental durante el trámite ordinario, (v) la existencia de medios procesales a través de los cuales, puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales, (vi) las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido, o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; (vii) la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, que exige una particular consideración de su situación⁷¹.

7. En este tipo de eventos, la Corte ha admitido excepcionalmente la procedencia de la acción de tutela ante la inexistencia de un medio de defensa judicial, o cuando el existente no resulta idóneo o eficaz, para la protección de los derechos fundamentales de las personas, lo que se justifica por la imposibilidad de solicitar una protección efectiva, cierta y real por otra vía.

8. Ahora bien, si el mecanismo existe, pero además resulta idóneo y eficaz, la tutela solo procede si se evidencia la amenaza de un perjuicio irremediable. En este caso, la Corte ha sostenido que la tutela se torna viable y el amparo se otorga transitoriamente, hasta tanto la situación sea definida en la jurisdicción competente. Para ello, el demandante del amparo debe instaurar las acciones ordinarias correspondientes, dentro de un término máximo de 4 meses a partir del fallo de tutela. Dicho término es imperativo y si el actor lo transgrede, el amparo pierde su vigencia. En estos eventos, la persona que solicita el amparo, deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida, para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. La jurisprudencia constitucional ha decantado los elementos que deben concurrir en el acaecimiento de tal perjuicio:

“(i) que se esté ante un perjuicio inminente o próximo o suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño;

(ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona;

(iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y

(iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”⁷²

2.2. Estudio de la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

9. La Sala encuentra que en el presente caso se dio satisfacción al requisito de inmediatez. La resolución que negó la reposición del acto administrativo que rechazó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a Consuelo Morales de Cortés fue comunicada el 10 de agosto de 2016⁷³ y la demanda de tutela fue presentada el 10 de octubre del mismo año⁷⁴, es decir 2 meses después, tiempo que la Sala estima razonable.

11. La accionante tiene 72 años, es decir, es una persona de la tercera edad y padece de una enfermedad de alto riesgo (cáncer de seno), por tanto merece especial protección constitucional. Además, la señora Morales de Cortés nunca ha trabajado, no labora actualmente y dependió económicamente de su cónyuge mientras este estuvo vivo⁷⁷. Actualmente no recibe salarios ni honorarios. Sus gastos de supervivencia, que en el trámite de la acción fueron calculados aproximadamente en \$980.000⁷⁸, son cubiertos gracias al dinero que de manera voluntaria le envían mensualmente Bertha Botero (\$800.000)⁷⁹, excompañera del difunto, y dos de sus hijos⁸⁰ (\$200.000 uno, y entre \$130.000 y \$97.000, una de sus hijas, para el pago de su afiliación a Cafesalud)⁸¹. Cabe resaltar que en este costeo no están incluidos los gastos referentes a medicamentos, exámenes médicos, intervenciones quirúrgicas, cuotas moderadoras y copagos que la accionante y su familia han tenido que sufragar, y deberán continuar haciéndolo, para el tratamiento del cáncer que aqueja a la señora Morales.

12. De lo anterior, la Sala infiere que la accionante presenta un especial estado de vulnerabilidad por dos razones, principalmente. En primer lugar, es una mujer de la tercera edad (próxima a cumplir 73 años) con una enfermedad de alto riesgo (cáncer de seno), recientemente diagnosticada y con demoras constatadas en su tratamiento⁸². En segundo lugar, se verificó que el cubrimiento de más del 80% de sus gastos depende exclusivamente de la buena voluntad de la compañera permanente de su marido. El resto de sus gastos de subsistencia son cubiertos por algunos de sus hijos.

13. Bertha Botero, honrando el deseo de su difunto compañero permanente, continuó enviándole mensualmente a Consuelo Morales un dinero para el cubrimiento de sus gastos⁸³ y afirma que compartió con la accionante una parte del pago retroactivo que recibió de la asignación mensual de retiro⁸⁴. Así las cosas, en el evento en que Bertha Botero fallezca primero que la señora Morales o que decida, o se vea abocada, a dejarle de enviar el citado dinero mensual, la accionante no tendría garantizado un monto de recursos suficientes para satisfacer las necesidades propias de su mínimo vital.

14. Sumado a lo anterior, es importante tener en cuenta que la demandante no está afiliada al SISBEN, fue retirada del servicio de salud que le ofrecía la Policía Nacional mientras su esposo estuvo vivo, y actualmente es beneficiaria de la afiliación de una de sus hijas a la EPS Cafesalud. A pesar de ello, esta entidad no le ha proporcionado los tratamientos médicos que requiere, para combatir el cáncer de mama que le fue diagnosticado el 28 de febrero de 2017 (con posterioridad a la presentación de la acción de tutela objeto de revisión).

15. De hecho, la demandante se vio obligada a interponer una acción de tutela contra Cafesalud, para que esta entidad le proporcione los procedimientos que requiere para tratar el cáncer que padece. En ese proceso, el juez de primera instancia amparó los derechos fundamentales de la accionante y le ordenó a esa EPS la prestación de los servicios de salud requeridos por la señora Morales de Cortés.

16. A la fecha de la práctica del cuestionario telefónico (julio 19 y 21 de 2017), cuyo informe hace parte del acervo probatorio, Cafesalud estaba en mora de realizarle la cirugía ordenada (resección de cuadrante de mama SOD) por su médico, para tratar el cáncer que aqueja a la accionante, y el examen prequirúrgico requerido (gamagrafía de ganglios linfáticos). Además del cáncer, la actora es hipertensa, sufre de diabetes, tiene problemas en la tiroides, y camina con dificultad debido a un accidente que le dejó secuelas en una pierna. De estas circunstancias adicionales, la Sala concluye que el estado de vulnerabilidad de la accionante es aún mayor, si se tiene en cuenta que padece de una enfermedad grave junto a otros quebrantos de salud, y que no tiene acceso efectivo a los servicios médicos que necesita para preservar su vida y su integridad.

17. En este caso, la Sala constata que se está frente a la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable en relación con los derechos al mínimo vital, a la salud y a la vida en

condiciones dignas de la actora. El perjuicio es grave porque implica el deterioro de la calidad de vida de una persona de la tercera edad, que merece especial protección constitucional, que padece una enfermedad de alto riesgo, la cual no ha tenido una atención oportuna (tal como lo constató el juez de tutela en el trámite de otra acción), y cuya subsistencia depende casi por completo de la buena voluntad (o mera liberalidad) de quien fue la compañera permanente de su difunto esposo.

18. Se requieren medidas urgentes e impostergables para superar la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable, precisamente, teniendo en cuenta la edad y la gravedad de la enfermedad de la actora. El tiempo que dura el trámite de un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puede implicar que la protección derivada del mismo llegue demasiado tarde a la demandante, cuando hayan pasado meses sin recibir la importante ayuda económica que le proporciona la excompañera de su difunto esposo, en el evento en que ella decida, o se vea abocada, a dejar de enviarle tal dinero, o cuando su salud haya empeorado, o incluso haya fallecido.

19. Por lo anterior, la Sala encuentra acreditada la posible causación de un perjuicio irremediable, y concluye que la acción de tutela interpuesta por Consuelo Morales de Cortés resulta procedente.

