

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Segunda de Revisión

Bogotá D.C.

SENTENCIA T-278 de 2013

(Mayo 14)

Referencia: Expedientes acumulados T-3.718.639, T-3.721.120, T-3.721.892 y T-3.750.653.

Accionante: T-3.718.639 María Yamile Fierro Ramos; T-3.721.120, Elsy Lucrecia Ercu; T-3.721.892 Irene Peñuela Hernández; T-3.750.653 Martha Magdalena Guevara Rodríguez.

Accionados: T-3.718.639 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL; T-3.721.120 Seguros Bolívar; T-3.721.892 Patrimonios Autónomos de Fiduagraria y Fiduciaria la Previsora S.A.; T-3.750.653 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-3.718.639.

1.1. Elementos de la demanda.

1.1.1. Derechos Fundamentales invocados.

La accionante invoca el desconocimiento del derecho a la vida digna, a la igualdad, a la seguridad social, al reconocimiento de la pensión y al mínimo vital.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración.

Los derechos invocados fueron desconocidos según la accionante, por la negativa de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL de reconocer la pensión de sobreviviente a la accionante.

1.1.3. Pretensiones.

La accionante solicita: (1) Dejar sin efectos el oficio 320-14139 del 31 de marzo de 2011 por el cual la Caja de Retiro de las FF.MM. no atendió favorablemente el reconocimiento de sustitución pensional de la señora Fierro; (2) Ordenar a la Caja de Retiro de las FF.MM que dentro del término de los ocho días siguientes a la notificación de esta sentencia, expida un acto administrativo de reemplazo en el que aplique la excepción de inconstitucionalidad respecto de los art. 177 y 187 del Decreto 89 de 1984 y del art. 102 del decreto Reglamentario 664 de 1986, en cuanto excluyen a la compañera permanente del derecho a la sustitución pensional. Además solicita que en el mismo acto administrativo se reliquide la pensión de sobreviviente y se ajuste al valor respectivo con la pertinente indexación; (3) Incluir en nómina, en el término de cinco días, a la señora María Yamile Fierro Ramos para que reciba el pago de la respectiva sustitución pensional junto con los dineros adeudados.

1.2. Fundamentos.

El Capitán de la Fuerza Aérea Colombiana –FAC- Jaime Suárez González contrajo matrimonio católico con la señora Amparo Fernández en Cali el 18 de diciembre de 1971 con quien convivió hasta 1975. De dicha unión nació Karín Suárez Fernández el 30 de agosto de 1973.

Por medio de la Resolución 1091 del 19 de octubre de 1976 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció a favor del señor Suárez la asignación de retiro, aprobada por la Resolución 11582 del Ministerio de Defensa Nacional el 28 de diciembre del mismo año.

El 21 de febrero de 1977 el señor Suárez contrajo matrimonio en Aruba con la señora María Yamile Fierro Ramos y desde entonces convivieron bajo el mismo techo hasta el fallecimiento del causante, el 27 de abril de 1987. De este matrimonio nacieron Lorena y Diana María Suárez Fierro, el 19 de noviembre de 1977 y el 17 de junio de 1981, respectivamente.

Por su parte, la señora Amparo Fernández sostuvo relaciones maritales con el señor Harold Alberto Delgado, de cuya unión nació Natalie Delgado Fierro el 18 de noviembre de 1985.

El 27 de noviembre de 1985, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, decretó mediante providencia, la separación de cuerpos y declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal conformada por Jaime Suárez González y Amparo Fernández.

El 27 de abril de 1987 falleció el señor Suárez.

Mediante Resolución 644 del 8 de junio de 1987, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció el pago de la pensión de beneficiarios a partir del 27 de abril de 1987 a la señora Amparo Fernández en calidad de cónyuge del

causante, en cuantía equivalente a 50%, y a las tres hijas, en cuantía del 16,67% respectivamente.

El 5 de mayo de 1987, la Asociación Colombiana de Oficiales de las Fuerzas Militares en retiro, entregó a la señora Fierro Ramos la suma de \$ 400.075 correspondiente al auxilio del Fondo, ya que el señor Suárez la había designado como beneficiaria. Por su parte, la Resolución 2918 del 11 de diciembre de 1987 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconoció las sumas causadas por el señor Suárez por concepto de prestaciones a sus hijas Lorena y Diana María Suárez Fierro representadas por la señora Fierro, debido a que el fallecido había trabajado en la Dirección General de Aduanas de dicho Ministerio.

El 15 de julio de 1994, la señora Fierro solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, el cual fue respondido mediante Oficio n. 320-16817 del 31 de agosto del mismo año, señalando que la separación de cuerpos entre los cónyuges no constituía, al momento del fallecimiento del señor Suárez, la pérdida del derecho a la sustitución pensional para la cónyuge. Advirtió que la señora Fernández, continuaría percibiendo su cuota parte mientras no contrajera nuevas nupcias o hiciera vida marital. En 2005 la señora Fierro elevó una nueva petición siendo esta también negada, de modo que, hasta el momento es la señora Fernández quien recibe el 100 % de la pensión, ya que a las hijas del causante se les extinguió el derecho por ser mayores de edad.

Por su parte, la señora Fierro no ha contraído matrimonio ni ha constituido sociedad alguna con otra persona. Además alega que su situación es precaria y que se encuentra en estado de indefensión que afecta su mínimo vital ya que tiene 61 años y depende económicamente de sus hijas. La accionante refiere que alguna vez trabajó como secretaria pero no alcanzó a cotizar el monto correspondiente para obtener una pensión.

Ante una nueva solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente, la Caja de Retiro de las FF.MM en acto administrativo n. 320-14139 del 31 de marzo de 2011, negó las pretensiones de la señora Fierro argumentando que la Resolución n. 644 del 8 de junio de 1987 estaba ejecutoriada, gozaba de presunción de legalidad y no fue declarada nula por la jurisdicción contencioso administrativa.

La accionante solicitó entonces a la Caja de Retiro de las FF.MM. copia de la documentación que obra en esa entidad para anexarla a la acción de tutela pero esta fue negada con el argumento de que no aparecía como beneficiaria.

De acuerdo con las pruebas que constan en el expediente, la accionante interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, admitida mediante auto del 23

de septiembre de 2011, que actualmente cursa con el n. 2011-900 en la Sección Segunda-Subsección “C”¹.

Mediante Orden Interna n. 320-739 del 6 de septiembre de 2011 se suspendió la cuota pensional reconocida a favor de la señora Amparo Fernández de Suárez².

