31

1

Sentencia T-683/17

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

En relación con el requisito de subsidiariedad, ha señalado que la tutela es procedente, excepcionalmente, para reconocer y pagar prestaciones pensionales cuando (i) no exista otro mecanismo de defensa judicial; (ii) existiendo, la intervención del juez constitucional sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, evento en el cual procederá de manera transitoria; o (iii) cuando los mecanismos de defensa judicial no resulten idóneos o eficaces para lograr la protección de los derechos presuntamente conculcados, caso en el cual procederá de manera definitiva.

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Formas previstas por ordenamiento jurídico

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EXISTE UNA RELACION DE INDEFENSION O SUBORDINACION-Jurisprudencia constitucional sobre procedencia excepcional

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidad pública

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Autoridad pública

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y VIDA PROBABLE DE LOS ANCIANOS-Tesis sobre la vida probable

La Corte ha desarrollado la tesis de la vida probable, según la cual, cuando una persona sobrepasa la esperanza de vida, podría presumirse que a la fecha de una decisión dentro de un proceso ordinario su vida se habrá extinguido, razón por la que dichos mecanismos no serían eficaces.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Supuestos que facultan a interponer nuevamente una acción sin que sea considerada temeridad

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia para el caso

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA-Inaplicación cuando violación de derechos persiste en el tiempo

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público de carácter obligatorio y derecho irrenunciable

DERECHO A LA PENSION-Es imprescriptible

El artículo 48 de la Constitución Política establece –entre otras cosas- que el derecho a la seguridad social es imprescriptible. Por su parte, el artículo 53 Superior dispone –en relación con las pensiones- que corresponde al Estado la garantía del derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de estas prestaciones. Con base en los anteriores mandatos constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el derecho a la pensión es imprescriptible.

SUSTITUCION PENSIONAL O PENSION DE SOBREVIVIENTES-Régimen jurídico

SUSTITUCION PENSIONAL Y PENSION DE SOBREVIVIENTES-Diferencias

Por un lado, la sustitución pensional se refiere a la situación en la que, ante la muerte del pensionado por vejez o invalidez, tiene lugar la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular y no la generación de una prestación nueva o diferente. De otra parte, la pensión de sobrevivientes propiamente dicha, se refiere al evento en el cual muere la persona afiliada al sistema de pensiones y se genera a favor de sus familiares una nueva prestación de la que no gozaba el causante.

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

La asignación mensual de retiro es una prestación de carácter económico para los oficiales, suboficiales y soldados profesionales que obtienen ese derecho por haber prestado durante varios años sus servicios al país, en un prolongado tiempo de actividad militar bajo las condiciones señaladas en las normas legales que fijan el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. La Corte Constitucional ha señalado que se trata de "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."

SUSTITUCION DE ASIGNACION DE RETIRO-Naturaleza jurídica/SUSTITUCION DE ASIGNACION DE RETIRO-Deberá acreditarse la condición de beneficiario

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN MATERIA PENSIONAL

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

SUSTITUCION PENSIONAL PARA CONYUGE SUPERSTITE Y COMPAÑERA PERMANENTE-Reconocimiento proporcional a la convivencia

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

Referencia: Expedientes T-6.272.442 y T-6.272.814

Acciones de tutela instauradas por Ana Elvia Ariza contra Colpensiones y Ana Virginia Santamaría Hernández; y por Excelina Prieto de Pico contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Novena de Revisión de la /Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, el Magistrado Carlos Bernal Pulido y la Magistrada 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 de los fallos dictados por el Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, que resolvió la acción de tutela promovida por Ana Elvia Ariza, el cual fue revocado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; y por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá que resolvió la acción de tutela instaurada por Excelina Prieto de Pico, el cual fue confirmado por la Sala Civil del Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá.

1. Acumulación de procesos

Mediante Auto de once (11) de agosto de dos mil diecisiete (2017), la Sala de Selección Número Ocho escogió para su revisión los expedientes T-6.272.442 y T-6.272.814, acumulándolos entre sí para que fuesen fallados en una sola sentencia, tras considerar que presentaban unidad de materia.

2. Expediente T-6.272.442

2.1. Hechos y acción de tutela instaurada

El 26 de abril de 2017, la señora Ana Elvia Ariza instauró acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la señora Ana Virginia Santamaría Hernández, solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital. Fundamentó su solicitud en los siguientes hechos:

2.1.1. El 29 de junio de 1977 contrajo matrimonio con el señor Víctor Manuel Ariza, con quien además tuvo tres hijos, nacidos en 1970, 1979 y 1983. Expediente T-6.272.442, cuaderno 1, folio 3, 4, 14, 16-18.

2.1.2. Mediante Resolución Nº 25883 de 2005, el Instituto de Seguros Sociales reconoció una pensión de invalidez en favor del señor Ariza, con una mesada de 1 SMLMV. Ibídem., folio 21, 44, 88 y 93.

2.1.3. El señor Ariza falleció el 5 de junio de 2016. Por lo tanto, y al considerar que nunca se había liquidado la sociedad conyugal, el 5 de diciembre la accionante solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la sustitución pensional. Ibídem., folio 4 y 29.

2.1.4. Mediante Resolución GNR 33517 de 27 de enero de 2017 Ibídem., folio 29-31.

, Colpensiones negó la prestación solicitada, indicando que la misma había sido reclamada por la señora Ana Virginia Santamaría Hernández, a quien le fue reconocida con la Resolución GNR 248803 de 24 de agosto de 2016.

2.1.5. El 23 de febrero de 2017, la señora Ariza apeló la decisión que negó la prestación, la cual fue confirmada el 3 de abril de 2017 por la Resolución GNR DIR 2613. Ibídem., folio 93-98.

Al respecto, Colpensiones reiteró que por un mes se publicó un edicto, sin que comparecieran otros beneficiarios, de manera tal que "la morosidad o desidia en reclamar un derecho, es castigada en nuestra legislación con la extinción del mismo por prescripción o la caducidad de la acción para reclamarlo (…)." Ibídem., folio 96.

Además, señaló que "no es posible tomar decisiones con (sic) respecto a los tiempos de convivencia simultáneos, sino por el contrario le corresponde iniciar un proceso judicial ante la jurisdicción ordinaria para que sean ellos quienes diriman y ordenen el reconocimiento de la prestación solicitada." Ibídem., folio 97.

2.1.6. Actualmente, la accionante cuenta con 73 años de edad, manifiesta que no cuenta con recursos económicos -no devenga pensión, rentas, no tiene bienes ni un ingreso que garantice su mínimo vital-, que su esposo la seguía apoyando económicamente de manera periódica, y que no se encuentra afiliada al régimen de seguridad social de salud ni de pensiones. Ibídem., folio 38 y 39 (Registro Único de Afiliados a la Protección Social -RUAF-).

Por todo lo anterior, solicita que se amparen sus derechos fundamentales, ordenando a Colpensiones el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en una cuantía de por lo menos el 50%, y se ordene -como mecanismo definitivo o transitorio- el retroactivo de los dineros que le correspondan.

2.2. Admisión y respuesta de las accionadas

2.2.1. El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, el cual profirió Auto admisorio el 26 de abril de 2017 Ibídem., folio 40.

, providencia en la que además ordenó la práctica de los testimonios de Ana Elvia Ariza y Ana Virginia Santamaría Hernández, quienes comparecieron el 27 de abril de 2017.

La señora Ana Elvia Ariza reiteró algunas cuestiones fácticas reseñadas en la acción de tutela Declaración rendida el 27 de abril de 2017 por la señora Ana Elvia Ariza ante el Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá (Ibídem., folio 42 a 43).

, precisando que convivió con el causante desde 1968 hasta 1984 (año en el que él “seguía

viviendo por fuera” Ibídem., folio 42.

), que se separaron porque al señor Ariza le tocaba viajar buscando trabajo, mientras que la accionante siguió viviendo con su suegra en Jordán (Santander), a quien además se encargó de cuidar. Indicó que el señor Ariza las visitaba cada dos meses y que luego le enviaba ocasionalmente diferentes sumas de dinero, lo cual hacía a través de su hija o su yerno. Asimismo, señaló que en una ocasión antes de su muerte, el señor Ariza le contó que convivía con otra persona (Ana Virginia Santamaría Hernández), lo cual venía sucediendo desde hace aproximadamente 35 años.