20. Respecto de la vulneración del derecho a la salud de la actora por parte de Cafesalud, cabe resaltar que este fue objeto de protección reciente por parte de un juez de tutela, quien falló otra acción interpuesta por la señora Morales. La actora cuenta con el trámite expedito del incidente de desacato para hacer cumplir la orden dada por el juez de tutela, mediante la cual le dio protección integral a su derecho a la salud⁸⁵.

3. Planteamiento del problema jurídico y asuntos a tratar

21. Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala Novena de Revisión debe resolver el siguiente problema jurídico:

¿La Caja Nacional de Retiro de la Policía Nacional (CASUR) vulneró los derechos al mínimo vital, a la salud y a la vida digna de Consuelo Morales de Cortés, al negarle el reconocimiento de la sustitución de la mesada de retiro que recibía su cónyuge –a su vez en unión marital de hecho con otra persona al momento de su muerte-, con el argumento de que no acreditó vida

en común por lo menos 5 años continuos inmediatamente anteriores a su deceso?

22. Para responder a este problema jurídico, se expondrá (i) la regulación sobre la distribución de la mesada de retiro entre la cónyuge supérstite y la compañera permanente del policía causante, y (ii) la reiterada jurisprudencia de la Corte, sobre el reconocimiento de la sustitución de la asignación mensual de retiro de una persona vinculada a la fuerza pública, en los casos en que dicha sustitución es reclamada por la/el cónyuge y la/el compañera(o) permanente. Posteriormente será resuelto el caso concreto.

4. Regulación sobre la distribución de la mesada de retiro, entre la/el cónyuge supérstite y la/el compañera(o) permanente del policía causante

23. La Ley 100 de 1993 creó el sistema general de seguridad social integral, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que la misma define. En su artículo 279 establece una serie de trabajadores, frente a los cuales no resulta aplicable el sistema integral de seguridad social, entre los cuales están los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. La única excepción a esta regla, es para quienes se vinculen con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100, a quienes se les aplicará lo dispuesto en esta Ley.

24. Así las cosas, el régimen de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional consagra diversos tipos de prestaciones, entre las que cabe mencionar, dada la pertinencia para la solución del caso concreto, la asignación mensual de retiro. Dicha figura se trata de una prestación de carácter económico a favor de los oficiales, suboficiales y soldados profesionales, que adquirieron ese derecho por haber prestado sus servicios al país, durante un prolongado lapso, bajo las condiciones consagradas en las normas que fijan el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública. Este Tribunal la ha definido como “una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo a la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce”⁸⁶.

25. La Ley 923 de 2004 es la norma marco sobre el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones correspondientes a los miembros de la fuerza pública. El artículo 3 de esta Ley establece el orden de quiénes pueden concurrir como beneficiarios de la asignación de retiro por causa de muerte del servidor. Dicho orden fue regulado por la reglamentación

establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuyo artículo 11 (parágrafo 2) establece lo siguiente:

“Parágrafo 2º. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:

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

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

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez 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 parágrafo, 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 o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. 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.” (Subrayado fuera de texto)

5. El reconocimiento de la sustitución de la mesada de retiro de una persona vinculada a la fuerza pública, en los casos en que dicha sustitución es reclamada por la/el cónyuge y por la/el compañera(o) permanente. Reiteración de jurisprudencia

27. En la sentencia T-856 de 201487, la Corte estudió el caso de una mujer que contrajo matrimonio con un miembro del Ejército Nacional, con quien convivió durante 46 años y con quien procreó 6 hijos. El gozaba de una asignación mensual de retiro a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares (CASUR), la cual le fue reconocida en 1964. El militar murió en el 2006 y en consecuencia, la cónyuge supérstite solicitó la sustitución de la asignación mensual de retiro. Mediante resolución del mismo año, CASUR resolvió negativamente la solicitud, argumentando que la cónyuge no había probado convivencia con su esposo hasta cuando él murió. La cónyuge presentó recurso de reposición contra la decisión anterior, manifestando que no había convivido con su cónyuge durante los últimos 5 años de su vida, porque este había abandonado el hogar. Sin embargo, no se divorciaron y ninguno constituyó un nuevo hogar. El cónyuge difunto brindaba a la cónyuge el apoyo económico necesario para satisfacer las necesidades de su mínimo vital.

28. En este caso, la Corte consideró que si bien la normatividad le asigna consecuencias jurídicas a la convivencia durante los años anteriores al fallecimiento del cónyuge o compañero/a permanente, para efectos de la sustitución de la pensión o de la mesada de retiro, esto no puede traducirse en actos discriminatorios. Por tanto, la Corte determinó que en el caso del cónyuge que está separado de hecho, no se ha divorciado y depende económicamente de su antigua pareja, el requisito de convivencia durante más de 5 años, exigido para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o para la sustitución de la asignación de retiro, se flexibiliza y puede ser verificado en cualquier momento, no sólo en los años inmediatamente anteriores a la muerte del causante.

29. De otro lado, en la sentencia T-089 de 201588, la Corte estudió el caso de una mujer de 86 años, quien se casó y convivió con su esposo desde 1955 hasta 1985, con quien procreó 5 hijos. El gozaba desde 1973 de una asignación mensual de retiro a cargo de la Caja de

Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. Tras la muerte de su pareja, la cónyuge supérstite solicitó la sustitución de la asignación de retiro, en atención a que el matrimonio y la sociedad conyugal continuaban vigentes, pese a que él tuvo un vínculo marital de hecho con otra persona. Mediante resolución emitida el mismo año, la CASUR reconoció la sustitución de asignación mensual de retiro a un hijo del causante en un 50%, y suspendió el trámite de la asignación mensual de retiro que pudiera corresponder a la cónyuge supérstite y a la compañera permanente del difunto. La compañera permanente interpuso recurso de reposición contra esta decisión y mediante un nuevo acto administrativo, CASUR resolvió reconocerle la sustitución de asignación mensual de retiro en cuantía equivalente al 50%, y negar el reconocimiento de la sustitución a la cónyuge supérstite.

30. En este caso, la Corte manifestó que según el parágrafo 2, del artículo 11, del Decreto 4433 de 2004, la cónyuge tiene derecho a la sustitución de la asignación mensual de retiro, en proporción al tiempo de convivencia, si el vínculo matrimonial está vigente para cuando se dio el fallecimiento del causante. En el evento en que éste haya establecido una nueva relación, que estuviera vigente para el momento del deceso, la asignación mensual será compartida entre el cónyuge y el compañero(a) permanente, en proporción al tiempo de convivencia.

31. Adicionalmente, la Corte se refirió al concepto de familia “(...) según el cual, son miembros del grupo familiar no solo aquellas personas que en razón del vínculo jurídico o de consanguinidad integran una familia, sino también quienes como resultado de la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuo consolidan núcleos familiares de hecho (...)”-, y a la necesidad de valorar el apoyo mutuo y la dependencia económica en este tipo de casos.