1.3. Contestación de la demanda.

En escrito del 1º de julio de 2011, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares manifiesta que, en este caso, la acción de tutela no es procedente para resolver la controversia planteada ya que este recurso solo procede excepcionalmente cuando no existan otros mecanismos de protección o cuando se compruebe la inminencia de un perjuicio irremediable. Advierte que la entidad ha dado respuesta a la petición de la accionante, por consiguiente se ha configurado un hecho superado y la acción de tutela carece de objeto.

1.4. Decisiones de instancia.

2.1.1. Sentencia de primera instancia³

El Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en sentencia del 10 de agosto de 2012⁴, resolvió declarar improcedente la acción de tutela. Fundamentó su decisión el Alto Tribunal en el hecho de que la accionante no había utilizado los recursos existentes en la vía ordinaria por lo cual los actos administrativos que esta pretende invalidar a través de la acción de tutela, ya se encuentran en firme y gozan de la doble presunción de acierto y legalidad. En efecto, la señora Fierro cuenta con otros mecanismos como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que puede ser interpuesta en los cuatro meses siguientes a la notificación del último acto administrativo que negó sus pretensiones. Al margen de lo anterior, considera el *a quo* que no logró demostrarse que la señora Fierro se encontrara ante la inminencia de un perjuicio irremediable.

2.1.2. Sentencia de segunda instancia

¹ Folio 29 del Cuaderno n. 2, Folio 160 del Cuaderno n. 2º.

² Cuaderno Principal, folio 165.

³ Es importante precisar que mediante auto de la Corte Constitucional del 7 de febrero de 2012 se declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda proferido el 29 de junio de 2011 y se ordenó notificar a la señora Amparo Fernández en el Consulado de Colombia en Miami, EU o en su defecto, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil. Las decisiones que se reseñan en este apartado hacen referencia a las actuaciones proferidas por las autoridades judiciales luego de haberse subsanado el yerro procesal advertido por la Corte.

⁴ El Consejo Superior de la Judicatura decidió en primera instancia la acción de tutela de la referencia en sentencia del 29 de junio de 2011, sin embargo, en auto de la Corte Constitucional de fecha 7 de febrero de 2012, se declaró la nulidad de todo lo actuado ya que no había sido notificada debidamente de la demanda la señora Amparo Fernández.

En sentencia del 19 de septiembre de 2012, el Consejo Superior de la Judicatura resolvió confirmar el fallo de primera instancia. El *a quem* señala que las resoluciones 644 de 1987⁵, 02918 de 1987⁶, 6233 de 1987⁷, 3080 de 1987⁸ y 3828 de 1998⁹, referidas al reconocimiento y pago de la pensión del causante a favor de la señora Amparo Fernández de Suárez, fueron acreditadas dentro del marco de la legalidad, quedando ejecutoriadas en su debida oportunidad sin que se presentaran recursos en su contra. En vista de lo anterior, se advierte que no era posible utilizar la acción de tutela cuando no se emplearon las acciones ordinarias, ya que este no es un recuso paralelo, adicional, complementario, acumulativo, ni alternativo de defensa. Con respecto al oficio específico con radicado 320-14139 del 31 de marzo de 2011, firmado por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las FF.MM., se tiene que el mismo fue debidamente sustentado en el hecho de que la pensión de sobreviviente correspondía a la señora Fernández puesto que no se demostró anulación o inexistencia del primer matrimonio al momento del fallecimiento del militar, y porque dicha decisión no fue objeto de ningún recurso de ley quedando en firme. El reconocimiento de la mesada pensional no contemplaba, de acuerdo con las normas de ese momento, a la compañera permanente. En consecuencia, los actos así adoptados gozan de plena validez y tienen presunción de legalidad, porque además no fueron refutados en su momento por la accionante, por lo cual la acción de tutela no puede constituirse en el mecanismo judicial para debatir lo que debió sustentarse ante el juez natural.

2. Expediente T-3.721.120.

2.1. Elementos de la demanda.

2.1.1. Derechos Fundamentales invocados.

La accionante alega la vulneración del derecho a la dignidad humana, a la vida, a la integridad física y moral, a la igualdad ante la ley y a la tercera edad.

2.1.2. Conducta que causa la vulneración.

Se establece como conducta que genera la vulneración, la negativa de Seguros Bolívar de reconocer a la accionante su derecho a la pensión de sobreviviente.

⁵ Por la cual se ordena el pago de los haberes dejados de cobrar por el causante y el reconocimiento del pago de la pensión de beneficiarios con motivo del fallecimiento del Capitán (r) de la Fuerza Aérea Jaime Suárez González.

⁶ Por medio de la cual se reconocen unos beneficiarios del señor Jaime Suárez González y se ordena el pago de unas prestaciones.

⁷ Por la cual se hace un reconocimiento de Auxilio Funerario.

⁸ Por medio de la cual se reconocen unos beneficiarios del señor Jaime Suárez González y se ordena el reconocimiento y pago de unas prestaciones (vacaciones).

⁹ Por la cual se actualiza la pensión de beneficiarios del señor Capitán (r) de la Fuerza Aérea Jaime Suárez González.

2.1.3. Pretensiones.

A través de la acción de tutela pretende la accionante: (1) El reconocimiento del derecho y pago de la pensión de sobreviviente; (2) Que se ordene a Seguros Bolívar que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer la pensión a favor de la accionante y la consiguiente afiliación al sistema de salud, así como el pago de las mesadas pensionales causadas y las que hacia futuro se cursen; (3) el reconocimiento de la calidad de compañera permanente de la accionante o, en su defecto, de su calidad de beneficiaria de la pensión por haber convivido durante nueve años y hasta su muerte con el señor José Miguel Miller Sibó.

2.2. Fundamentos.

La señora Elsy Lucrecia Ereú afirma haber convivido nueve años en unión marital de hecho con el señor José Miguel Miller Sibó quien falleció el 29 de diciembre de 2009.

Durante la convivencia con el señor Miller, la accionante permaneció afiliada a SALUDCOOP en calidad de compañera permanente beneficiaria de dicha entidad de salud.

En la actualidad, la accionante tiene una enfermedad denominada “insuficiencia renal crónica estadio 4”, ocasionada por “lupus eritematoso sistémico” e hipotiroidismo.

Desde que falleció el señor Miller, la señora Ereú afirma que su condición de salud se ha visto deteriorada por la falta de afiliación a una entidad prestadora de salud, ya que requiere de numerosas terapias y traslados a la ciudad de Cúcuta.

Señala que en la actualidad no trabaja y que sobrevive gracias a la venta de artículos de revista por lo que depende de las ganancias que se obtienen por la venta de las mismas, aunque reconoce que no son muchas y que no le representan recursos suficientes para comprar sus medicamentos.

Cuando el señor Miller falleció, la señora Silvia María Alfonso Alfonso y sus hijos, fueron a cobrar las prestaciones sociales pendientes a la empresa ISVI LTDA donde laboraba el fallecido sin que nadie le informara a la señora Ereú.