Por su parte, la señora Ana Virginia Santamaría Hernández sostuvo Declaración rendida el 27 de abril de 2017 por la señora Ana Virginia Santamaría Hernández ante el Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá (Ibídem., folio 44).

que nació el 5 de julio de 1950 y que tuvo tres hijos con el causante (el primero nació en 1984). Expresó que el señor Ariza le había dicho que “Ana Elvia Ariza” era el nombre de su mamá, y que no sabía que era casado y que había tenido otros tres hijos. Especificó que conoció al señor Ariza en 1977, y convivió con él hasta la fecha de su muerte de manera continua e ininterrumpida. Precisó que “solo cuando salía de vacaciones me decía que iba para donde la mamá, después de que murió la mama (sic) se iba a visitar al padrastro y al morir este (sic) no volvió” Ídem.

. De igual manera, comentó que tiene una pensión a cargo de Colpensiones desde 2005, equivalente a 1 SMLMV.

2.2.2. El 2 de mayo de 2017, la señora Ana Virginia Santamaría Hernández remitió un escrito contestando la acción de tutela, en donde -además de lo declarado ante el juzgado- expresó que desde octubre de 1977 el señor Ariza no convivió con nadie más diferente a ella. Señaló además que la accionante cuenta con otro mecanismo judicial de defensa, que no se configura un perjuicio irremediable, que no se satisface el requisito de inmediatez y que no se demostró que la accionante hubiera convivido cinco años o más con el causante en

cualquier tiempo. Ibídem., folio 47-52.

Dentro de los documentos adjuntos a la contestación, se destaca una declaración juramentada, rendida el 19 de diciembre de 2000 por el señor Víctor Manuel Ariza ante la Notaría 59 del Círculo de Bogotá, en la que manifestó que su estado civil era soltero y que vivía bajo el mismo techo con la señora Ana Virginia Santamaría Hernández desde hace 23 años. Ibídem., folio 58.

2.2.3. Colpensiones presentó su respuesta de manera extemporánea. Ibídem., folio 87-92.

2.3. Decisiones objeto de revisión

2.3.1. El Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de mayo de 2017 Ibídem., folio 77-85.

, decidió conceder de manera transitoria el amparo, ordenando a Colpensiones que reconociera y pagara, por partes iguales, la sustitución pensional del señor Víctor Manuel Ariza, a las señoras Ana Elvia Ariza y Ana Virginia Santamaría Sánchez.

Asimismo, sostuvo que (ii) conforme con la Sentencia C-336 de 2014, debía asignarse la sustitución pensional por partes iguales, en tanto se acreditó que existió una relación conyugal del causante con la señora Ana Elvia Ariza, y que la señora Ana Virginia Santamaría

Sánchez fue compañera permanente del mismo, conviviendo con él un durante más de cinco años antes de su muerte. Sin embargo, precisó que concedería el amparo de manera transitoria, por cuanto no era claro si la sociedad conyugal permaneció vigente hasta la muerte del causante.

Finalmente, expresó que las cuestiones relativas al pago del retroactivo debían ser objeto de debate ante la jurisdicción ordinaria.

2.3.2. El fallo de primera instancia fue impugnado por Colpensiones Ibídem., folio 118-126.

y por la señora Ana Virginia Santamaría Hernández. Ibídem., folio 149-152.

Colpensiones arguyó que no se desvirtuó la presunción de legalidad de sus actos administrativos, y que si la accionante considera que tiene derecho a la sustitución pensional, debe acudir ante el juez ordinario para dirimir la controversia.

A su vez, la señora Ana Virginia Santamaría Hernández solicitó que se desestimaran las pretensiones de la accionante, por cuanto (i) debía acudir ante la jurisdicción competente, y (ii) si bien contrajo matrimonio con el causante, "no existió entre los dos el vinculo (sic) que debía unirlos, por cuanto quien convivió con él hasta su fallecimiento fue la suscrita." Ibídem., folio 151.

2.3.3. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de 20 de junio de 2017 Expediente T-6.272.442, cuaderno 2, folio 3-17.

, revocó el fallo de primera instancia, declarando improcedente el amparo constitucional. Lo anterior, tras considerar que (i) la controversia planteada por la accionante debía ser resuelta por la jurisdicción ordinaria laboral, la cual determinará a quién y en qué proporción le corresponderá la sustitución pensional; (ii) no se configura un perjuicio irremediable por cuanto no se acreditó la urgencia en la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida digna.

2.4. Pruebas que obran en el expediente

A continuación se relacionan las pruebas más relevantes que reposan en el expediente:

– Cédula de ciudadanía de Ana Elvia Ariza (cuaderno 1, folio 11).

– Cédula de ciudadanía de Víctor Manuel Ariza (cuaderno 1, folio 12).

– Registro civil de matrimonio entre Víctor Manuel Ariza y Ana Elvia Ariza, con fecha de matrimonio de 29 de junio de 1977 (cuaderno 1, folio 14).

– Registro civil de defunción de Víctor Manuel Ariza, con fecha de 5 de junio de 2016 (cuaderno 1, folio 14).

– Resolución GNR 248803 de 24 de agosto de 2016 proferida por Colpensiones, mediante la cual reconoció y ordenó el pago del 100% de la sustitución pensional a favor de la señora Ana Virginia Santamaría Hernández (cuaderno 1, folios 21-27).

– Resolución GNR 33517 de 27 de enero de 2017 proferida por Colpensiones, mediante la cual niega el reconocimiento de la sustitución pensional a la señora Ana Elvia Ariza (cuaderno 1, folios 29-31).

– Resolución DIR 2613 de 3 de abril de 2017 proferida por Colpensiones, mediante la cual confirma la Resolución GNR 33517 de 27 de enero de 2017 (cuaderno 1, folios 33-35).

– Consulta en el Registro Único de Afiliados a la Protección Social (RUAF) realizada por Ana Elvia Ariza el 22 de abril de 2017, en la que se constata que no se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud ni en Pensiones (cuaderno 1, folio 38 a 39).

3. Expediente T-6.272.814

3.1. Hechos y acción de tutela instaurada

El 7 de marzo de 2017, la señora Excelina Prieto de Pico, actuando a través de la defensora pública Aura Cecilia Carrascal Quin, instauró acción de tutela contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital. Basa su solicitud en los siguientes hechos:

3.1.1. Nació el 10 de enero de 1934 y contrajo matrimonio con el señor José del Carmen Pico el 12 de octubre de 1959, vínculo del cual tuvieron cuatro hijos. Expediente T-6.272.814, cuaderno 1, folio 5, 12 – 14, 16 y 17.

3.1.2. El señor José del Carmen Pico devengaba una asignación pensional a cargo de CREMIL, reconocida por el Acuerdo 456 de 22 de agosto de 1969. Ibídem., folio 53 a 56.

3.1.3. El señor Pico convivió con su esposa y sus hijos hasta el 25 de julio de 1984, fecha en la que se trasladó a Soledad (Atlántico) y desde la cual convivió con la señora María Encarnación Prieto Quemba.

3.1.4. El señor Pico falleció el 11 de abril de 2014, fecha para la cual no se había liquidado la sociedad conyugal. Asimismo, la accionante señala que fue la beneficiaria en salud del causante hasta que la sustitución pensional le fue asignada a la señora Prieto Quemba. Ibídem., folio 5, 9, 10 y 15.

3.1.5. En efecto, mediante Resolución Nº 4869 de 3 de junio de 2014, CREMIL negó la sustitución pensional en favor de la señora Excelina Prieto de Pico, ordenando el "reconocimiento y pago de la sustitución de Asignación de Retiro (…) a favor de la señora MARÍA ENCARNACIÓN PRIETO QUEMBA (…) en calidad de compañera permanente y única beneficiaria (…)." Ibídem., folio 7.

Para determinar lo anterior, CREMIL estableció que, según el artículo 12.5 del Decreto 4433 de 2004, pierde el derecho a la sustitución de retiro la cónyuge que lleve cinco años o más de separación de hecho. Asimismo, indicó que, de acuerdo con el literal a del parágrafo 2º del artículo 11 de la misma norma, el cónyuge supérstite debe acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta la muerte, y convivido no menos de cinco años continuos

inmediatamente anteriores a su muerte. En el caso concreto, refirió que fue la señora Prieto Quemba “quien efectivamente acompaño (sic) al citado militar durante 35 años continuos hasta el momento de su fallecimiento (…).” Ibídem., folio 6. En particular, la señora Prieto Quemba manifestó que había convivido con el causante desde 1979 hasta el momento de su muerte.

3.1.6. La anterior decisión fue confirmada mediante Resolución Nº 6601 de 24 de julio de 2014, proferida por el Director General de CREMIL, en la que se resaltó que la acreditación de convivencia “por lo menos de 5 años continuos inmediatamente anteriores a la muerte del causantes, es requisito indispensable para acceder al derecho reclamado, toda vez que la convivencia con el militar especialmente hasta el momento de su fallecimiento, resulta ser el factor determinante para acceder a la sustitución pensional dado el criterio material, es decir, la convivencia real y afectiva, y no un criterio meramente formal.” Ibídem., folio 9.