32. En la sentencia T-164 de 201689, la Corte estudió el caso de una mujer de 77 años, quien contrajo matrimonio con un policía, que al momento de su deceso recibía una asignación mensual de retiro. La convivencia entre los cónyuges duró entre 1953 y 1990, momento en el que el cónyuge inició una unión marital de hecho con otra mujer. La pareja nunca se divorció y él se encargó, hasta su muerte, de solventar el sostenimiento de su esposa. La CASUR, mediante acto administrativo, negó la solicitud de una cuota parte de la sustitución de la

asignación de retiro presentada por la cónyuge. Esta entidad reconoció la totalidad del derecho pensional, a favor de la compañera permanente del causante. Consideró que la accionante no cumplió con lo establecido en el literal a) del párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

33. La Corte concluyó que la disposición aplicable al caso concreto era la contenida en el inciso final del literal b) del párrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, y no el literal a). El literal b) contempla el supuesto fáctico referente a la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto, sin convivencia entre los cónyuges debido a que se presentó una separación de hecho, y uno de ellos estableció una relación con un(a) compañero(a) permanente, con quien tuvo una convivencia exclusiva y superior a cinco (5) años, contados con anterioridad al fallecimiento del causante.

34. De la regulación y los precedentes constitucionales antes expuestos resultan las siguientes reglas:

* En el caso de quien está separado de hecho, conserve su vínculo matrimonial y dependa económicamente del causante, requerirá haber convivido con este durante al menos 5 años, en cualquier tiempo, para que se le reconozca el derecho a la sustitución de la asignación de retiro. (Sentencia T-856 de 2014).

* De acuerdo con la Ley 923 de 2004 (artículo 3) y el Decreto 4433 de 2004 (artículo 11, párrafo 2), el/la cónyuge que al momento del fallecimiento del causante, mantenga vigente la sociedad conyugal, tendrá derecho a la sustitución de la asignación mensual de retiro, en proporción al tiempo de convivencia (exceptuando el evento en el que exista convivencia simultánea con el/la cónyuge y con el/la compañero/a permanente, durante los cinco años, o menos, anteriores al deceso; en tal caso se reconocerá la sustitución al cónyuge, Decreto 4433 de 2004, artículo 11, párrafo 2, literal b), inciso 3º, primera parte).

* De otro lado, cuando haya separación de hecho, se establezca una nueva relación por más de cinco años y que se mantenga vigente hasta la fecha del deceso, la asignación de la cual disfrutaba el fallecido, será compartida entre el/la cónyuge separado(a) de hecho y el/la compañero(a) permanente que tenga esa condición para el momento de la muerte, en proporción al tiempo de convivencia (Decreto 4433 de 2004, artículo 11, parágrafo 2, literal b), inciso 3º, segunda parte).

6. Estudio del caso concreto

35. De acuerdo con el artículo 40 del Decreto 4433 de 2004, a la muerte de un miembro de la fuerza pública en goce de asignación de retiro, sus beneficiarios tendrán derecho a una pensión mensual, equivalente a la totalidad de la asignación que venía disfrutando el causante. En el presente caso, Ariel Cortés García recibía una asignación mensual de retiro por los servicios prestados a la Policía Nacional. Después de su muerte, sus beneficiarios tienen derecho a la sustitución de su asignación mensual de retiro.

36. La Ley 923 de 2004 (artículo 3) y el Decreto 4433 de 2004 (artículo 11, parágrafo 2), señalan a la (al) cónyuge y a la (al) compañera(o) permanente del causante, como beneficiarios de la sustitución de la asignación mensual de retiro, bajo ciertas reglas. En particular, la norma aplicable al caso es el literal b), inciso 3º, segunda parte, del parágrafo 2, artículo 11, del Decreto 4433 de 2004, que contempla el supuesto fáctico en el que, existiendo un vínculo matrimonial no disuelto, no existe convivencia simultánea entre los cónyuges debido a que se presentó una separación de hecho, y el beneficiario de la prestación estableció una relación con un(a) compañero(a) permanente, manteniendo una convivencia exclusiva y superior a los 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

37. De este modo, cuando haya separación de hecho pero se mantenga vigente la sociedad conyugal y se establezca una nueva relación durante al menos los cinco años anteriores a la fecha del deceso, la asignación de la cual disfrutaba el causante será compartida entre el cónyuge separado de hecho y el(la) compañero(a) permanente que tenga esa condición para el momento de la muerte, en proporción al tiempo de convivencia de cada uno con el fallecido, siempre y cuando el causante haya convivido con su cónyuge durante al menos 5 años en cualquier momento, tal como ha precisado la jurisprudencia⁹⁰.

38. En el presente caso, Consuelo Morales de Cortés contrajo matrimonio con Ariel Cortés

García el 10 de febrero de 1962. Los cónyuges se separaron de cuerpos, pero mantuvieron la sociedad conyugal vigente. No obstante la separación de hecho, y la nueva relación que tuvo el señor Cortés con Bertha Botero hasta su muerte, este le prestó auxilio económico a su cónyuge, mientras estuvo en vida. Prueba de ello es que el señor Cortés seguía soportando los gastos de supervivencia de su cónyuge (ella dependía económicamente de este), la mantuvo como única beneficiaria suya en el sistema de salud de la Policía Nacional y mediante escritura pública dejó constancia de su deseo de que tras su fallecimiento, su asignación mensual de retiro fuera dividida por partes iguales entre su cónyuge y su compañera permanente.

39. En atención a los hechos del caso y a las reglas jurisprudenciales aplicables antes mencionadas, Consuelo Morales de Cortés tiene derecho a la sustitución de la asignación mensual de retiro, en proporción al tiempo de convivencia con su cónyuge. Al respecto, debe recordarse que quien está separado de hecho, conserva su vínculo matrimonial y haya convivido con este al menos durante 5 años en cualquier tiempo, tiene derecho a que se le reconozca el derecho a la sustitución de la mesada de retiro en proporción al tiempo de convivencia, esto último, cuando el causante también convivió con un(a) compañero(a) permanente durante al menos los cinco años anteriores a su deceso.

40. Ariel Cortés García convivió con Bertha Botero Orozco durante más de 35 años, según se afirmó a lo largo del trámite de esta acción, y hasta el momento de su muerte, y al mismo tiempo mantuvo vigente la sociedad conyugal con la señora Morales de Cortés. En atención a esto y al tiempo de convivencia entre los cónyuges de más de 5 años, la señora Morales de Cortés tiene derecho a compartir la sustitución de la asignación mensual de retiro con la señora Botero Orozco, en proporción al tiempo de convivencia con el causante.

40.1. Al respecto, en la respuesta a la pregunta No 8 del cuestionario telefónico practicado el 19 y 21 de julio de 2017 (supra 1.1), la accionante afirmó que su esposo convivió con ella durante 19 o 20 años⁹¹ (es decir entre 1962, año en el que se casaron, y hasta 1981 o 1982), y 35 años con Bertha Botero. Esta, por su parte, en la contestación de la tutela afirmó que “(...) desde el 1 de enero de 1967 vivió en unión marital de hecho hasta la fecha de su muerte” [22 de marzo de 2016] con el señor Cortés.