Advierte que en el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Arauca, se lleva un proceso de sucesión intestada por el fallecimiento del señor Miller en el que no se encuentra incluida como beneficiaria. Afirma que había entregado un poder a un abogado para ser vinculada al proceso pero que éste renunció intempestivamente.

El 1º de septiembre de 2011, la accionante se dirigió a la Defensoría del Pueblo de Arauca en donde le asignaron una abogada para hacer la declaración y posterior liquidación de la unión marital de hecho. Sin embargo, la funcionaria le informó a la señora Ereu que ya no era posible hacer la declaración de la unión marital porque había pasado más de un año del fallecimiento del señor Miller. Frente a esta situación, la accionante reconoce que olvidó hacer los trámites a tiempo porque estaba viviendo el duelo por la muerte de su compañero.

El 8 de noviembre de 2011, la señora Ereu solicitó a la ARP Bolívar los derechos como beneficiaria de la pensión de superviviente. En respuesta a su solicitud, el 15 de enero de 2012, la entidad afirmó que no le correspondía otorgarle la calidad de compañera permanente ya que también la señora Silvia María Alfonso reclamaba la misma pensión, por lo cual debía atender a que la jurisdicción ordinaria dirimiera la controversia.

Igualmente aparece como reclamante de la pensión la señora Leonor Landaeta Mesa quien tenía un hijo con el señor Miller.

2.3. Contestación de la demanda.

En escrito remitido el 19 de octubre de 2012 al Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Arauca, Seguros Bolívar solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela. Advirtió que aunque la señora Ereu aportó a dicha entidad algunas pruebas sobre su situación de compañera permanente del señor José Miguel Miller, esa situación debe ser definida por el juez ordinario. Señaló que las señoras Silvia María Alfonso Alfonso y Leonor Landaeta Mesa también presentaron solicitudes para ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, por lo cual no compete a esta entidad determinar a quién le corresponde ese derecho. Adicionalmente, la entidad accionada indica que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para demandar un reconocimiento económico como el que en este caso se pretende. Por estas consideraciones, Seguros Bolívar afirma que no ha desconocido ninguno de los derechos fundamentales alegados por la accionante.

2.4. Decisiones instancias.

2.4.1. Sentencia de única instancia

El Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías del Distrito Judicial de Arauca, en sentencia del 30 de octubre de 2012, declaró improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Elcy Lucrecia Ereu. Consideró el juez de instancia que las pretensiones de la accionante podían ser controvertidas ante la jurisdicción ordinaria laboral. No constató tampoco que se verificaran los requisitos establecidos para la procedencia excepcional de la acción de tutela. En efecto, la accionante es una

persona aún joven que puede esperar hasta tanto se concluya el proceso ante la jurisdicción ordinaria y no está expuesta a un perjuicio irremediable. A pesar de su estado de salud, el juez señaló que a la fecha la señora Ereu recibe atención médica porque está afiliada a la EPS Saludcoop, en todo caso, no se demostró que su condición de salud sea de tal gravedad que le impida trabajar. Asimismo constató el Juez de instancia que la señora Ereu, aunque declaró que dependía económicamente del señor Miller, se encuentra afiliada al régimen contributivo, no presenta mora de ninguna naturaleza y, tal y como ella misma lo declaró, se desempeña vendiendo artículos para revistas.

3. Expediente 3.721.892.

3.1. Elementos de la demanda.

3.1.1. Derechos Fundamentales invocados.

Se consideran vulnerados el derecho a la seguridad social, a la salud, a la igualdad, al mínimo vital y a la pensión de sobreviviente.

3.1.2. Conducta que causa la vulneración.

Se alega como causa que genera la vulneración, la negativa del Banco Cafetero a reconocerle a la accionante la pensión de sobreviviente en proporciones iguales a las de la cónyuge de su compañero permanente.

3.1.3. Pretensiones.

La accionante solicita que se le reconozca el derecho a la pensión de sobreviviente de su compañero Hernando Navarrete en igualdad de condiciones que con la esposa del mismo y se le paguen las mesadas pensionales en proporciones iguales, ordenando oficiar en este sentido a los patrimonios autónomos de las fiduciarias La Previsora y Fiduagraria.

3.2. Fundamentos.

La señora Irene Peñuela Hernández afirma haber convivido en unión marital de hecho en forma permanente y continuada durante más de 45 años con el señor Hernando Navarrete Esguerra, desde el 20 de enero de 1960 hasta su fallecimiento el 18 de diciembre de 2005.

De dicha unión nacieron Doris Esther, Consuelo Adaia, Wesley Hernando, Marcos Daniel y Luz Stella Navarrete Peñuela.

Durante el tiempo de su convivencia, la accionante se dedicó a las labores del hogar mientras que el señor Navarrete proveyó lo necesario para la manutención de la señora Peñuela y de sus hijos comunes, incluyendo la

alimentación, la salud, la educación, la recreación, el vestuario, la vivienda, los servicios públicos, el apoyo moral y afectivo.

Antes de convivir con la accionante, el señor Navarrete tenía una relación marital de hecho con la señora María del Carmen Flórez con quien contrajo matrimonio el 29 de julio de 1961 y con quien tuvo seis hijos. La señora Flórez conocía de la relación de la accionante con el señor Navarrete.

Esta convivencia simultánea con sus dos grupos familiares, fue reconocida por el Banco Cafetero S.A. en Liquidación que en la Resolución 260 P del 7 de junio de 2006, numeral 15 señaló: *“puede concluirse que las solicitantes en condición de cónyuge supérstite y compañera permanente demostraron que convivían con el causante al momento de su fallecimiento, convivencia que en esas condiciones ha de entenderse simultánea”*.

El señor Navarrete prestó sus servicios laborales al Banco Cafetero S.A. el cual mediante Resolución n. 238 de 1975 le reconoció pensión de jubilación oficial. Por su parte, el Instituto de Seguro Social le concedió pensión de vejez al señor Navarrete mediante Resolución 7765 del 23 de junio de 1988.

Luego del fallecimiento de su compañero, la señora Peñuela presentó la respectiva documentación al Banco Cafetero S.A., y también declaraciones extra proceso para demostrar la convivencia durante 45 años con el señor Navarrete.

En la Resolución n. 260 P del 7 de junio de 2006, no obstante reconocer la convivencia simultánea del señor Navarrete con la señora Peñuela y con la señora Flórez, solo declara como beneficiaria de la pensión a la que cónyuge. En dicha resolución se suspendió el reconocimiento del 50% restante de la pensión de sobreviviente hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral decidiera sobre la existencia y la titularidad del derecho a la sustitución pensional de Consuelo Adaía Navarrete Peñuela, una de las hijas del señor Navarrete y la señora Peñuela que padece una discapacidad. En dicho proceso fue vinculada la accionante como litisconorte. Señala que presentó demanda el 19 de noviembre de 2010 ante el Juzgado 30 Laboral del Circuito y que después de un año y medio el proceso sigue en curso.