(Negrillas originales)

3.1.7. En la acción de tutela se señala que, frente a las decisiones reseñadas, la señora Excelina Prieto de Pico instauró una acción de tutela, que fue negada el 16 de diciembre de 2014 por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la cual no la concedió porque se debía acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa. Ibídem., folio 20.

3.1.8. La apoderada refiere que la señora Prieto de Pico tiene 82 años, tiene varios problemas de salud y no cuenta con recursos suficientes para cubrir sus gastos básicos, puesto que no cuenta con ningún tipo de pensión.

Por todo lo anterior, la apoderada solicita que se amparen los derechos fundamentales de Excelina Prieto de Pico, ordenando a CREMIL “el reconocimiento y pago de la cuota parte de la asignación mensual de retiro (…) de manera proporcional al tiempo de convivencia (…) desde el momento del deceso del causante” y, de manera subsidiaria, que se “ordene el pago de la pensión en proporciones iguales (…).” Ibídem., folio 21.

3.2. Admisión y respuesta de las accionadas

De igual manera, solicitó a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que informara sobre la acción de tutela 2014-6255, “en cuanto tiene que ver con las partes que la integran, así como también allegue a estas dependencias copias de las sentencias proferidas en su decurso.” Ídem.

3.2.2. Mediante escrito de 13 de marzo de 2017 Ibídem., folio 59-62.

, CREMIL arguyó que la acción de tutela era improcedente porque no se configura un perjuicio irremediable y existen otros mecanismos ordinarios de defensa judicial.

3.2.3. El 17 de marzo de 2017, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura adjuntó copia de la sentencia de tutela fallada por esa Corporación el 18 de febrero de 2015, mediante la cual confirmó el fallo proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, la que a su vez declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Excelina Prieto de Pico contra CREMIL -en la que solicitaba la sustitución de la asignación de retiro-, debido a la existencia de otros medios judiciales de defensa. Ibídem., folio 65-84.

3.3. Decisiones objeto de revisión

3.3.1. En sentencia de 17 de marzo de 2017 Ibídem., folio 63-64.

, el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá no concedió el amparo reclamado por Excelina Prieto de Pico, decisión que fue impugnada el 28 de marzo de 2017 por la defensora pública que la representa. Ibídem., folio 90-91.

Al conocer el asunto, mediante Auto de 18 de abril de 2017, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró la nulidad de lo actuado, ordenando la vinculación de la señora María Encarnación Prieto Quemba. Expediente T-6.272.814, cuaderno 2, folio 5-7.

Esto fue acatado por al a quo, quien el 20 de abril de 2017 profirió auto ordenando la vinculación de la señora María Encarnación Prieto Quemba Expediente T-6.272.814, cuaderno 1, folio 96.

, quien pese a ser contactada, no se pronunció sobre las cuestiones fácticas o jurídicas que soportan la acción de tutela. Ibídem., folio 97.

3.3.2. Mediante fallo de 27 de abril de 2017, el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá resolvió negar el amparo, ya que “si la accionante tenía algún reparo sobre los actos administrativos objeto de la presente acción constitucional, lo cierto es que, la convocante debió ejercer el medio de control correspondiente previsto por el legislador dentro de la

oportunidad correspondiente, la cual injustificadamente desdeñó, sin que pueda pretender válidamente obtener mediante la acción constitucional lo que debió procurar por aquella vía ordinaria.” Ibídem., folio 100-101.

3.3.3. La decisión fue impugnada el 9 de mayo de 2017 por la defensa de la accionante Ibídem., folio 107-108.

, quien reiteró algunas de las consideraciones expuestas en la acción de tutela.

3.3.4. Mediante sentencia de 25 de mayo de 2017 Expediente T-6.272.814, cuaderno 3, folio 4-8.

, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión del a quo, puesto que han transcurrido más de dos años desde que CREMIL profirió sus resoluciones. Además, señaló que en caso de analizarse el fondo del asunto, tampoco procedería el amparo debido a que la señora Prieto de Pico no convivió con el causante en los últimos cinco años antes de su muerte. En todo caso, se trata de una controversia que no puede ser resuelta por la vía de tutela.

3.4. Pruebas que obran en el expediente

A continuación se relacionan las pruebas más relevantes que reposan en el expediente:

– Registro civil de matrimonio entre José del Carmen Pico y Excelina Prieto de Pico del 12 de octubre de 1959 (cuaderno 1, folio 17).

– Acuerdo 456 de 22 de agosto de 1969 proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se reconoció a José Carmen Pico un subsidio familiar liquidado en cuantía del 14% sobre su asignación básica de retiro por estar casado con la señora Excelina Prieto (cuaderno 1, folio 53).

– Certificado de defunción antecedente para el registro civil de 11 de abril de 2014 (cuaderno 1, folio 15).

– Resolución 4869 de 3 de junio de 2014 proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se negó la sustitución pensional a la señora Excelina Prieto de Pico, y se reconoce la misma a María Encarnación Prieto Quemba (cuaderno 1, folio 5 a 7).

– Resolución 6601 de 24 de julio de 2014 proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se confirma la Resolución 4869 de 3 de junio de 2014 (cuaderno 1, folio 9 a 10).

– Poder otorgado el 20 de febrero de 2017 por Excelina Prieto de Pico a Aura Cecilia Carrascal Quin para presentar acción de tutela (cuaderno 1, folio 1).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del 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 11 de agosto de dos mil 2017 expedido por la Sala de Selección Número Ocho de esta Corporación, que decidió seleccionar para su revisión los expedientes referidos.

2. Presentación del caso, planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión

2.1. Las peticionarias instauraron acciones de tutela contra las entidades que tenían a cargo la pensión de sus difuntos esposos, pues consideran que vulneraron sus derechos fundamentales al haber reconocido la sustitución de la misma únicamente en favor de las respectivas compañeras permanentes, sin haber tenido en cuenta que ellas también eran beneficiarias, debido a que la sociedad conyugal nunca se liquidó.

2.2. En relación con los antecedentes mencionados, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional debe determinar, en primer lugar, si las acciones de tutela cumplen con los requisitos de procedencia -en particular, se analizará si la actuación de la señora Excelina Prieto de Pico es temeraria-. De superarse dicho análisis, la Sala deberá pronunciarse sobre el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita, para lo cual debe resolver el siguiente problema jurídico:

¿Una entidad encargada de reconocer y pagar una sustitución pensional o de asignación de retiro, vulnera derechos fundamentales cuando reconoce como beneficiaria de la misma únicamente a la compañera del causante y no tiene en cuenta a la cónyuge con sociedad conyugal vigente y con separación de hecho?

2.3. Para abordar el estudio del problema descrito, la Sala (i) se pronunciará sobre la

procedencia de las acciones de tutela y, de superarse dicho análisis, se referirá a (ii) el derecho a la seguridad social como derecho fundamental; (iii) la imprescriptibilidad de los derechos pensionales; (iv) el régimen jurídico del derecho a la sustitución pensional, su diferencia con la pensión de sobreviviente, su aplicación a la asignación de retiro y la relación con el debido proceso administrativo; (v) el reconocimiento de la sustitución pensional entre el cónyuge supérstite separado de hecho y compañero(a) permanente del causante; y, finalmente, (vi) realizará el estudio de los casos concretos.

3. Análisis de procedencia

3.1. La Sala advierte que las acciones de tutela presentadas por Ana Elvia Ariza y Excelina Prieto de Pico, cumplen con los requisitos de procedencia de la acción de tutela, conforme con lo establecido en la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional.

3.2. La Corte ha indicado que, por regla general, la acción de tutela resulta improcedente frente al reconocimiento o reliquidación de derechos de naturaleza pensional. Sentencias T-410 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico Nº 2.1.2; y T-043 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Fundamento jurídico N° 20.

De igual manera, ha establecido que, tratándose de sujetos de especial protección constitucional o de individuos que se encuentran en posiciones de debilidad manifiesta (v.gr. personas de la tercera edad), el análisis de procedibilidad formal se flexibiliza ostensiblemente. Sentencias T-043 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 23; y T-678 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico Nº 8.

3.2.1. Se ha señalado que la legitimación en la causa por activa consiste en la posibilidad con la que cuentan determinadas personas para instaurar una acción de tutela. Según el artículo 86 de la Constitución Política, la misma puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados. A su vez, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la legitimación en la causa por activa se satisface cuando la acción es ejercida (i) directamente, esto es, por el titular del derecho fundamental que se alega vulnerado; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) mediante apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe tener la condición de abogado titulado, debiendo anexarse a la demanda el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; (iv) por medio de agente oficioso; o (v) por parte del Defensor del Pueblo y los personeros municipales. Sentencias T-493 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 3; T-194 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 2.2.3.; SU-055 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 4; y T-031 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 2.1.1.