De las pruebas aportadas a lo largo del proceso no se descarta la posibilidad de que haya existido convivencia simultánea durante algún tiempo, anterior al quinquenio previo al fallecimiento del señor Cortés. Por ejemplo, hay prueba en el expediente que el nacimiento de los hijos menores de Ariel Cortés con la señora Consuelo Morales y con la señora Bertha Botero se dio en años cercanos, entre los años 1970 y 1971⁹². Así mismo, si se comparan los tiempos de convivencia a los que se refirió Consuelo Morales con los que declaró Bertha Botero, también conllevarían esa consecuencia.

41. En la actualidad, Consuelo Morales de Cortés, una mujer de la tercera edad con una enfermedad de alto riesgo (cáncer de seno) recientemente diagnosticada y con demoras constatadas en su tratamiento, depende de la buena voluntad de la compañera permanente de su marido para el cubrimiento de más del 80% de sus gastos, y de sus hijos, para solventar el resto. Así las cosas, en el evento en que Bertha Botero fallezca primero que la señora Morales o que decida, o se vea abocada, a dejarle de enviar el citado dinero mensual, la accionante no tendría garantizado un monto de recursos suficientes para satisfacer las necesidades propias de su mínimo vital y su salud.

42. Por lo anterior, y con el propósito de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, serán amparados los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de Consuelo Morales de Cortés. En consecuencia, se ordenará a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares (CASUR), que en el término de cinco (5) días hábiles, contados desde la notificación de esta sentencia, reconozca la sustitución de la asignación mensual de retiro a Consuelo Morales de Cortés y a Bertha Botero Orozco, en proporción al tiempo de convivencia de cada una con el causante. Para ello, en el término antes mencionado la CASUR deberá (i) dejar sin efectos las Resoluciones N° 3256 del 17 de mayo de 2016 y N° 5448 del 3 de agosto de 2016, y (ii) proferir una nueva resolución en la que reconozca y pague el 30% de la prestación a la señora Consuelo Morales de Cortés, y el 70% restante a la señora Bertha Botero Orozco⁹³.

43. Dentro del plazo máximo de noventa (90) días, contado a partir de la notificación de esta providencia, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional podrá revisar y ajustar tales porcentajes (30% y 70%), de acuerdo con el tiempo probado de convivencia de Consuelo Morales de Cortés y de Bertha Botero Orozco con Ariel Cortés García, dándoles plena garantía a su derecho al debido proceso. En el evento en que la CASUR concluya que se deben variar

tales porcentajes, deberá expedir una nueva resolución dentro del plazo de noventa (90) días antes mencionado.

44. Ahora bien, el numeral 8 del literal a) del artículo 23 del Decreto 1795 de 2000, incluyen dentro de los afiliados al sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a los beneficiarios de pensión o de asignación de retiro por muerte del personal (en servicio activo, pensionado o retirado) perteneciente a tales entidades⁹⁴. En atención a esto y teniendo en cuenta que se ordenará a CASUR reconocer a la señora Consuelo Morales de Cortés la calidad de beneficiaria de la sustitución de la asignación mensual de retiro de su esposo, en proporción al tiempo de convivencia, se ordenará también a CASUR que la afilie nuevamente al sistema de salud de la Policía Nacional, dando cumplimiento a lo establecido en el citado numeral 8 del literal a) del artículo 23 del Decreto 1795 de 2000.

Cabe resaltar que Bertha Botero y Consuelo Morales tendrán la condición de afiliadas al sistema de salud de la Policía Nacional, en la medida que ambas son beneficiarias de la asignación mensual de retiro del señor Ariel Cortés, en los términos establecidos en esta Sentencia. La afiliación de la señora Morales de Cortés deberá realizarse en el término de 48 horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia.

45. Esta entidad deberá dar cumplimiento a los principios de integralidad y de continuidad del servicio médico y no podrá oponer periodos mínimos de cotización ni trámites administrativos que demoren la atención urgente que requiere la accionante, dado el cáncer de seno que le fue diagnosticado y que no ha sido oportunamente atendido por Cafesalud, tal como lo constató el Juez Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Manizales, en la acción de tutela interpuesta por la señora Morales de Cortés y a la que se hizo referencia en la presente providencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Levantar la suspensión de términos decretada por medio del Auto del 14 de agosto

de 2017, proferido por la Sala Novena de Revisión.

Segundo.- REVOCAR la Sentencia proferida el 19 de octubre de 2016 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, mediante la cual declaró improcedente la presente acción de tutela y, en su lugar, amparar de manera definitiva los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de Consuelo Morales de Cortés.

Tercero.- ORDENAR a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR) reconocer la sustitución de la asignación mensual de retiro a Consuelo Morales de Cortés y a Bertha Botero Orozco, proporcionalmente al tiempo de convivencia de cada una de ellas con Ariel Cortés García.

Para ello, en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta providencia, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional deberá (i) dejar sin efectos las Resoluciones N° 3256 del 17 de mayo de 2016 y N° 5448 del 3 de agosto de 2016, y (ii) proferir una nueva resolución en la que reconozca y pague el 30% de la prestación a la señora Consuelo Morales de Cortés, y el 70% restante a la señora Bertha Botero Orozco.

Dentro del plazo máximo de noventa (90) días, contado a partir de la notificación de esta providencia, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional podrá revisar y ajustar estos porcentajes, de acuerdo con el tiempo probado de convivencia de Consuelo Morales de Cortés y de Bertha Botero Orozco con Ariel Cortés García, dando plena garantía a su derechos al debido proceso. En el evento en que la CASUR concluya que se deben variar tales porcentajes, deberá expedir una nueva resolución dentro del plazo de noventa (90) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia.

Tercero.- En atención a la orden primera de esta providencia, en la que se establece que Consuelo Morales de Cortés tiene la calidad de beneficiaria de la sustitución de la asignación mensual de retiro de su esposo, en proporción al tiempo de convivencia con este, y dando cumplimiento al numeral 8 del literal a) del artículo 23 del Decreto 1795 de 2000, se ordena a la Policía Nacional que la afilie nuevamente al sistema de salud de la institución. Tal afiliación deberá realizarse en el término de 48 horas, contado a partir de la notificación de esta providencia.

El sistema de salud de la Policía Nacional deberá dar cumplimiento a los principios

integralidad y de continuidad del servicio médico y no podrá oponer trámites administrativos de ninguna naturaleza que demoren la atención urgente y prioritaria que requiere Consuelo Morales de Cortés, dado el cáncer de seno que le fue diagnosticado y que no ha sido oportunamente atendido.

El sistema de salud de la Policía Nacional deberá mantener también como afiliada a Bertha Botero Orozco, dado que cumple con los requisitos previstos en el numeral 8 del literal a) del artículo 23 del Decreto 1795 de 2000.

Cuarto.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese y cúmplase

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (E)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-616/17

ACCION DE TUTELA PARA SUSTITUCION DE ASIGNACION DE RETIRO-Se debió declarar improcedente, por incumplir requisito de subsidiariedad y no acreditar perjuicio irremediable (Salvamento de voto)

Con relación al requisito de subsidiariedad, encuentro que la acción de tutela no es procedente, en razón a que no satisface el requisito de subsidiariedad, en su aspecto formal y material. Es necesario poner de presente que en el asunto no se evidencia que la accionante esté enfrentando una amenaza grave e inminente, concebida como el acaecimiento del perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas, y a la salud.