La accionante interpuso recurso de reposición contra la Resolución n. 260 P la cual fue confirmada por la Resolución 320 P de agosto 31 de 2006 del Banco Cafetero S.A..

De otro lado, el Seguro Social, a través de la Resolución 14959 del 10 de abril de 2007, concedió la sustitución de la pensión de vejez a la señora María del Carmen Flórez de Navarrete en calidad de cónyuge supérstite en un 50% y en la Resolución 53964 del 9 de noviembre de 2007, el 50% a la hija inválida de la accionante.

Afirma la accionante que se encuentra en una situación de salud precaria y que actualmente está vinculada al Sisben. Asegura que el 15 de mayo de 2012 le implantaron un marcapaso bicameral por anormalidad del ritmo cardíaco.

Todos sus hijos tienen hoy en día sus propios hogares menos Consuelo Adaía Navarrete Peñuela que sufre de esquizofrenia indiferenciada crónica y que depende de la atención de su madre.

Asimismo señala que no cuenta con pensión, ni con trabajo que le permita subsistir, ya que antes de que muriera su compañero, era él quien la mantenía.

3.3. Contestación de la demanda. .

3.3.1. Mediante escrito del 5 de septiembre de 2012 dirigido al Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el Representante Legal para efectos Legales y Administrativos de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria, actuando en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Banco Cafetero en Liquidación, solicitó que no se concediera la acción de tutela interpuesta por la accionante. Señaló que Fiduagraria es una sociedad de economía mixta del orden nacional *“que no tiene la calidad de sucesor, cesionario o subrogatario de las obligaciones del extinto Banco Cafetero en liquidación”*¹⁰. Luego de aclarar la naturaleza jurídica del ente demandado, se advirtió que la acción de tutela no puede desplazar a los jueces ordinarios para definir quienes deben ostentar la calidad de beneficiarios. Igualmente aseguró que no se aportó prueba de un perjuicio irremediable de modo que tampoco procedería la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección. Desestimó también la entidad accionada, el supuesto desconocimiento del derecho a la igualdad considerando que quien alegue el desconocimiento de dicho derecho debe acreditar un trato injusto e indiscriminado por parte de las entidades en relación con personas que tenga iguales derechos y se encuentren en iguales condiciones, situación que no fue acreditada por la accionante.

3.3.2. La señora María del Carmen Flórez de Navarrete, en su condición de cónyuge del causante, intervino en la presente acción de tutela para solicitar la improcedencia de la acción de tutela argumentando que cursa en la actualidad una demanda ante el Juzgado Treinta Laboral del Circuito escenario natural de este tipo de debates procesales. Afirmó que no es posible equiparar la situación de la cónyuge y de la compañera permanente puesto que representan supuestos de hecho distintos. Además afirmó que, en una de las pruebas que se aportaron, se indica que la accionante no convivió con el causante los tres últimos años previos a su fallecimiento. De este modo la señora Flórez solicitó al Juez que proteja los derechos fundamentales ya declarados y ciertos y que tuviera en cuenta que tiene actualmente 87 años de edad.

¹⁰ Cuaderno Primero, Folio 103.

3.4. Decisiones instancias.

3.3.1 Sentencia de primera instancia

En decisión del 11 de septiembre de 2012, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Irene Peñuela. Afirmó que la accionante no allegó prueba alguna sobre la afectación de sus derechos fundamentales que pusieran de manifiesto un perjuicio irremediable. Asimismo, se advirtió el incumplimiento del requisito de inmediatez por el tiempo transcurrido entre el momento en el que ocurrió la supuesta afectación de los derechos y la presentación de la acción de tutela. Tampoco se cumplió, de acuerdo con el *a quo*, el requisito de subsidiariedad dado que en el momento cursa una acción laboral en el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, no siendo posible que la acción de tutela sea utilizado como procedimiento judicial paralelo a los procesos ordinarios previstos por el legislador.

3.3.2 Sentencia de segunda instancia

En sentencia del 22 de octubre de 2012, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, confirmó el fallo de primera instancia. Consideró el *a quem* que en la jurisdicción ordinaria existen acciones idóneas para reclamar la pensión de sobreviviente. En este caso el Tribunal advirtió que actualmente se encuentra en curso un proceso laboral ante el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá en el que se está estudiando la prosperidad de la solicitud o no de este derecho. De otro lado, no se comprobó la inminencia, urgencia y la certeza de un perjuicio irremediable para la accionante que ameritara la procedencia excepcional de la acción de tutela.

4. Expediente T-3.750.653.

4.1. Elementos de la demanda.

4.1.1. Derechos Fundamentales invocados.

Se alega la vulneración al debido proceso, el respeto de la dignidad humana, los fines esenciales del Estado (art. 2º), y el principio de buena fe.

4.1.2. Conducta que causa la vulneración.

La conducta que genera la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, es la suspensión de la pensión de sobreviviente por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL.

4.1.3. Pretensiones.

La accionante solicita que se le reanude el pago de la pensión de sobreviviente.

4.2. Fundamentos

El 11 de agosto de 1967 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció la asignación de retiro al ex compañero permanente de la señora Martha Magdalena Guevara Rodríguez, el Sargento Viceprimero de la Fuerza Aérea Colombiana, Luis Martín Scarpetta Cepeda, mediante Resolución n. 536 del 11 de agosto de 1967.

La accionante alega haber convivido con el señor Scarpetta de manera permanente desde el 10 de febrero de 1980 hasta la fecha de su fallecimiento, el 22 de diciembre de 2010. De dicha unión nacieron tres hijos.

Mediante la Resolución 0850 del 23 de febrero de 2011 proferida por la CREMIL, se ordenó el pago de los haberes dejados de cobrar por el señor Scarpetta hasta el 21 de diciembre de 2010, cuya antigüedad no sea superior a tres años, y el reconocimiento y pago de pensión de beneficiaria a favor de la señora Guevara.

La señora Lucy Vidal de Scarpetta, en calidad de cónyuge superviviente, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la CREMIL, el Ministerio de Defensa y la Fuerza Aérea Colombiana, para que se declare la nulidad de la Resolución n. 850 del 23 de febrero de 2011, la cual cursa en el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá, con el radicado 110013331702 2012 0010300, en la cual la accionante figura como tercera interviniente.

A finales del mes de agosto de 2012, la CREMIL suspendió el pago de la pensión de sustitución a la accionante, debido a la demanda instaurada por la señora Vidal, de acuerdo con información suministrada en la Oficina de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las FF.MM.