3.2.2. Por otra parte, respecto de la legitimación en la causa por pasiva, la Corte ha indicado que esta hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. Así, la acción se puede invocar contra una autoridad pública o un particular, que haya vulnerado o amenazado algún derecho de rango constitucional fundamental. Sentencias T-1015 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3; T-626 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 3.1.5; y T-678 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 4.

Específicamente, se ha señalado que la procedencia contra particulares se da cuando estos -de acuerdo con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991- prestan servicios públicos, o cuando existe una relación -del accionante frente al accionado- de indefensión (concepto de carácter

fáctico que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra) o subordinación (entendida como la existencia de una relación jurídica de dependencia). Sentencias T-015 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 7; T-029 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 5; y T-430 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 8.1.

3.2.3. En relación con el requisito de subsidiariedad, ha señalado que la tutela es procedente, excepcionalmente, para reconocer y pagar prestaciones pensionales cuando (i) no exista otro mecanismo de defensa judicial; (ii) existiendo, la intervención del juez constitucional sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, evento en el cual procederá de manera transitoria; o (iii) cuando los mecanismos de defensa judicial no resulten idóneos o eficaces para lograr la protección de los derechos presuntamente conculcados, caso en el cual procederá de manera definitiva. Sentencias T-235 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 1.2; T-627 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico Nº 6.2.1.5; T-549 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 5.1; T-209 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico Nº 5; y T-195 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico N° 4.3.

En particular, la Corte ha desarrollado la tesis de la vida probable, según la cual, cuando una persona sobrepasa la esperanza de vida, podría presumirse que a la fecha de una decisión dentro de un proceso ordinario su vida se habrá extinguido, razón por la que dichos mecanismos no serían eficaces. Sentencias T-076 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 6; T-462 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 3; T-532 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 3; y T-598 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 20.

3.2.4. A su vez, respecto del requisito de inmediatez, la Corte ha manifestado que -por regla general- la acción de tutela debe ser instaurada oportunamente y dentro de un plazo razonable. Sentencias SU-189 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico Nº 2; y T-246 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, fundamento jurídico Nº 2.3.

Lo anterior no equivale a imponer un término de caducidad, ya que ello trasgrediría el artículo 86 de la Constitución Política, que establece que la tutela se puede instaurar en cualquier tiempo sin distinción alguna Sentencias T-374 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico Nº 4.1.3; y T-060 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico Nº 27.

.

El análisis de este requisito 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 particular conforme a diferentes criterios, tales como la situación personal del peticionario, el momento en el que se produce la vulneración (pueden existir casos de vulneraciones permanentes a los derechos fundamentales, donde la situación sea continua y actual), la naturaleza de la vulneración, la actuación contra la que se dirige la tutela y los efectos de la misma en los derechos de terceros. Estos criterios fueron sintetizados en la Sentencia SU-391 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico Nº 62. También son referidos en las Sentencias T-158 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico Nº 19; SU-499 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico Nº 11; y T-195 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico N° 4.4.

3.3. En el caso de Ana Elvia Ariza la acción de tutela es procedente por cuanto (i) fue instaurada a nombre propio; (ii) contra Colpensiones -entidad pública competente para

reconocer y pagar el tipo de prestación solicitada- y la señora Ana Virginia Santamaría Hernández -quien podría resultar afectada por la decisión-; (iii) los mecanismos ordinarios de defensa -el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y el proceso ordinario laboral- no son eficaces en tanto se trata de una persona de 73 años de edad que, aunque no supera el promedio de esperanza de vida, no cuenta con recursos económicos suficientes para una subsistencia digna En el Registro Único de Afiliados a la Protección Social -RUAF- (Expediente T-6.272.442, cuaderno 1, folio 38 y 39) consta que no devenga pensión, rentas y no tiene un ingreso que garantice su mínimo vital. Aunado a ello, según consta en la base de datos del Sistema de Selección de Beneficiarios Para Programas Sociales -SISBEN- la accionante apenas tiene un puntaje de 33,92 (Sisben 2 en área rural): HYPERLINK "https://www.sisben.gov.co/atencion-al-ciudadano/Paginas/consulta-del-puntaje.aspx" https://www.sisben.gov.co/atencion-al-ciudadano/Paginas/consulta-del-puntaje.aspx

, razón por la que no está en condición de instaurar y agotar los referidos mecanismos, por lo que su situación actual exige la intervención inmediata del juez constitucional en aras de garantizarle el mínimo vital que actualmente requiere para la satisfacción de sus necesidades. Criterios similares han sido acogidos -entre otras- en las sentencias T-090 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico Nº 7; T-128 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico Nº 5.5; T-199 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico Nº 7.1.2; T-392 de 2016. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico Nº 8; y T-245 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico Nº 6.6.

Por otro lado, (iv) la Sala constata que la acción de tutela se presentó oportunamente, debido a que la última resolución de Colpensiones data del 3 de abril de 2017, y el recurso constitucional fue radicado el 26 de abril del mismo año.

3.4. Antes de analizar la procedencia de la acción de tutela de Excelina Prieto de Pico, es necesario determinar si se incurrió en una actuación temeraria.

3.4.1. Como bien lo señaló el juez de primera instancia (supra, antecedente N° 3.2.1.) y fue profundizado en el informe remitido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (supra, antecedente N° 3.2.3.), la señora Excelina Prieto de Pico ya había instaurado, en diciembre de 2014, una acción de tutela contra las mismas accionadas (identidad de partes), con fundamento en los mismos hechos (identidad de causa petendi) y las mismas pretensiones (identidad de objeto).

No obstante, la Corte Constitucional ha señalado Ver, entre otras, las sentencias T-873 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico Nº 3; SU-773 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico Nº 2.10.11; T-212 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico Nº 2.3; T-019 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico Nº 2.4.3.2; SU-168 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico Nº 11; y T-483 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido, fundamento jurídico Nº 40.

que hay ciertos eventos en los que, pese a presentarse esa triple identidad, no se configura una actuación temeraria, como cuando no existió un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre la pretensión incoada. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-873 de 2013 la Sala Cuarta de Revisión constató que no se configuraba una acción temeraria, "por cuanto si bien en las dos tutelas concurren los tres elementos ya señalados, lo cierto es que en la sentencia dictada el 6 de julio de 2006 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, no se efectuó un pronunciamiento sobre la exoneración de copagos o cuotas moderadoras, fundamento principal de la actora para interponer una nueva acción, y aun cuando el juez constitucional amparó los derechos fundamentales de Luis Miguel Páez Velandia, no se pronunció específicamente sobre este punto" (fundamento jurídico Nº 3). Asimismo, en la Sentencia SU-773 de 2014 la Sala Plena concluyó que "lo alegado por la Sociedad Granos Piraquive S.A., respecto a la supuesta temeridad existente en este caso, derivada de la tutela interpuesta por CMT en su contra, ante el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, se encuentra desvirtuado, pues la Sala encuentra que a pesar de existir duplicidad en las acciones de tutela y de cumplir con la identidad de hechos, sujetos y

pretensiones, en el presente caso no se configura una acción temeraria por cuanto en la primera tutela impetrada no existió un pronunciamiento de fondo que estructurara el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, lo cual se traduce en que el caso en últimas solo fue tramitado y resuelto una sola vez por el juez constitucional con ocasión de la segunda tutela presentada" (fundamento jurídico Nº 2.10.13). De igual manera, en la Sentencia T-019 de 2016 la Sala Séptima de Revisión estableció que "la acción de tutela adelantada previamente a la que se estudia, fue conocida en proceso de doble instancia por parte del Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta y el Tribunal Administrativo del Magdalena, quienes decidieron apartarse del análisis de fondo del asunto bajo el argumento que 'la acción de tutela se torna improcedente para buscar reconocimiento de prestaciones periódicas como es el caso del accionante'", por lo que encontró que "no existe conducta temeraria por parte de la señora Aura Maestre de Turizo, quien afronta un estado de indefensión que la impulsa al reclamo constante de su derecho insatisfecho" (fundamento jurídico Nº 3.2.3 y 3.2.4). A su vez, en la Sentencia SU-168 de 2017 la Sala Plena determinó que "los argumentos presentados por el actor en la segunda tutela, esto es, después de que se hubiera proferido la sentencia T-463 de 2013, nunca fueron resueltos, pues la misma acción fue rechazada en dos ocasiones porque supuestamente era temeraria. Así pues, la Sala evidencia que sobre las tutelas subsiguientes no ha existido pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional, de manera que respecto de éstas no hay temeridad porque nunca operó el fenómeno de cosa juzgada" (fundamento jurídico Nº 3. Negrillas originales).