Referencia: Expediente T-6.104.311

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

En atención a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión el 04 de octubre de 2017, en los expedientes de la referencia, me permito presentar Salvamento de Voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- Con relación al requisito de subsidiariedad, encuentro que la acción de tutela no es procedente, en razón a que no satisface el requisito de subsidiariedad, en su aspecto formal y material.

La resolución por medio de la cual la Policía Nacional se negó a reconocer la sustitución de la asignación de retiro a favor de la señora Consuelo Morales de Cortés, es un acto administrativo susceptible de control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Se trata de un medio judicial idóneo y eficaz para discutir los hechos que sustentan el debate de este asunto de derecho, más aún porque la cuestión estudiada, amerita una revisión y valoración probatoria de fondo. No puede pasar inadvertido, que el asunto aquí estudiado no se centra únicamente en el reconocimiento del derecho a favor de la señora Consuelo Morales de Cortes, sino en analizar de qué manera puede verse afectado el derecho adquirido de la señora Bertha Morales.

Igualmente, debe ser el proceso de nulidad y restablecimiento de derecho el escenario procesal adecuado para analizar la validez del documento extendido por el afiliado fallecido Ariel Cortés, en el cual manifiesta su deseo de que la asignación de retiro sea repartida en partes iguales entre su cónyuge y su compañera permanente, voluntad testamentaria que se enfrenta con normas de orden público y no susceptibles de disposición por los particulares.

En ese sentido, la orden de amparo impartida bien puede corresponder a una típica medida cautelar dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, de las que trata el artículo 230 del C.P.A.C.A., frente a lo cual el Consejo de Estado ya se ha pronunciado, en sentencias como la del veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017) radicado 76001-23-33-000-2013-00543-01 (4156-2016), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, C.P.: Gabriel Valbuena Hernández. En dicha oportunidad, el Consejo de Estado decretó medida cautelar consistente en el reconocimiento y pago de manera transitoria de la pensión hasta tanto se profiera sentencia de fondo, con base en la solicitud de la demandante, una persona de 83 años de edad que padece de diabetes mellitus y antecedentes cerebro vasculares. Inclusive, el Consejo de Estado se abstuvo de solicitar la caución prevista para el evento en que se adopte una medida distinta a la suspensión del acto administrativo, al considerar que a partir de los elementos fácticos del caso se entendía como una imposición desproporcionada.

2.- Por medio de la sentencia, se concede el amparo solicitado de manera definitiva. Sin embargo, pese a que esta modalidad de protección procede cuando quiera que se demuestre que el mecanismo judicial ordinario no es idóneo y eficaz para la garantía del derecho, a lo largo de la resolución del caso se señala que este se concede en razón a que la tutelante se encuentra frente a una amenaza grave e inminente para sus derechos fundamentales. Perjuicio irremediable, que se constituye como el fundamento de concesión de un amparo de tipo transitorio.

Si en gracia de discusión se evaluara la protección del amparo de manera transitoria, es necesario poner de presente que en el asunto no se evidencia que la accionante esté enfrentando una amenaza grave e inminente, concebida como el acaecimiento del perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas, y a la salud por lo siguiente:

i) Frente al derecho a la salud, si bien como consecuencia de la negativa de sustitución pensional a su favor la accionante fue desafiliada del sistema de salud a cargo de la Policía Nacional, esta cuenta con el servicio de salud en calidad de beneficiaria de una de sus hijas encontrándose afiliada a la EPS CAFESALUD en el régimen contributivo. Si bien se puede constatar que la actora padece de un cáncer de seno a causa del cual le fue ordenado por su médico tratante manejo de la enfermedad consistente en práctica de examen de gammagrafía ósea y gammagrafía de ganglios linfáticos, y realización de tratamiento quirúrgico a través de resección de cuadrante de mama SOD, resulta palmario que la señora Morales de Cortés ya se practicó primer examen ordenado asumiendo ella y su familia los costos siéndole informado por CAFESALUD EPS el reembolso de dichos gastos (hecho 1.5., 1.5.1 y 1.5.2.), y que mediante sentencia de tutela del 6 de julio de 2017 se ordenó a CAFESALUD EPS que garantice a Consuelo Morales Cortés la programación y materialización del procedimiento requerido, junto con la garantía del tratamiento integral de su patología.

Es claro entonces que la accionante cuenta con la protección a su derecho a la salud, pues se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, por lo cual tiene acceso a las prestaciones médicas y asistenciales gozando de la cobertura que asegura el sistema.

Por otra parte, la señora Consuelo Morales al haber utilizado de manera previa la acción constitucional para asegurar que su EPS realice los procedimientos médicos y garantice el tratamiento integral que requiere a causa de su padecimiento de cáncer de seno, no se encuentra en riesgo inminente pues el juez constitucional ya adoptó una decisión que evita la materialización de cualquier acto que impida el goce o ejercicio de su derecho a la salud. Ahora bien, en caso que CAFESALUD EPS se niegue a cumplir la orden impartida por el juez de tutela el 6 de julio del año en curso, la accionante cuenta con el mecanismo idóneo para solicitar el cumplimiento, esto es, el trámite del incidente de desacato. El anterior argumento, es recalcado en la sentencia de tutela en la página 14 párrafo No. 20.

ii) Con relación a su derecho al mínimo vital y derecho a la vida en condiciones dignas: no se comparte el argumento consistente en que la accionante está enfrentando una amenaza o vulneración a su derecho al mínimo vital y vida en condiciones dignas, estimando procedente la tutela para su caso.

Del acápite de hechos de la sentencia (numeral 1.6, 1.6.1 y 1.6.2) se desprende que la actora

recibe ingresos económicos por parte de dos de sus hijos (uno económicamente y otro sufraga valor de afiliación a régimen contributivo), que la señora Bertha Morales compañera permanente del fallecido Ariel Cortés García le provee una suma mensual aproximada de \$800.000 proveniente de la mesada pensional por sustitución por ella percibida, y que la señora Morales de Cortés cuenta con vivienda propia en estrato 3, para un total de ingresos mensuales de \$1.130.000 frente a gastos de \$980.000 según se extrae de los recibos de pago y demás pruebas documentales que reposan en el expediente de tutela.

En atención a las condiciones del entorno familiar de la tutelante, la señora Consuelo Morales de Cortés, sus 5 hijos tienen el deber legal de otorgar alimentos ya sea de forma voluntaria o porque ésta los reclame por las vías coercitivas dispuestas para tales fines. Ese derecho de alimentos, según lo ha entendido esta Corporación en sentencias C-919 de 2001 y C-503 de 2014, abarcaba todos aquellos gastos alimentarios que sean necesarios para la vida, tales como comida, bebida, vestido y, actualmente, el alojamiento, la educación y la recreación para el caso de los menores de edad y los adultos mayores.