La accionante advierte que CREMIL no ha revocado las Resoluciones 0850 del 23 de febrero de 2011 y 2857 del 8 de junio del mismo año¹¹, por medio de las cuales se le reconoció la pensión a la señora Guevara, ni jamás se le ha notificado legalmente la suspensión de dicha pensión.

4.3. Contestación de la demanda.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dirigió escrito de contestación de la demanda el 8 de octubre de 2012 al Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá, solicitando declarar improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Martha Magdalena Guevara Rodríguez. Señaló que la entidad reconoció el pago de los haberes dejados de cobrar por el causante y el reconocimiento de

¹¹ Por la cual se confirma la Resolución n. 850 del 23 de febrero de 2011, que niega el reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios del señor Sargento Viceprimero (r) de la Fuerza Aérea Luis Martín Scarpetta Cepeda.

la pensión de beneficiario a favor de la accionante. Sin embargo, luego de serle notificada la admisión de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la señora Lucy Vidal de Scarpetta el 28 de diciembre de 2011 y admitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Bogotá, procedió mediante orden interna a suspender el pago de la prestación a la señora Guevara hasta tanto la jurisdicción resuelva el asunto. En este sentido, la acción de tutela no constituye el mecanismo adecuado para acceder a las pretensiones de la accionante por lo que en la actualidad cursa un proceso ante la jurisdicción ordinaria que resolverá la controversia planteada.

4.4. Decisiones instancias.

4.4.1. Sentencia de única instancia

En sentencia del 16 de octubre de 2012, el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá resolvió negar el amparo constitucional implorado por la accionante, argumentando que no es procedente solicitar el pago de la pensión de sobreviviente a través de la acción de tutela, a menos de que se vulnere el derecho fundamental al mínimo vital, situación que no ha sido comprobada en el presente caso. Se evidenció que la accionante tiene conocimiento del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la cónyuge del fallecido, y es claro que CREMIL no puede continuar pagando un derecho que se encuentra en disputa. Finalmente, señaló que el juez de tutela no puede decidir sobre la continuidad de los pagos a la accionante dado que ello implicaría usurpar las competencias del juez frente al cual se disputa el derecho a la pensión de sobreviviente.

5. Pruebas solicitadas

3.1. En el expediente T-3.718.639, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 8 de abril de 2013, ordenó que por Secretaría General se oficiara al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca para que en el término de dos días suministrara al Despacho, la siguiente información: *“Informe a este despacho sobre el proceso del expediente N. 250002325000201100900 01 indicando cuáles son las partes, quiénes han intervenido, cuáles han sido las actuaciones surtidas en el mismo y el estado actual del proceso; Remita copia de la demanda y del auto admisorio de la misma”*.

Vencido el término probatorio, la Secretaría de la Corte Constitucional informó que el 26 de abril de 2013 recibió comunicación firmada por William Moreno Moreno, Secretario del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, señalando que el proceso radicado bajo el No. 250002325000201100900 01 (0801-2013) en el que figura como actora la señora María Yamile Fierro Ramos, llegó a dicha Corporación en apelación de la sentencia del 6 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Mediante providencia del 11 de abril del

año en curso se admitió el recurso de apelación interpuesto. Se adjuntó copia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

3.2. En el expediente T-3.721.120 el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 9 de abril de 2013 ordenó que por Secretaría General que se notificara al las señoras Silvia María Alfonso Alfonso y Leonor Landaeta Mesa, del auto admisorio de la tutela de la referencia proferido el 17 de octubre de 2012, por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Arauca, con el fin de que se entendieran vinculadas al proceso de tutela y concedió el término perentorio de dos días contados a partir de la notificación de la providencia, para que se pronunciaran acerca de los hechos y pretensiones en las que se funda la solicitud de amparo.

Vencido el término probatorio, la Secretaría de la Corte Constitucional informó que no se recibió comunicación alguna de las personas vinculadas.

3.3. En el expediente T-3.721.892, el Magistrado Sustanciador mediante auto del 8 de abril de 2013, ordenó notificar al Instituto de Seguros Sociales y a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, el auto admisorio proferido el 29 de agosto de 2012 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, con el fin de vincularlos al proceso, otorgando el término perentorio de dos días contados a partir de la notificación del mismo para que se pronunciaran acerca de los hechos y las pretensiones en que se funda la solicitud de amparo.

Vencido el término probatorio, la Secretaría de la Corte Constitucional informó que no se recibió comunicación alguna de las entidades vinculadas.

3.4. En el mismo expediente T-3.721.892, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 8 de abril de 2013, ordenó oficiar al Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C. Piloto de Oralidad para que en el término de dos días suministrara al Despacho la siguiente información: *"1) Informe a este despacho sobre el proceso del expediente N. 2010-00457 indicando cuáles son las partes, quiénes han intervenido, cuáles han sido las actuaciones surtidas en el mismo y el estado actual del proceso; 2) Remita copia de la demanda, del auto admisorio de la misma, del auto de vinculación de la señora Irene Peñuela Hernández como litis consorte de la parte demandante y su escrito de vinculación"*.

Vencido el término probatorio, la Secretaría de la Corte Constitucional informó que el 17 de abril de 2013 se recibió un oficio firmado por el doctor Fernando González, Juez del Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, respondiendo el auto enviado por el Magistrado Sustanciador.

3.5. En el expediente T-3.750.653, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 8 de abril de 2013, ordenó oficiar al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C para que en el término de dos días suministrara a este Despacho, la siguiente información: *"1) Informe a este*

despacho sobre el proceso del expediente N. 2011-172 indicando cuáles son las partes, quiénes han intervenido, cuáles han sido las actuaciones surtidas en el mismo y el estado actual del proceso; 2) Remita copia de la demanda, del auto admisorio de la misma y la contestación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL”.

Vencido el término probatorio, la Secretaría de la Corte Constitucional informó que el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C había remitido la información solicitada por el Magistrado Sustanciador mediante oficio remitido el 18 de abril de 2013.

3.6. En el expediente T-3.750.653 el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 8 de abril de 2013 ordenó notificar al la señora Lucy Vidal de Scarpetta, del auto admisorio de la tutela de la referencia proferido el 3 de octubre de 2012, por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá, con el fin de que se entendiera vinculada a este proceso de tutela y concedió el término perentorio de dos días contados a partir de la notificación de la providencia, para se pronunciara acerca de los hechos y pretensiones en las que se funda la solicitud de amparo.