En efecto, tanto el juez de primera (Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá) como de segunda instancia (Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura) no se refirieron a la pretensión de la accionante, sino tan sólo consideraron que la acción de tutela era improcedente porque existían otros mecanismos judiciales de defensa. Para lo pertinente, ver el expediente T-6.272.814, cuaderno 1, folio 71 a 79.

Por lo tanto, es claro que en el caso de la señora Excelina Prieto de Pico no se configura una actuación temeraria, razón por la que se debe continuar con el análisis de procedencia.

3.4.2. Al respecto, la Sala encuentra que la acción de tutela es procedente en tanto -reiterando lo ya planteado (supra, fundamento jurídico Nº 3.3.)- (i) la misma fue instaurada por una abogada con un poder especial debidamente constituido para tales efectos y otorgado por la accionante Ver expediente T-6.272.814, cuaderno 1, folio 1 y 2.

; (ii) se dirige contra el CREMIL, autoridad pública encargada de definir la situación jurídica de la accionante en relación con la sustitución de la asignación de retiro, y en el trámite fue vinculada la señora María Encarnación Prieto Quemba, quien podría verse afectada con la decisión; y (iii) los mecanismos ordinarios de defensa no son eficaces en tanto se trata de una mujer de 83 años de edad, razón por la que no está en condición de instaurar y agotar los referidos mecanismos debido a que superó el promedio de esperanza de vida Para el momento en que instauró la tutela (2016), el promedio de la esperanza de vida en Colombia era de 76,15 años de edad para la población general. DANE. Indicadores Demográficos según Departamento 1985-2020. Conciliación Censal 1985-2005 y Proyecciones de Población 2005-2020. En: HYPERLINK "http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/seriesp85_20/IndicadoresDemograficos1985-2020.xls" http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/seriesp85_20/IndicadoresDemograficos1985-2020.xls

, por lo que su situación exige la intervención inmediata del juez constitucional. Criterios similares han sido acogidos -entre otras- en las sentencias T-090 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico Nº 7; T-128 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico Nº 5.5; T-199 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico Nº 7.1.2; T-392 de 2016. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico Nº 8; y T-245 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico Nº 6.6.

En cuanto al requisito de inmediatez (iv) la Sala constata que se satisface, pues, aunque los hechos que originaron la presunta vulneración son antiguos respecto de la presentación de la acción de tutela, tal vulneración persiste, es continua y actual. Sentencias SU-339 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico Nº 3; SU-499 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico Nº 11; y SU-168 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico Nº 24.

Lo anterior, por cuanto se busca la protección de un derecho imprescriptible -del cual se puede solicitar su protección en cualquier momento- y, además, porque la afectación del derecho fundamental a recibir las mesadas pensionales para satisfacer sus necesidades básicas se entiende permanente en el tiempo, lo que impide en efecto la realización del derecho fundamental al mínimo vital. Sentencias T-539 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico Nº 2.4; y SU-499 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico Nº 16.

3.5. En conclusión, la Sala Novena de Revisión considera que las acciones de tutela instauradas por Ana Elvia Ariza y por Excelina Prieto de Pico cumplen con los requisitos de procedencia, por lo que se debe continuar con el estudio del caso.

4. El derecho a la seguridad social como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia

Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva de "(i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad". Sentencias T-414 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 3.7; y T-549 de 2015. M.P. (e) Myriam Ávila Roldán, fundamento jurídico Nº 4.2.

5. Imprescriptibilidad de los derechos pensionales. Reiteración de jurisprudencia

5.1. El artículo 48 de la Constitución Política establece -entre otras cuestiones- que el derecho a la seguridad social es imprescriptible. Por su parte, el artículo 53 Superior dispone -en relación con las pensiones- que corresponde al Estado la garantía del derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de estas prestaciones. Con base en los anteriores mandatos constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el derecho a la pensión es imprescriptible. Sentencias C-230 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara, fundamento jurídico Nº 4; T-485 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico Nº 4, y C-568 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico Nº 4.

5.2. Dicho carácter imprescriptible es predicable también respecto de la pensión de sobrevivientes y de la sustitución pensional, de manera tal que una persona que sea beneficiaria de alguna de estas prestaciones no pierde su derecho por no haberlo reclamado en su momento. Sentencias T-231 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 4; y T-527 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 4.1.3.

No obstante, si bien el derecho a la pensión no prescribe, esto no abarca las prestaciones periódicas o mesadas que de él se deriven y que no hayan sido cobradas, pues en tal caso,

estas acreencias se encuentran sometidas a la regla general de tres (3) años de prescripción. Sentencias T-527 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico Nº 4.1.3.; SU-428 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico Nº 12.1; y T-195 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico Nº 7.3.

6. El régimen jurídico del derecho a la sustitución pensional, su diferencia con la pensión de sobreviviente y la relación con el debido proceso administrativo. Reglas aplicables a la asignación mensual de retiro. Reiteración de jurisprudencia

6.1. En desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, el Congreso de la República profirió la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, compuesto por los sistemas de Pensiones, Salud y Riesgos Laborales.

Tanto la sustitución pensional como la pensión de sobreviviente fueron establecidas en los artículos 46 "ARTICULO 46. Modificado por la Ley 797 de 2003, artículo 12. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: // 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, // 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: (…)."

y 47 "ARTICULO 47. Modificado por la Ley 797 de 2003, artículo 13. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: // 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; (…) // 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 (…).” (Subrayas no originales)

de la Ley 100 de 1993. Aunque esta norma utiliza indistintamente ambos los términos, existen diferencias entre una y otra figura. Sentencias C-617 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico Nº 3; y T-957 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico Nº 4.3.

Por un lado, la sustitución pensional se refiere a la situación en la que, ante la muerte del pensionado por vejez o invalidez, tiene lugar la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular y no la generación de una prestación nueva o diferente. Sentencias T-1067 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico Nº 13; T-858 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico Nº 3.2.1; y T-195 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico Nº 6.2.2.

De otra parte, la pensión de sobrevivientes propiamente dicha, se refiere al evento en el cual muere la persona afiliada al sistema de pensiones y se genera a favor de sus familiares una nueva prestación de la que no gozaba el causante. Ídem.

6.2. Aunque el sistema general de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993 fue previsto con la pretensión de unificar los distintos tipos de sistemas pensionales que existían, tanto el artículo 48 de la Constitución Política como el artículo 279 de la referida ley reconocieron que los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tienen un régimen especial, desarrollado actualmente por medio de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004. Estas normas establecen prestaciones económicas especiales para las personas que prestan sus servicios a la Nación como miembros de la Fuerza Pública, entre las cuales se encuentran la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, así como la pensión de sobrevivientes. Sentencias T-802 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 4; y T-112 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 18.

La asignación mensual de retiro es una prestación de carácter económico para los oficiales, suboficiales y soldados profesionales que obtienen ese derecho por haber prestado durante varios años sus servicios al país, en un prolongado tiempo de actividad militar bajo las condiciones señaladas en las normas legales que fijan el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Sentencias T-112 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 18; T-856 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 5; T-089 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 5; y T-467 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 6.2.

La Corte Constitucional ha señalado que se trata de “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.” Sentencias T-512 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 3; T-721 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, fundamento jurídico N° 11; T-502 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4; y T-757 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 7.

Lo relativo a la sustitución de la asignación de retiro y la calidad de beneficiarios de esta, se encuentra contenido en el Decreto 4433 de 2004 Sentencia T-578 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° ii.

, específicamente en su artículo 40 “Artículo 40. Sustitución de la asignación de retiro o de la pensión. A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante.”

. En este sentido, la sustitución de la asignación de retiro depende de la acreditación de la condición de beneficiario de acuerdo con lo preceptuado en las normas legales y reglamentarias que regulan el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública, esto es, al orden de beneficiarios y causales de pérdida del derecho fijados respectivamente por los artículos 11 “Artículo 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden: // 11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante. (…) // Parágrafo 2°. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas: a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o

la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte; (…) // 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. // (…) 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." (Subrayas no originales)

y 12 "Artículo 12. Pérdida de la condición de beneficiario. Se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las siguientes circunstancias, según el caso: // 12.1 Muerte real o presunta. // 12.2 Nulidad del matrimonio. // 12.3 Divorcio o disolución de la sociedad de hecho. // 12.4 Separación legal de cuerpos. // 12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho."

del Decreto Reglamentario 4433 de 2004. Sentencias T-802 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 4; T-467 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 6.3; T-113 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 5; y T-164 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 56-57.