3. Teniendo en cuenta la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, por la cual se admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela como amparo definitivo, considero necesario advertir sobre lo siguiente:

i) La orden contenida en el numeral tercero de la parte resolutive de esta providencia implica una afectación mayor al derecho a la salud de la tutelante, y derecho al mínimo vital de esta última, porque:

-Al ordenar a la Policía Nacional que afilie nuevamente al Sistema de Salud de la institución a la señora Consuelo Morales de Cortés, no se tiene en cuenta la prohibición de afiliación simultánea en regímenes exceptuados o especiales y el sistema general de seguridad social en salud. El tema de la multifiliación debió ser valorado, pues si bien se insta a la Policía Nacional a afiliar nuevamente a la actora al régimen especial, no especifica su situación respecto a la EPS CAFESALUD y tratamientos que se encuentran en curso a través de la cobertura de esta entidad.

Al pretender amparar el derecho a la salud de la actora, no se tiene en cuenta que los afiliados al régimen especial y al régimen contributivo no tienen la posibilidad de escoger la E.P.S con la que quieran contratar la prestación del servicio, de manera que al ser afiliada al

régimen especial la persona debe incorporarse al mismo a fin de recibir el servicio de manera exclusiva por dicho sistema. Ello implica que para garantizar el tratamiento integral de la enfermedad, la accionante debe comenzar nuevamente el procedimiento administrativo y médico para recibir la atención requerida.

ii) De igual manera, reconocer de manera definitiva el derecho a favor de la accionante, implica una ostensible modificación de los derechos adquiridos de la señora Bertha Botero, quien luego de haber agotado el procedimiento administrativo establecido por la normatividad que regula la materia, se hizo acreedora del derecho pensional. Si bien para sustentar el amparo a favor de la accionante se tienen en cuenta sus circunstancias de vulnerabilidad, no se evidencia un análisis similar de la situación de la señora Bertha Botero, quien también es una persona de la tercera edad y que padece de cáncer de piel.

Atentamente,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

1 En esta sección se resumen los hechos descritos por Consuelo Morales en la acción de tutela, así como los expuestos por Bertha Botero en la contestación de la misma y los provenientes de las pruebas que obran en el expediente.

2 Cuaderno 2, folio 11 del expediente.

3 En la entrevista telefónica realizada por el Despacho de la Magistrada Ponente los días 19 y 21 de julio de 2017 a la señora Morales de Cortés y a dos de sus hijas, una de ellas señaló que su madre tiene 5 hijos, todos mayores de edad (entre 47 y 54 años) (Cuaderno 1, folio 21 del expediente). A la primera pregunta formulada a la señora Morales de Cortés, referente al grupo familiar con el que convive, ella respondió que este se encuentra conformado por ella y 4 hijos (3 mujeres y un hombre) y que vive con una de sus hijas (de 49 años, separada y desempleada en la actualidad), y con un hijo de ella (de 28 años) (Cuaderno 1, folio 21 del expediente).

4 Del acervo probatorio que obra en el expediente, no es posible establecer con certeza el año en el que se dio la separación, sin embargo, se puede estimar que su convivencia fue de 5 años o más. En la acción de tutela y en el recurso de apelación contra la Resolución 3256 del 17 de mayo de 2016, la señora Morales de Cortés no se refiere a la separación de cuerpos ni a la fecha en la que esta ocurrió. El argumento central que expone para sustentar su solicitud de reconocimiento de la sustitución de la asignación mensual de retiro es la vigencia de la sociedad conyugal con el señor Cortés, hasta la muerte de este (Cuaderno 2, folios 1 a 8 y folios 14 a 16 del expediente). De otro lado, en la respuesta a la pregunta No 8 del cuestionario telefónico practicado el 19 y 21 de julio de 2017, la accionante afirmó que su esposo convivió con Bertha Botero durante 35 años y con ella durante 19 o 20 años (Cuaderno 1, folio 23 del expediente). Por su parte, Bertha Botero afirma en la contestación de la tutela que la separación de cuerpos entre la señora Morales de Cortés y su esposo se dio en diciembre de 1966, “porque desde el 1 de enero de 1967 vivió en unión marital de hecho hasta la fecha de su muerte” con ella. (Cuaderno 1, folio 72, numeral 3 del expediente). Esto mismo afirmó en la declaración extraproceso No 1801, que rindió el 30 de marzo de 2016 en la Notaría Quinta del Circuito de Pereira, en la que señaló lo siguiente: “(...) estuve al lado de mi compañero permanente conviviendo y compartiendo techo, mesa y lecho desde el día primero (01) de enero de 1967 sin interrupción y hasta el día de su fallecimiento” (Cuaderno 1, folio 83, numeral 7 del expediente). En el evento en que durante el término de tiempo al que se refiere Bertha Botero no haya habido convivencia simultánea con Consuelo Morales, se concluiría que la convivencia entre los esposos Cortés Morales fue entre febrero de 1962 (día de su matrimonio) y diciembre de 1966. No obstante, las pruebas aportadas a lo largo del proceso no descartan la posibilidad de que haya existido convivencia simultánea durante algún tiempo. Por ejemplo, hay prueba en el expediente de que el nacimiento de los hijos menores del señor Cortés con la señora Consuelo Morales y con la señora Bertha Botero se dio en años cercanos. El primero nació entre los años 1970 y 1971 (ver edad en los folios 22 y 36 del Cuaderno 1 del expediente) y la segunda nació el 18 de julio de 1971 (se cuenta con una copia de su registro civil en el folio 86 del Cuaderno 1 del expediente). De otro lado, tal como se anotó, se tiene que la señora Morales de Cortés afirma haber convivido entre 19 a 20 años con su esposo (Cuaderno 1, folio 23 del expediente). Es pertinente mencionar también que en el expediente reposa copia de varias declaraciones extrajuicio rendidas por conocidos de la pareja de compañeros permanentes, en las que dan fe de su convivencia. No obstante, sus declaraciones fueron expresadas de una manera en la

que no es posible concluir con exactitud cuándo se dio la separación de cuerpos entre los esposos Cortés Morales ni el tiempo exacto de convivencia de los compañeros permanentes (ver al respecto los folios 81 y 82 del Cuaderno 1 y el folio 19 del Cuaderno 2 del expediente).

5 El 22 de marzo de 2011 los cónyuges Cortés Morales se presentaron ante la Notaría ubicada en la cabecera del Círculo de Villamaría (Caldas) y el señor Cortés manifestó bajo la gravedad de juramento lo siguiente: “(...) mi esposa Consuelo Morales de Cortés identificada con C.C. 24.303.051 no recibe ingresos por ningún concepto, ni pensión alguna y depende económicamente de mi (...)” (Cuaderno 1, folio 47 del expediente).

6 Cuaderno 2, folio 2, párrafo 2 del hecho No 4 y folios 10 y 27 del mismo Cuaderno.

7 Cuaderno 1, folio 72, numeral 3 y folio 83, numeral 7 del expediente. Ver nota 4 de esta Sentencia.

8 En la actualidad, sus hijas tienen 49 y 46 años. Sus respectivos registros civiles se encuentran en los folios 85 y 86 del Cuaderno 1 del expediente.

9 A partir de la fecha de la escritura pública (29 de julio de 2012) y lo afirmado por los declarantes en la misma, se puede deducir que el inicio de su convivencia es anterior al 29 de julio de 1977. No obstante, dados los términos que emplearon en la declaración [“desde hace más de treinta y cinco (35) años aproximadamente”] no es posible determinar exactamente cuánto tiempo antes de dicha fecha (29 de julio de 1977) inició su convivencia.