Vencido el término probatorio, la Secretaría de la Corte Constitucional informó que el 3 de mayo de 2013 se recibió comunicación de la señora Lucy Vidal de Scarpetta.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión de los presentes casos, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Nacional y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 30 de enero de 2013 de la Sala de Selección de Tutelas Número Uno de la Corte Constitucional que ordenó la acumulación de los expedientes T-3.718.639, T-3.721.120, T-3.721.892 y T-3.750.653.

2. Problema jurídico

En los casos descritos, mujeres que alegan ostentar la calidad de compañeras permanentes de un causante, interponen acciones de tutela para que le sea reconocido su derecho a la pensión de sobreviviente. Los jueces de instancia niegan el amparo por considerar que existen mecanismos alternativos efectivos y que la acción de tutela no es procedente por subsidiariedad.

De acuerdo con la situación fáctica expuesta, corresponde a esta Sala de Revisión resolver los siguientes problemas jurídicos:

(1) Determinar si, en caso de controversia en materia de titularidad del derecho a la pensión de sobreviviente –entre personas que ostentan la calidad de compañeras permanentes de un causante cuando ha habido convivencia simultánea con la cónyuge o con otras compañeras, o cuando la convivencia no ha sido simultánea pero subsiste el vínculo jurídico del matrimonio a pesar de haberse constituido una unión marital de hecho posterior, la acción de tutela resulta procedente para reclamar o debatir este derecho;

(2) De ser procedente el recurso, establecer si se han desconocido los derechos a la seguridad social, la dignidad, el mínimo vital y la igualdad de las accionantes por el hecho de que las entidades accionadas les hayan negado la pensión de sobrevivientes o la hayan suspendido.

Antes de responder a los problemas planteados, la Sala considera relevante reiterar las reglas jurisprudenciales referidas a la protección a la familia en la C.P. y a la equiparación entre los derechos y obligaciones del cónyuge y del compañero permanente, como fundamento del derecho a la pensión de sobreviviente de los compañeros (as) permanentes. Asimismo, resulta importante precisar las reglas establecidas en caso de convivencia simultánea entre cónyuge y compañero (a) permanente o entre varios compañeros (as) permanentes, y en caso de subsistencia del vínculo matrimonial entre cónyuges separados cuando se ha constituido una nueva unión marital de hecho.

3. La protección a la familia en la C.P

3.1. El régimen constitucional que reconoce y ampara a la familia se encuentra consagrado en diversas disposiciones superiores: (i) el artículo 5º, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) el artículo 42 que la consagra como institución básica de la sociedad y establece la obligación de protección integral en cabeza del Estado y de la sociedad; (iii) el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iv) el artículo 15, que reconoce el derecho de las personas a su intimidad familiar e impone al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (v) el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (vi) el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vii) el artículo 43, que impone al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (viii) el artículo 44, que eleva a

la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella¹².

3.2. De igual manera, múltiples convenciones de derechos humanos, incorporados a nuestro derecho interno, contemplan la protección especial de la familia. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, lo cual amerita la más amplia protección y asistencia posibles. También la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre protege el derecho de toda persona a constituir familia, entendida como elemento fundamental de la sociedad.

3.3. Por su parte, la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente el deber del Estado de preservar y proteger la familia como institución básica de la sociedad, en la que convergen múltiples derechos fundamentales como los de los niños, la dignidad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, la conciencia, entre muchos otros¹³. La institución de la familia al ser *“la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”*¹⁴, ha sido considerada como un *“presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar”*¹⁵.

A partir de lo anterior, esta Corporación¹⁶ ha destacado que el ámbito de protección especial de la familia, se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos¹⁷.

3.4. La salvaguardia de la familia, se relaciona también con su adecuada protección a nivel económico, social y jurídico a través de la adopción de medidas legislativas, actos administrativos o decisiones judiciales

¹² C-821 de 2005

¹³ C-242 de 2012, C-821 de 2005, C-482 de 2003, C-660 de 2000, C-997 de 1994, C-278 de 1994, T-527 de 2009, entre otras.

¹⁴ T-278 de 1994.

¹⁵ C-271 de 2003, C-242 de 2012.

¹⁶ C-289 de 2000

¹⁷ C-821 de 2005

encaminadas a este fin¹⁸. En este orden de ideas, existen tres formas de abordar la familia: (1) como derecho prestacional para lo cual el Estado está llamado a establecer los beneficios necesarios para preservar su unidad y sus condiciones económicas y sociales; (2) como derecho fundamental caso en el cual las medidas orientadas a su preservación serán de obligatorio cumplimiento y podrán ordenarse mediante la acción de tutela; (3) desde una tesis intermedia que considera a la familia como una institución que debe ser protegida por el Estado y que cuenta con una dimensión de derecho fundamental y de otros elementos de contenido económico y asistencial relacionada con derechos prestacionales¹⁹.

3.5. Con respecto al alcance del concepto de familia, la Corte ha considerado que este debe ser coherente con la realidad social y por ende, ha ampliado su ámbito de protección. En este orden de ideas se han amparado los derechos de las familias que se originan en el matrimonio, en las uniones maritales de hecho, las familias monoparentales, o las constituidas por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que *“el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo”*²⁰.

Si bien en algunos casos, al interpretar el artículo 113 del Código Civil, se ha considerado que el fundamento del matrimonio es una relación monogámica, no puede desconocerse la realidad de muchas familias que no se originan en este tipo de vínculos o en las cuales, por ejemplo, una persona es esposo y a la vez compañero de otras mujeres y tiene hijos con cada una de sus parejas²¹. El Consejo de Estado, en sentencia del 2 de septiembre de 2009²², describió la pluralidad de las formas de familia que deben ser protegidas por el Estado y por la sociedad, considerando que *“es posible hacer una referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales”*.

3.6. Conforme a lo anterior, se puede concluir que la familia que se origina en relaciones monogámicas o en vínculos afectivos de otra índole, con vocación de permanencia y fundada en el afecto, la solidaridad y la intención de ayuda

¹⁸ T-527 de 2009.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ T-527 de 2009.

²¹ C-821 de 2005.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009, M.P. Enrique Gil Botero, Actor: Elvia Rosa Arango y otros contra Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional.

y socorro mutuo, es especialmente protegida por la Constitución y por múltiples tratados ratificados por Colombia incorporados en nuestro derecho interno, siendo contrario al ordenamiento jurídico reconocer ciertos derechos o privilegios especiales dependiendo de la forma en la que se conforma el grupo familiar. El Estado y la sociedad son a su vez titulares del deber de protección de la familia y de la preservación de la misma desde el punto de vista económico y social. Como se verá más adelante, este reconocimiento fundamenta el sentido y razón de ser de la pensión de sobreviviente para amparar al núcleo familiar cuando por cualquier circunstancia llegare a faltar la persona que provee su sostenimiento.