Así, la Corte ha resaltado que cabe la posibilidad de entrar a analizar si las normas de una prestación específica en el régimen especial pueden vulnerar el derecho a la igualdad, lo cual procede cuando la diferenciación que dispone la ley se puede considerar como arbitraria y es clara la desmejora que sin justificación aparente se le brinda a los beneficiarios del régimen especial. Sentencias T-167 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, fundamento jurídico N°

4.4; y T-073 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 3.6.

6.3. Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado que, en materia pensional las actuaciones de las administradoras y fondos de pensiones como prestadoras del servicio público de la seguridad social, deben estar sujetas al debido proceso, en respeto a los derechos y obligaciones de los afiliados sometidos a las decisiones de la administración. Sentencias T-040 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.2.; y T-549 de 2015. M.P. (e) Myriam Ávila Roldán, fundamento jurídico Nº 6.6.

En particular, la Sentencia T-595 de 2007 indicó que las administradoras de pensiones deben velar porque la aplicación e interpretación de las normas no vulnere derechos fundamentales. Sentencia T-595 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico N° 3.1.

Por su parte, la Sentencia T-855 de 2011 estableció que cuando se ponen en conocimiento hechos que tienen relevancia o incidencia directa en el reconocimiento de la prestación económica y no son atendidos diligentemente, a pesar de tratarse de situaciones que la entidad misma está en la posibilidad y en el deber de verificar, se produce una vulneración al debido proceso -cuyo desconocimiento puede afectar otros derechos, como el mínimo vital o el derecho a la seguridad social- Sentencia T-040 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.2.2.

, en tanto se adoptará una decisión que no consulta la totalidad de las solicitudes y las circunstancias fácticas expuestas por el asegurado, esto es, surgirá una decisión incongruente. Sentencias T-855 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento jurídico cuarto; T-549 de 2015, M.P. (e) Myriam Ávila Roldán, fundamento jurídico Nº 6.6; y T-195 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico N° 6.3.

7. Reconocimiento de la sustitución pensional entre el cónyuge supérstite separado de hecho y compañero(a) permanente del causante. Reiteración de jurisprudencia

7.1. Como ya se indicó, tanto el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 como el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 establecen quiénes son los beneficiarios de la sustitución pensional y de la sustitución de la asignación de retiro, respectivamente.

7.2. Las disposiciones de la Ley 100 fueron modificadas por la Ley 797 de 2003, cuyo artículo 13 identificó como beneficiarios de esas prestaciones, en forma excluyente, (i) al cónyuge o al compañero o compañera permanente supérstite La norma prevé que si los supérstites cuentan con más de 30 años, la prestación se otorga de manera vitalicia, mientras que si son menores -y no tienen hijos con el causante-, se reconocerá de manera temporal.

y a los hijos menores de 18 años y mayores de 18, hasta los 25 años, que estuvieran estudiando y dependieran del causante al momento de su muerte; (ii) a los padres del causante; y (iii) a sus hermanos inválidos, si dependían de él. Sentencias T-706 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 3.2; y T-015 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 7.1.

Respecto de aquellas situaciones en las que concurren como beneficiarios el cónyuge y el compañero o compañera permanente, la norma contempla diferentes hipótesis. Sentencias T-875 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4.4; y T-090 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 6.

De acuerdo con las circunstancias de los casos analizados, se precisarán las reglas fijadas respecto de aquellos eventos en los que el causante tuvo -sin convivencia simultánea- un compañero o compañera permanente al momento de su muerte y una unión conyugal vigente, estando, no obstante, separado de hecho de su cónyuge (inciso 3, literal b, artículo 47 de la Ley 100). Según dicha disposición, tal situación permite que la compañera o el

compañero permanente reclamen una cuota parte de la prestación correspondiente, en forma vitalicia, en un porcentaje proporcional al tiempo que convivieron con el causante, siempre que haya sido superior a los últimos cinco años antes de su fallecimiento. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge supérstite del afiliado o pensionado.

Al referirse al último contenido normativo, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad, precisando que aunque exista una sociedad conyugal no liquidada con separación de hecho, también se debe demostrar que se convivió con el causante durante al menos cinco años en cualquier tiempo. Sentencia C-336 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.3.2. Dicho criterio ha sido reiterado en sede de control concreto, por ejemplo, sentencias T-090 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 6; y T-015 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 7.2.

7.3. La misma situación ha sido regulada de manera idéntica respecto de la sustitución de la asignación de retiro (inciso 3, literal b, parágrafo 2, artículo 11 del Decreto 4433 de 2004). Lo anterior ha sido aplicado por la Corte -entre otras- en las sentencias T-578 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° ii; T-089 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 8; T-467 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 6.3; T-164 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 57; y T-392 de 2012. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 6.

7.4. Finalmente, debe señalarse que el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008 “Por la cual se modifican algunos artículos de la Ley 44 de 1980 y se impone una sanción por su incumplimiento.” La Ley 44 de 1980 establece disposiciones para facilitar el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales.

dispone que, en caso de controversia entre cónyuge y compañera(o) permanente cuando no existen hijos con derecho, el pago total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente defina "a quién se le debe asignar y en qué proporción (…), conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan." (Énfasis añadido)

8. Estudio de los casos concretos

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional encontró que las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales de las accionantes, al no haber considerado que, junto con las compañeras permanentes de los causantes, también eran beneficiarias de la sustitución pensional (en el caso T-6.272.442) y de la sustitución de la asignación de retiro (en el caso T-6.272.814).

En la presente providencia ya se determinó que ambas acciones de tutela eran procedentes (supra, fundamento jurídico N° 3.), por lo que corresponde a la Sala pronunciarse sobre el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita, de conformidad con el problema jurídico planteado (supra, fundamento jurídico N° 2.2.).

8.1. Expediente T-6.272.442

8.1.1. La señora Ana Elvia Ariza instauró acción de tutela contra Colpensiones y la señora Ana Virginia Santamaría Hernández, con la pretensión de ser reconocida también como beneficiaria de la sustitución pensional del señor Víctor Manuel Ariza, con quien contrajo matrimonio el 29 de junio de 1977 y, pese a haberse separado de hecho Tal como lo afirmó la accionante, pese a que con posterioridad a 1984 se separaron, nunca se liquidó la

sociedad conyugal (supra, antecedente Nº 2.2.1.).

, nunca liquidaron la sociedad conyugal.

8.1.2. Al respecto, Colpensiones presentó su respuesta de manera extemporánea, pero al impugnar el fallo de primera instancia manifestó que no se había desvirtuado la presunción de legalidad de sus actos administrativos, por lo que se debía acudir ante el juez ordinario para dirimir la controversia.

Por su parte, la señora Ana Virginia Santamaría Hernández manifestó que desde octubre de 1977 el señor Ariza solo convivió con ella, que la causante no demostró que hubiera convivido cinco años o más con el causante en cualquier tiempo, y que de todas maneras la accionante contaba con otro mecanismo judicial de defensa.

8.1.3. El Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá concedió el amparo de manera transitoria, ordenando a Colpensiones que reconociera y pagara por partes iguales la sustitución pensional, en tanto se acreditó que existió una relación conyugal del causante con la señora Ana Elvia Ariza, y que la señora Ana Virginia Santamaría Sánchez fue compañera permanente del mismo, conviviendo con él un durante más de cinco años antes de su muerte; precisando que concedería el amparo de manera transitoria, por cuanto no era claro si la sociedad conyugal permaneció vigente hasta la muerte del causante.

Dicha decisión fue revocada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la cual declaró improcedente el amparo constitucional por cuanto la controversia debía ser resuelta por la jurisdicción ordinaria laboral, la cual determinará a quién y en qué proporción le corresponderá la sustitución pensional.

8.1.4. Conforme con lo expuesto en la presente providencia (supra, fundamento jurídico Nº

6.1. y 7.2.) el régimen general de seguridad social en pensiones establece que, si respecto de un pensionado concurren como beneficiarios cónyuge y compañera(o) permanente, mayores de 30 años y con quienes el causante no hubiera convivido de manera simultánea en los cinco años anteriores a su muerte, la compañera(o) permanente puede reclamar una cuota parte de la prestación correspondiente, en forma vitalicia, en un porcentaje proporcional al tiempo que convivió con el causante -siempre que hubiera sido superior a los últimos cinco años antes de su fallecimiento-, correspondiéndole la otra cuota parte al cónyuge supérstite, quien a su vez debe demostrar que convivió con el causante durante al menos cinco años en cualquier tiempo.