10 Cuaderno 2, folio 18 del expediente.

11 Ibídem.

12 Cuaderno 2, folio 22, primer considerando del expediente. En este se aclara que al señor Cortés se le reconoció asignación mensual de retiro “equivalente al 78% del sueldo básico y partidas legalmente computables para el grado (...)”.

13 Cuaderno 2, folios 22 y 23 del expediente.

14 Cuaderno 2, folio 18 del expediente.

15 Cuaderno 2, folios 14 a 16 del expediente.

16 Cuaderno 2, folios 25 y 26 del expediente.

17 Cuaderno 2, folio 25 del expediente.

18 En el expediente reposa copia de la certificación expedida el 1 de junio de 2016 por el patrullero “responsable (E) de afiliación y actualización de derechos Sanidad Caldas” del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, en la que hace constar que Ariel Cortés “(...) en calidad de agente jubilado fallecido desde el día 22/03/2016 de la Policía Nacional, y tiene como beneficiaria retirada, con el mes de protección por ley desde 22/04/2016. (Cuaderno 2, folio 10 del expediente).

19 Cuaderno 1, folios 29, 45 y 46 del expediente.

20 Su hija se hace cargo del pago mensual de su afiliación como beneficiaria. Según las respuestas dadas por la señora Morales de Cortés y por su hija, al cuestionario telefónico realizado el 19 y 21 de julio de 2017, este pago oscila entre \$97.000 y \$130.000 mensuales. (Cuaderno 1, folios 21 y 22 del expediente).

21 Cuaderno 1, folios 34 y 35 del expediente.

22 Cuaderno 1, folio 67 del expediente. De acuerdo con la cotización del 15 de junio de 2017 que reposa en el expediente, este procedimiento tiene un costo de \$4.790.000 y se exige el pago de un anticipo para su realización.

23 De acuerdo con la factura que obra en el expediente, este examen fue practicado en junio de 2017 y su costo (\$400.000) tuvo que ser asumido por la señora Morales de Cortés y su familia (Cuaderno 1, folios 29, 65 y 66 del expediente).

24 Cuaderno 1, folio 65 del expediente.

25 Cuaderno 1, folio 29 del expediente.

26 Cuaderno 1, folios 55 a 59 del expediente.

27 Cuaderno 1, folio 59 del expediente.

28 Este es el estrato que aparece en los recibos de servicios públicos aportados al expediente. (Cuaderno 1, folios 50 a 53 del expediente).

29 Cuaderno 1, folio 21 del expediente.

30 Cuaderno 1, folios 21 y 22 del expediente. Algunos de estos gastos (v.gr. servicios públicos) no son exclusivos de la accionante, sino que son compartidos con los dos familiares con quien vive.

31 La accionante aportó al proceso en sede de revisión, copia de las facturas de los servicios públicos de teléfono, televisión e internet, gas, energía y agua, acueducto y alcantarillado de los meses de junio (algunas) y julio (otras) de 2017. (Cuaderno 1, folios 22 y 50 a 53 del expediente).

32 Cuaderno 1, folios 21 y 22 del expediente.

34 La señora Botero Orozco aportó copia de las consignaciones que le hizo a la señora Morales de Cortés durante septiembre a noviembre de 2016 (y otro mes en 2016, pero no es legible cual) y de enero a julio de 2017. Todas las consignaciones fueron por \$800.000, salvo las de noviembre de 2016 y junio de 2017, que fueron por \$1.600.000 y dos consignaciones de julio de 2017 que sumadas fueron por \$1.200.000. (Cuaderno 1, folios 74 y 92 a 94).

En la entrevista telefónica realizada el 19 y 21 de julio del año en curso, una de las hijas de la señora Morales señaló que Bertha Botero le envía a su mamá un dinero mensual, que desconoce el valor exacto, pero cree que asciende a \$800.000. No obstante, la señora Morales afirmó en su respuesta que recibía una cifra sustancialmente inferior de la señora Botero (\$200.000). (Cuaderno 1, folios 21 y 22).

35 Cuaderno 1, folio 21 del expediente. Cabe resaltar que este ingreso es mencionado por la señora Morales pero no por su hija.

36 Cuaderno 1, folios 21 y 22 del expediente.

37 Cuaderno 1, folio 21 del expediente.

38 Cuaderno 1, folio 88 del expediente.

39 Cuaderno 1, folios 95 y 96 del expediente.

40 Cuaderno 1, folios 97 a 102 del expediente.

41 En declaración rendida el 30 de marzo de 2016 ante la Notaría Quinta del Círculo de Pereira, la señora Botero señaló lo siguiente: “Puedo afirmar que (...) dependía de él total y económicamente (...)”. (Cuaderno 1, folio 83, numeral 7 del expediente).

42 Cuaderno 2, folios 1 a 8 del expediente.

43 Cuaderno 2, folio 3, inciso 8 del expediente.

44 El apoderado de la accionante formuló la solicitud de la siguiente manera: “Se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, representada por (...), a reconocer la Sustitución Pensional a la que tiene derecho la accionante Consuelo Morales de Cortés respecto a la pensión de su cónyuge Ariel Cortés García, fallecido el pasado 22 de marzo de 2016, de quien dependía económicamente y con quien aún se encontraba casada y con sociedad conyugal vigente, al momento de su óbito”. (Cuaderno 2, folio 7, numeral segundo del expediente).

45 El apoderado de la accionante expresó su solicitud en los siguientes términos: “Se ordene a la entidad tutelada, la entrega a favor de mi mandante, de todas las mesadas atrasadas, sin ninguna restricción”. (Cuaderno 2, folio 7, numeral tercero del expediente).

46 Cabe anotar que la señora Morales hizo esta solicitud antes (i) de que le diagnosticaran el cáncer de seno (marzo-abril de 2017) y (ii) que fuera proferida la sentencia de tutela (de julio 6 de 2017), a la que se hizo referencia en el párrafo 1.5 del acápite de hechos relevantes, en la que se le dio una serie de órdenes a Cafesalud para garantizar su derecho a la salud.

47 Cuaderno 2, folio 37 del expediente.

48 Cuaderno 2, folio 41, orden segunda, del expediente.

49 Cuaderno 2, folio 19 del expediente.

50 Cuaderno 2, folio 40 del expediente.

51 Cuaderno 2, folio 12 del expediente.

52 Cuaderno 2, folio 11 del expediente.

53 Cuaderno 2, folio 18 del expediente.

54 Cuaderno 2, folio 19 del expediente.

55 Cuaderno 2, folios 22 a 23 del expediente.

56 Cuaderno 2, folios 14 a 16 del expediente.

57 Cuaderno 2, folios 25 a 26 del expediente.

58 Cuaderno 2, folio 10 del expediente.

59 Cuaderno 1, folios 72 a 79 del expediente.

60 Cuaderno 1, folios 21 a 23 del expediente.

61 Cuaderno 1, folios 118 a 125 del expediente.

62 “(...) que cuando la situación de hecho que casusa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superado, el amparo tutelar pierde razón (...) de modo que si la situación de hecho de lo cual esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y en consecuencia, la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío, lo cual implica la desaparición del supuesto básico del cual parte el Artículo 86 de la Constitución y hace improcedente la acción de tutela”. (Cuaderno 1, folio 120 del expediente).