4. Equiparación entre los derechos y obligaciones del cónyuge y del compañero permanente.

4.1. La familia se puede constituir (i) por vínculos naturales, es decir, *“por la voluntad responsable de conformarla”*, como en el caso de la unión marital de hecho (Ley 54 de 1990), o (ii) por vínculos jurídicos, esto es, por la *“decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”*. Esta clasificación no implica discriminaciones para uno u otro tipo de familia sino solo un reconocimiento que hace la Constitución según el origen de la misma²³.

4.2. En numerosas ocasiones se ha pronunciado la jurisprudencia²⁴ sobre la naturaleza del matrimonio y de la unión marital de hecho. En este sentido, se ha precisado que el vínculo matrimonial y el que surge a raíz de una unión marital de hecho son diferentes en cuanto a sus efectos y características. En la sentencia C-821 de 2005, se precisó que el consentimiento, cuyo principio formal es precisamente el vínculo jurídico, es considerado un requisito de existencia y validez del matrimonio (Código Civil art. 115), siendo también causa de las obligaciones conyugales, por lo que se requiere obtener la declaración judicial de divorcio para que se entienda extinguido y opere su disolución. En contraposición a lo anterior, se destacó en el citado fallo que el consentimiento, como generador de derechos y obligaciones, no es predicable en el caso de la unión marital²⁵.

4.3. Sin embargo, tanto el matrimonio como la unión marital de hecho son formas legítimas de constituir la familia y deben ser objeto de protección del Estado y la sociedad *“propugnando la inviolabilidad de su honra, su dignidad*

²³ C-098 de 1996, C-814 de 2001, C-271 de 2003, C-821 de 2005, C-521 de 2007, .

²⁴ Entre otras, C-1035 de 2008, C-879 de 2005, C-821 de 2005, T-049 de 2002, C-289 de 2000, T-286 de 2000, T-842 de 1999, T-518 de 1998, T-122 de 2000.

²⁵ C-533 de 2000: “Las diferencias son muchas, pero una de ellas es esencial y la constituye el consentimiento que dan los cónyuges en el matrimonio al hecho de que la unión que entre ellos surge sea una unión jurídica, es decir una unión que en lo sucesivo tenga el carácter de deuda recíproca. La unión que emana del consentimiento otorgado por ambos cónyuges, hace nacer entre ellos una serie de obligaciones que no es del caso analizar ahora detalladamente, las cuales son exigibles por cada uno de ellos respecto del otro, y que no terminan sino por la disolución del matrimonio por divorcio o muerte o por su declaración de nulidad. Entre ellas, las más relevantes son las que se refieren a la comunidad de vida y a la fidelidad mutua. Algunas de las obligaciones derivadas de este vínculo jurídico comprometen a los cónyuges incluso después del divorcio, como las que conciernen a la obligación alimentaria a favor del cónyuge inocente”.²³ Así, este consentimiento respecto de un vínculo que es jurídico, es lo que resulta esencial al matrimonio.

e intimidad, y sienta las bases para lograr la absoluta igualdad en sus derechos y deberes"²⁶.

De modo tal que no es contrario al principio de igualdad que el legislador adopte distintas medidas regulatorias para el matrimonio y para la unión marital de hecho, siempre que éstas tengan un carácter objetivo y razonable y no resulten discriminatorias pero sí desconoce la igualdad el hecho de que se tomen medidas discriminatorias en razón del tipo de vínculo que une a la pareja ya que la C.P. protege cualquier forma de constitución de la familia. Por esta razón, los efectos de ambas uniones se han ido asimilando progresivamente de manera que hoy en día los deberes, derechos y privilegios de una y otra unión, son los mismos. La igualdad de trato entre las familias constituidas por vínculos naturales y jurídicos, se extiende por su puesto a cada miembro del grupo familiar, de modo que ni el legislador ni la administración, pueden expedir disposiciones que establezcan diferencias de trato entre cónyuge y compañero (a) permanente, ni entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio²⁷.

4.3. De lo anterior se desprende que no hay justificación para otorgar un trato diferente a cónyuges y compañeros privilegiando a los primeros sobre los segundos. En este sentido, la jurisprudencia ha reiterado que *"el cónyuge y el compañero permanente son merecedores de un tratamiento igualitario, y que un trato diverso entre ellos por causa de tal calidad, constituye una discriminación injustificada, inadmisibles desde el punto de vista constitucional, teniendo en cuenta que la misma Carta ha puesto las dos calidades en plano de igualdad"*²⁸.

5. El derecho a la pensión de sobreviviente. Controversias sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes entre el cónyuge supérstite y compañero(a) permanente del causante, como entre más compañeros(a) permanentes.

5.1. La pensión de sobrevivientes es un derecho autónomo fundamental *"por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada"*²⁹.

5.2. El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, prevé los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes y establece que los titulares de dicho derecho son los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, así como el afiliado.

²⁶ C-507 de 1999

²⁷ C-1035 de 2008, C-477 de 1999, T-326 de 1993.

²⁸ T-932 de 2008.

²⁹ T-173 de 1994.

En este orden de ideas, se ha definido como un derecho irrenunciable e intransferible, siendo una de las expresiones del derecho a la seguridad social³⁰ por medio del cual se busca amparar a los miembros del grupo familiar que dependían de una persona antes de su deceso³¹ y ofreciendo *“un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. (...) Concretamente, la pensión busca [evitar] que ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento. Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte, “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria (...)”*³²

La protección se otorga de esta manera, teniendo en cuenta la imposibilidad de dejar a la pareja y familia del causante, el deber de sobrellevar las cargas materiales y emocionales que le deja la pérdida de una persona, después de que haber sido su grupo familiar el soporte permanente y responsable del causante³³.

5.3. La jurisprudencia ha recogido tres principios que establecen el contenido constitucional de la pensión de sobrevivientes como prestación asistencial³⁴: (1) el principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, lo cual se relaciona con asegurar a las personas más cercanas al causante y a quienes dependían de él, *“al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”*³⁵; (2) el principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados quienes no pueden cargar aisladamente las cargas materiales y espirituales que suponen la muerte de su familiar; (3) el principio material para la definición del beneficiario que se refiere a la convivencia efectiva del causante con quien sobrevive al momento de la muerte lo cual sirve para determinar quién es el beneficiario.

Es importante anotar, que al ser el derecho a la pensión de sobrevivientes un derecho fundamental, no se admite en su regulación ningún trato discriminatorio que imposibilite el goce del mismo.

³⁰ T-049 de 2002, T-553 de 1994, T-827 de 1999.

³¹ C-1094 de 2003, C-1176 de 2001, C-1255 de 2001, C-080 de 1999, T-301 de 2010, T-089 de 2007, T-606 de 2005, T-424 de 2004, T-789 de 2003, T-813 de 2002, T-1283 de 2001.