En el caso objeto de estudio se corrobora, tal como lo hizo Colpensiones en la Resolución GNR 248803 de 24 de agosto de 2016 (supra, antecedente 2.1.4.), que el señor Víctor Manuel Ariza convivió hasta su muerte con la señora Ana Virginia Santamaría Hernández, quien fue su compañera permanente desde de 1977 -aproximadamente- y con quien tuvo tres hijos (supra, antecedentes Nº 2.2.1. y 2.2.2.).

De igual manera, se constata que la señora Ana Elvia Ariza contrajo matrimonio con el señor Víctor Manuel Ariza el 29 de junio de 1977, que convivieron desde 1968 hasta 1984 -aproximadamente De conformidad con lo establecido en los antecedentes y lo que obra en material probatorio, en el caso no existe certeza de que haya existido convivencia con la accionante con posterioridad a esta fecha, puesto que esta supone “la existencia de lazos propios de la vida en pareja, como el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico y el acompañamiento espiritual” (Sentencia T-090 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico Nº 6). De esta manera, se constató que, con posterioridad a esa fecha, el señor Ariza convivía con su compañera permanente, y en ocasiones le enviaba dinero a su esposa a través de terceros (supra, antecedente Nº 2.2.1.).

Además, la señora Ana Virginia Santamaría Hernández indicó que, en efecto, el señor Ariza visitaba a su mamá y al compañero de esta, pero que realizó dichas visitas hasta la muerte de aquellos (de la cual no hay una fecha precisa ni tampoco la periodicidad de las mismas). Ligado a esto, se debe tener en cuenta la declaración juramentada realizada por el señor

Víctor Manuel Ariza en el año 2000, en la que manifestaba que en ese momento llevaba 23 años conviviendo únicamente con la señora Ana Virginia Santamaría Hernández (supra, antecedente N° 2.2.2.).

En todo caso, como lo ha señalado la Corte, la "multiplicidad de factores que pueden incidir en la acreditación del requisito de convivencia demanda una exigente labor de valoración probatoria. De ahí que el legislador haya previsto [en la Ley 1204 de 2008] que las controversias entre el cónyuge y el compañero o compañera permanente supérstites por el derecho a la sustitución pensional deban ser resueltos por la jurisdicción correspondiente." (Sentencia T-090 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico Nº 6).

-, que tuvieron tres hijos (nacidos en 1970, 1979 y 1983), y que la sociedad conyugal nunca se liquidó (supra, antecedentes Nº 2.1. y 2.2.1.).

8.1.5. De este modo, la Sala encuentra (i) que la señora Ana Virginia Santamaría Hernández convivió con el causante más de 5 años anteriores a su muerte, y (ii) que este tenía una sociedad conyugal no liquidada con Ana Elvia Ariza, con quien también había convivido por más de cinco años, aunque no inmediatamente anteriores a su muerte.

Por lo tanto, al no existir convivencia simultánea de la compañera permanente con la cónyuge con separación de hecho -en los cinco años anteriores al fallecimiento del señor Víctor Manuel Ariza-, es plenamente aplicable lo dispuesto en el inciso 3, literal b, artículo 47 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo señalado en los fundamentos jurídicos N° 6.1 y 7.2 de esta providencia.

No obstante, frente a esta controversia se inaplicará -en uso de la excepción de inconstitucionalidad- el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008 (ver supra, fundamento jurídico Nº 7.4.), debido a que, como lo ha establecido esta Corte, su aplicación literal o exegética, aunque sea legal, puede afectar el derecho fundamental al mínimo vital de las accionantes,

en la medida que son sujetos de especial protección constitucional que no pueden esperar hasta que culmine el proceso ordinario -con sentencia ejecutoriada- para que se les paguen sus mesadas pensionales. Sentencias T-073 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 5.C; y T-164 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 69.

En tal sentido, se ordenará a Colpensiones que, en el término de cinco (5) días hábiles posteriores a la notificación de esta sentencia, (i) deje sin efectos las resoluciones GNR 248803 de 24 de agosto de 2016, GNR 33517 de 23 de enero de 2017 y GNR DIR 2613 de 3 de abril de 2017, y (ii) profiera una nueva resolución en la que reconozca y pague el 30% de la prestación a la señora Ana Elvia Ariza, y el 70% restante a la señora Ana Virginia Santamaría Hernández Estos porcentajes se toman debido a que, según los hechos indicadores señalados, la señora Ana Elvia Ariza convivió cerca de 16 años con el causante, mientras que la señora Ana Virginia Santamaría Hernández convivió aproximadamente 39 años. Una solución similar se adoptó en la Sentencia T-875 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 5.11.

Estas decisiones son acordes con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, el cual prescribió que en estos casos el beneficio pensional debe otorgarse “en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante” (v.gr. artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y artículo 11 del Decreto 4433 de 2004). En el expediente T-6.272.442 se evidenció que el tiempo de convivencia total era de cerca de 55 años (100%), correspondiendo 16 de ellos (30%, aproximadamente) a la señora Ana Elvia Ariza, y los 39 restantes (70%, aproximadamente) a la señora Ana Virginia Santamaría Hernández.

. Estos porcentajes deben ser definidos y ajustados por Colpensiones en un plazo máximo de noventa (90) días a partir de la expedición de la nueva resolución.

Finalmente, debe señalarse que no es procedente la solicitud referente a la devolución del

retroactivo, por cuanto es una cuestión que debe ser resuelta a través de los mecanismos judiciales ordinarios.

8.2. Expediente T-6.272.814

8.2.1. La señora Excelina Prieto de Pico, actuando a través de defensora pública, instauró acción de tutela contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), siendo vinculada posteriormente la señora María Encarnación Prieto Quemba. Con el recurso de amparo pretendía que también se le reconociera como beneficiaria de la sustitución de la asignación del señor José del Carmen Pico, con quien contrajo matrimonio el 12 de octubre de 1959 y, pese a haberse separado de hecho, nunca liquidaron la sociedad conyugal.

8.2.2. En su respuesta, CREMIL manifestó que la acción de tutela era improcedente porque no se configuraba un perjuicio irremediable y porque existen otros mecanismos ordinarios de defensa judicial.

A pesar de haber sido vinculada, la señora María Encarnación Prieto Quemba guardó silencio.

8.2.3. El Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá negó el amparo, al considerar que la accionante debió ejercer dentro de la oportunidad correspondiente el medio de control correspondiente previsto por el legislador.

La anterior decisión fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la cual agregó que habían transcurrido más de dos años desde que CREMIL

profirió sus resoluciones, que las controversias planteadas no pueden ser resueltas por la vía de tutela, y que en caso de analizarse el fondo del asunto, tampoco procedería el amparo debido a que la señora Prieto de Pico no convivió con el causante en los últimos cinco años antes de su muerte.

De este modo, y de acuerdo con lo establecido por CREMIL en la Resolución Nº 4869 de 3 de junio de 2014 (supra, antecedente 3.1.5.), en el caso bajo estudio se constata que el señor José del Carmen Pico convivió desde 1979 hasta su muerte, el 11 de abril de 2014, con la señora María Encarnación Prieto Quemba.

En la misma Resolución CREMIL corroboró que la señora Excelina Prieto de Pico contrajo matrimonio con el señor José del Carmen Pico el 12 de octubre de 1959. De igual manera, se señaló en esa Resolución, y es afirmado por la accionante, que de dicho vínculo tuvieron cuatro hijos, que convivieron desde la fecha del matrimonio hasta el 25 de julio de 1984 -aproximadamente-, y que la sociedad conyugal nunca se liquidó (supra, antecedente Nº 3.1.).

8.2.5. En tal sentido, la Sala encuentra (i) que la señora María Encarnación Prieto Quemba convivió con el causante más de 5 años inmediatamente anteriores a su muerte, y (ii) que este tenía una sociedad conyugal no liquidada con Excelina Prieto de Pico, con quien también había convivido por más de cinco años, aunque no inmediatamente anteriores a su muerte.

De esta manera, al no existir convivencia simultánea de la compañera permanente con la cónyuge con separación de hecho -en los cinco años anteriores al fallecimiento del señor José del Carmen Pico-, es plenamente aplicable lo dispuesto en el inciso 3, literal b, parágrafo 2, artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, de conformidad con lo señalado en los fundamentos

jurídicos N° 6.2 y 7.3 de esta providencia.

En este punto, es conveniente precisar que CREMIL vulneró, además, el derecho al debido proceso administrativo de la accionante, por no haber aplicado la referida norma y, en su lugar, fundamentar la Resolución Nº 4869 de 2014 en normas que no eran pertinentes -en tanto regulan otros supuestos de hecho-, tales como el artículo 11, parágrafo 2 literal a, y el artículo 12.5 del Decreto 4433 de 2004, lo que llevó a un resultado contrario al establecido en las reglas señaladas en esa providencia (supra, fundamento jurídico N° 6.2., 7.2. y 7.3.).