63 Cuaderno 1, folio 120 del expediente.

64 Sentencias SU-189 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y T-246 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

65 Lo anterior no equivale a imponer un término de caducidad, ya que ello trasgrediría el artículo 86 de la Constitución, que prescribe que la tutela se puede instaurar en cualquier tiempo. Sentencias SU-961 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-374 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa; y T-060 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

66 Sentencia SU-499 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

67 Sentencias T-716 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, y T-158 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

68 Sentencia T-150 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

69 Sentencias T-716 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-841 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa, y T-150 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

70 Sentencia T-150 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

71 Sentencia T-716 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

72 Sentencias T-716 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, y T-150 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

73 Cuaderno 2, folio 24 del expediente.

74 Cuaderno 2, folio 29 del expediente.

75 Cuaderno 1, folios 21 a 23 del expediente.

76 La respuesta a la tutela reposa en los folios 72 a 79 del Cuaderno 1 del expediente y sus anexos en los folios 80 a 102 del mismo Cuaderno.

77 En el expediente reposa copia de una declaración bajo juramento para fines extraprocesales, rendida por Ariel Cortés el 22 de marzo de 2011 en la que manifestó lo siguiente: “(...) mi esposa Consuelo Morales de Cortés (...) no recibe ingresos por ningún concepto, ni pensión alguna y depende económicamente de mí (...)”. Cuaderno 1, folio 47 del expediente.

78 Cabe resaltar que los gastos mensuales por servicios públicos (\$250.000; Cuaderno 1, folios 22 y 50 a 53 del expediente) no son exclusivos de la señora Morales, sino también son de su hija y de su nieto mayor de edad que viven con ella. De igual modo, se desconoce si los gastos mensuales reportados de mercado (que oscilan entre \$500.000 y \$600.000; Cuaderno 1, folios 21 y 22 del expediente) son exclusivos de la accionante, o si abarcan también, de manera total o parcial, a los demás integrantes de su hogar.

79 Cuaderno 1, folios 21, 22, 74 y 92 a 94 del expediente.

80 En la entrevista telefónica realizada el 19 y 21 de julio del año en curso, a la que se hizo referencia en apartes anteriores, una de las hijas de la señora Morales, que no vive con ella, señaló que los cinco (5) hijos de la accionante son mayores de edad (sus edades oscilan entre 47 y 54 años) y que “deben responder por sus propias obligaciones”. (Cuaderno 1, folio 21 del expediente).

81 Cuaderno 1, folios 21 y 22 del expediente.

82 Dada la urgencia del tratamiento, y ante la ineficiencia de Cafesalud verificada por el juez de tutela, la accionante tuvo que asumir el costo de algunos exámenes y la EPS se comprometió a devolverle ese dinero. Al respecto, reposa en el expediente (Cuaderno 1, folio 65) un título valor fechado el 14 de junio de 2017, mediante el cual Cafesalud se obliga a devolverle a la accionante la suma de \$400.000, por concepto de la gamagrafía ósea que le fue practicada y cuyo costo tuvo que cubrir la accionante y su familia.

83 En el expediente no hay información sobre el monto al que asciende la asignación mensual de retiro del señor Cortés. Por tal razón, no es posible determinar a qué porcentaje de la misma corresponde el dinero que le envía Bertha Botero a Consuelo Morales.

84 En la contestación de la tutela, la señora Botero afirmó lo siguiente: “(...) Además para el mes de septiembre de 2016 cuando llegó el retroactivo de la mesada pensional le consigné a la señora Consuelo Morales la suma de \$6.000.000 (seis millones de pesos m/cte) (...)”. (Cuaderno 1, folio 74 del expediente).

“Segundo: (...) que en el término máximo de 3 días siguientes a la notificación de este fallo, garantice a Consuelo Morales de Cortés, la programación y materialización del procedimiento

denominado 'resección de cuadrante de mama sod'(...)

Tercero: (...) garantizar el tratamiento integral que requiera Consuelo Morales de Cortés, en relación con el diagnóstico de 'tumor maligno de la mama' que padece". (se omiten mayúsculas sostenidas). (Cuaderno 1, folio 59 del expediente).

86 Sentencia C-432 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Es de señalar que la circunstancia de que la asignación mensual de retiro sea un derecho pensional, implica per se que se trata de un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable (Art. 48 de la Constitución), es decir, que respecto de su reconocimiento no opera el fenómeno de la caducidad, ya sea en sede administrativa o judicial, motivo por el cual su reclamación puede realizarse en cualquier momento, teniendo en cuenta que se trata de una prestación periódica, resultando únicamente aplicable la prescripción de las mesadas pensionales no recibidas, en los términos previstos en el ordenamiento jurídico. Ver al respecto, entre otras, la Sentencia T-479 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

87 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

88 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

89 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

90 Ver entre otras, las Sentencias C-336 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo y T-164 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

91 Cuaderno 1, folio 23 del expediente.

92 El primero nació entre los años 1970 y 1971 (ver edad en los folios 22 y 36 del Cuaderno 1 del expediente) y la segunda nació el 18 de julio de 1971 (se cuenta con una copia de su registro civil en el folio 86 del Cuaderno 1 del expediente).

93 En el trámite de esta acción de tutela, Consuelo Morales de Cortés afirmó haber convivido entre 19 o 20 años con su esposo (Cuaderno 1, folio 23 del expediente). Por su parte, Bertha Botero sostuvo que convivió con el señor Cortés desde el 1 de enero de 1967 y hasta el día de su muerte (22 de marzo de 2016) (Cuaderno 1, folio 72, numeral 3 del expediente). Tales periodos de convivencia (20 años con la señora Morales y 49 con la señora Botero, para un

total de 69 años) fueron tenidos en cuenta para el cálculo de la proporción del tiempo de convivencia con el señor Cortés, independientemente que hayan existido periodos en los que esta fue simultánea [el tiempo transcurrido desde el matrimonio con la señora Morales y hasta el fallecimiento del señor Cortés (54 años) es inferior a la sumatoria de los tiempos de convivencia con su esposa y su compañera permanente (69 años); de ello se presume que pudo haber existido simultaneidad en la convivencia]. De esta manera, se concluye que con la señora Consuelo Morales de Cortés convivió el 28.9% del tiempo total (para facilidad en la liquidación de la prestación se aproximó a 30%) y con la señora Bertha Botero el 71% del tiempo (se aproximó a 70%). Una solución similar adoptó la Corte Constitucional en la Sentencia T-875 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva (fundamento jurídico N° 5.11). Con esta fórmula se da pleno cumplimiento a lo dispuesto en el tercer inciso del literal b) del parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, respecto del reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro “en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante”.

94 Decreto 1795 de 2000, “por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Artículo 23: “Existen dos (2) clases de afiliados al SSMP: a) Los afiliados sometidos al régimen de cotización: (...) 8. Los beneficiarios de pensión o de asignación de retiro por muerte del personal en servicio activo, pensionado o retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional”. Ver al respecto también: Sentencia T-296 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

{p}