Ahora bien, frente a la controversia en relación con la proporción de la mesada que le corresponde a la cónyuge y a la compañera permanente, se inaplicará el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008 (ver supra, fundamento jurídico Nº 8.1.5.) razón por la que se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que, en el término de cinco (5) días hábiles posteriores a la notificación de esta sentencia, (i) deje sin efectos las resoluciones Nº 4869 de 3 de junio de 2014 y Nº 6601 de 24 de julio de 2014, y (ii) profiera una nueva resolución con la que reconozca y pague el 40% de la prestación a la señora Excelina Prieto de Pico, y el 60% restante a la señora María Encarnación Prieto Quemba. Estos porcentajes se toman debido a que, según los hechos indicadores señalados, la señora Excelina Prieto de Pico convivió cerca de 25 años con el causante, mientras que la señora María Encarnación Prieto Quemba convivió aproximadamente 35 años. Como ya se señaló (supra, nota al pie N° 95), una solución similar se adoptó en la Sentencia T-875 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 5.11.

Asimismo, se reitera que este tipo de decisiones se toman de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento urídico, el cual establece que en estos casos el beneficio pensional debe otorgarse “en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante” (v.gr. artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y artículo 11 del Decreto 4433 de 2004). En el expediente T-6.272.814 se evidenció que el tiempo de convivencia total fue de cerca de 60 años (100%), correspondiendo 25 de ellos (40%, aproximadamente) a la señora Excelina Prieto de Pico, y los 35 restantes (60%, aproximadamente) a la señora María Encarnación Prieto Quemba.

Estos porcentajes deben ser definidos y ajustados por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en un plazo máximo de noventa (90) días a partir de la expedición de la nueva resolución.

9. Síntesis de la decisión

Correspondió a la Sala Novena de Revisión analizar las acciones de tutela instauradas por Ana Elvia Ariza y Excelina Prieto de Pico contra las entidades que tenían a cargo la pensión de sus difuntos esposos, pues consideran que vulneraron sus derechos fundamentales al haber reconocido la sustitución de la misma, únicamente en favor de las respectivas compañeras permanentes, sin haber tenido en cuenta que ellas también eran beneficiarias debido a que la sociedad conyugal nunca se liquidó.

Luego de verificar el cumplimiento de los requisitos procedencia de la acción de tutela, la Sala reiteró su jurisprudencia sobre (i) el derecho a la seguridad social como derecho fundamental; (ii) la imprescriptibilidad de los derechos pensionales; (iii) el régimen jurídico del derecho a la sustitución pensional y de la asignación de retiro, y su relación con el debido proceso administrativo; y (iv) el reconocimiento de la sustitución pensional entre el cónyuge supérstite separado de hecho y compañero(a) permanente del causante; encontrando que las entidades accionadas habían vulnerado los derechos fundamentales de las accionantes, por cuanto también eran beneficiarias de la sustitución pensional y de la sustitución de la asignación de retiro, respectivamente.

En razón de lo anterior, la Sala Novena de Revisión decidió -en cada uno de los procesos- revocar los fallos de instancia, ordenando a las entidades accionadas que (i) dejaran sin efectos las resoluciones que habían proferido en relación con el derecho a la sustitución de las accionantes, y (ii) proferir una nueva resolución en la que se reconozca su derecho a la sustitución, fijando para ello una cuota parte en favor de las respectivas cónyuges y

compañeras permanentes.

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.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó la dictada por el Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá y, en consecuencia, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales de la señora Ana Elvia Ariza (T-6.272.442), salvo en lo referido a la solicitud de devolución del retroactivo, por cuanto es una cuestión que debe ser resuelta a través de los mecanismos judiciales ordinarios.

Segundo.- INAPLICAR el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008 y ORDENAR a Colpensiones que, en el término de cinco (5) días hábiles posteriores a la notificación de esta sentencia, (i) deje sin efectos las Resoluciones GNR 248803 de 24 de agosto de 2016, GNR 33517 de 23 de enero de 2017 y GNR DIR 2613 de 3 de abril de 2017, y (ii) profiera una nueva resolución en la que reconozca y pague el 30% de la prestación a la señora Ana Elvia Ariza, y el 70% restante a la señora Ana Virginia Santamaría Hernández. Estos porcentajes deben ser definidos y ajustados por Colpensiones en un plazo máximo de noventa (90) días a partir de la expedición de la nueva resolución.

Cuarto.- INAPLICAR el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008 y ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que, en el término de cinco (5) días hábiles posteriores a la notificación de esta sentencia, (i) deje sin efectos las Resoluciones Nº 4869 de 3 de junio de 2014 y Nº 6601 de 24 de julio de 2014, y (ii) profiera una nueva resolución en la que reconozca y pague el 40% de la prestación a la señora Excelina Prieto de Pico, y el 60% restante a la señora María Encarnación Prieto Quemba. Estos porcentajes deben ser definidos y ajustados por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en un plazo máximo de noventa (90) días a partir de la expedición de la nueva resolución.

Quinto.- 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 parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General ad hoc

PONENCIA T-6.272.442 Y T-6.272.814

SENTENCIA 1

I. ANTECEDENTES 2

1. Acumulación de procesos 2

2. Expediente T-6.272.442 2

2.1. Hechos y acción de tutela instaurada 2

2.2. Admisión y respuesta de las accionadas 3

2.3. Decisiones objeto de revisión 4

2.4. Pruebas que obran en el expediente 5

3. Expediente T-6.272.814 6

3.1. Hechos y acción de tutela instaurada 6

3.2. Admisión y respuesta de las accionadas 7

3.3. Decisiones objeto de revisión 8

3.4. Pruebas que obran en el expediente 9

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 9

1. Competencia 9

2. Presentación del caso, planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión 9

3. Análisis de procedencia 10

4. El derecho a la seguridad social como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia 14

5. Imprescriptibilidad de los derechos pensionales. Reiteración de jurisprudencia 15

6. El régimen jurídico del derecho a la sustitución pensional, su diferencia con la pensión de sobreviviente y la relación con el debido proceso administrativo. Reglas aplicables a la asignación mensual de retiro. Reiteración de jurisprudencia 15

7. Reconocimiento de la sustitución pensional entre el cónyuge supérstite separado de hecho y compañero(a) permanente del causante. Reiteración de jurisprudencia 18

8. Estudio de los casos concretos 19

8.2. Expediente T-6.272.814 22

9. Síntesis de la decisión 24

III. DECISIÓN 24

RESUELVE 24

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-683/17

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Desconocimiento de la regla jurisprudencial conforme a la cual ha dicho la Corte que el principio sólo se excepciona si el juez constitucional encuentra una justa causa en la inactividad del demandante (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expedientes T-6.272.442 y T-6.272.814

Magistrada Ponente:

Diana Fajardo Rivera

En atención a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión mediante la sentencia T-683 del 21 de noviembre de 2017, referida a los Expedientes Nos. T-6.272.442 y T-6.272.814, me permito presentar salvamento parcial de voto en los siguientes términos:

Respecto de la verificación de las condiciones de procedibilidad del expediente de tutela T-6.272.814, discrepo parcialmente del análisis que sobre el requisito de inmediatez realiza la sentencia. Se afirma que aun cuando los hechos que originaron la presunta vulneración son antiguos respecto de la presentación de la acción de tutela, tal vulneración persiste, es continua y actual, por cuanto lo que se pretende es la protección de un derecho imprescriptible.

No comparto la postura sobre la cual la Sala Mayoritaria establece que el no reconocimiento y pago de mesadas pensionales constituye per se un hecho vulnerador que, por permanecer en el tiempo permite dar superado el requisito de inmediatez. Este criterio desconoce la regla jurisprudencial conforme a la cual ha dicho la Corte que este sólo se excepciona si el juez constitucional encuentra una justa causa en la inactividad del demandante. En este sentido, no se puede confundir la imprescriptibilidad de los derechos pensionales y su posibilidad de demanda en cualquier tiempo ante los jueces ordinarios competentes, con la exigencia de interponer la acción de tutela en un plazo razonable.

Así las cosas, considero que el asunto que corresponde al expediente T-6.272.814 no cumplía con el requisito de inmediatez, pues desde la fecha en que la entidad accionada negó el reconocimiento de su solicitud pensional (24 de julio de 2014) y la fecha en que se presentó la acción de tutela (7 de marzo de 2017), transcurrieron más de dos años y siete meses, plazo que no resulta razonable. En esa medida se debió declarar improcedente.

Con el debido respeto,

Carlos Bernal Pulido

Magistrado