³² C-002 de 1999.

³³ Corte Suprema de Justicia. 17 de abril de 1998, Radicación 10406.

³⁴ C-1035 de 2008.

³⁵ C-002 de 1999.

5.4. Para los casos de simultaneidad de la convivencia entre cónyuge y compañero (a) permanente, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, estableció una serie de reglas para la asignación de la pensión de sobreviviente que posteriormente fueron interpretadas por la jurisprudencia.

Ante todo, cabe resaltar que el beneficiario se define a partir de un criterio material que corresponde a la convivencia efectiva al momento de la muerte del causante, por ende no se tienen como beneficiarios quienes no hayan cumplido con este requisito o quienes, por ejemplo, hayan procreado hijos con la persona fallecida pero no hayan vivido con ella en sus últimos años³⁶.

Así, en la sentencia C-1035 de 2008, se declaró exequible la expresión *“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”* contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido de que además de la esposa o esposo, también serían beneficiarios de la pensión de sobreviviente la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. En dicha providencia la Corte consideró que establecer privilegios en razón del vínculo familiar para efectos de conceder la pensión de sobreviviente no respondía a un fin constitucionalmente imperioso. En este sentido advirtió que *“de acuerdo al entendimiento de la dimensión constitucional que irradia la figura de la pensión de sobrevivientes, no existe razón alguna para privilegiar, en casos de convivencia simultánea, la pareja conformada por medio de un vínculo matrimonial, sobre aquella que se formó con base en un vínculo natural. Dicho en otras palabras, no se puede argumentar que para proteger la familia como núcleo esencial de la sociedad, se excluyan del ámbito de protección asistencial modelos que incluso la propia Carta ha considerado como tales”*.

La Sección Segunda del Consejo de Estado³⁷ ya había reconocido que, en casos de convivencia simultánea del causante con la cónyuge y la compañera permanente, era necesario distribuir en partes iguales la pensión de sobrevivientes entre las peticionarias atendiendo el principio de justicia y equidad, y considerando que el artículo 42 Superior protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho.

Posteriormente fue expedida la Ley 1204 de 2008 la cual estableció en su artículo 16 que en caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución entre cónyuges y compañera (o) permanente, la mitad del valor de la pensión que no corresponda a los hijos, o

³⁶ C-389 de 1996

³⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, fallo 2410 del 20 de septiembre 2007, C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

el 100 % si no hay hijos reclamantes, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. No obstante, atendiendo a principios de justicia y equidad, como lo ha señalado el Consejo de Estado, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en casos de convivencia simultánea se puede hacer en partes iguales a los compañeros(a) permanentes o al cónyuge y compañero(a) permanente³⁸. Lo anterior aplica igualmente en caso de simultaneidad de reclamaciones de compañeros (as) que reclaman haber convivido con el causante en los últimos años. En este evento, la institución encargada del reconocimiento de la pensión deberá suspender el trámite hasta tanto la jurisdicción ordinaria no resuelva el caso.

5.5. Igualmente, en el caso de simultaneidad de reclamaciones por parte de un compañero permanente y un cónyuge que no convivió los últimos años con el causante pero con quien existe una sociedad anterior conyugal no disuelta, la ley ha establecido que la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido³⁹.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral⁴⁰, se reconoció que la Ley 797 de 2003 introdujo una modificación a la Ley 100 en el sentido de incorporar como beneficiario de la pensión de sobreviviente, no solamente al compañero (a) que hubiese convivido con el causante hasta su muerte, sino también al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial. De este modo con la reforma introducida por el inciso 3 del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 *“se corrige la situación descrita, porque se mantiene el derecho a la prestación de quien estaba haciendo vida en común con el causante para cuando falleció, dando con ello realce a la efectiva y real vida de pareja -anclada en vínculos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos- constituyéndola en el fundamento esencial del derecho a la prestación por muerte. Pero, al mismo tiempo, se reconoce que, quien en otra época de la vida del causante convivió realmente con él, en desarrollo de una relación matrimonial formal, que sigue siendo eficaz, tenga derecho, por razón de la subsistencia jurídica de ese lazo, a obtener una prestación en caso de muerte de su esposo”*. No obstante, en aquella providencia precisó la Corte que el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco

³⁸ T-301 de 2010. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B. Expediente No 760012331000199901453 01. Sentencia del 20 de septiembre de dos mil siete: *“No existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera”*.

³⁹ Art. 13 de la Ley 797 de 2003. Inciso 3º, literal b) (...) 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.

⁴⁰ Radicado 40055 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, 29 de noviembre de 2012

años, en cualquier tiempo, ya que la pensión de sobreviviente se fundamenta en la comunidad de vida de la pareja.

5.6. Teniendo en cuenta la jurisprudencia anteriormente citada, se pueden identificar dos reglas generales aplicables a todos los casos de simultaneidad de reclamaciones en materia de pensiones de sobrevivientes, y unas reglas particulares dependiendo de cada situación. Las reglas generales son: (1) la aplicación del criterio material para establecer al beneficiario, que será quien haya convivido efectivamente con el causante hasta su muerte; (2) la obligación de suspender el pago de la pensión cuando exista controversia en la reclamación hasta tanto la jurisdicción ordinaria no resuelva el asunto.

De otro lado, las situaciones que se pueden presentar son: (1) Convivencia simultánea del causante con su cónyuge y una –o más- compañeras permanentes, caso en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido; (2) Convivencia simultánea del fallecido con dos o más compañeras permanentes que se asimila a la situación anterior, por lo que la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el causante; (3) Convivencia únicamente con compañero (a) permanente pero vínculo conyugal vigente evento en el cual la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido siempre que el cónyuge haya vivido durante cinco años o más con el causante en cualquier tiempo.

Con las reglas anteriormente enunciadas, se garantizan derechos constitucionales de carácter fundamental en un marco legal y administrativo respetuoso de la igualdad y de la protección especial de la familia independientemente del tipo de vínculo que la origine.

6. La procedencia de la acción de tutela para reclamar derechos prestacionales.

6.1. De manera reiterada la Corte ha sostenido la improcedencia de la acción de tutela para reconocer derechos de carácter prestacional debido a la naturaleza subsidiaria del amparo fundamental al existir otros medios de defensa judicial efectivos⁴¹. En efecto se ha precisado que, en estos casos, es *“la jurisdicción laboral y de seguridad social es la encargada de dar aplicación a dicha normatividad y, en consecuencia, ha recibido el alto encargo de garantizar protección al derecho fundamental a la seguridad social. Así lo recomienda el experticio propio de las autoridades judiciales que hacen parte de la jurisdicción laboral y la idoneidad que prima facie ostentan los procedimientos ordinarios”*⁴².

⁴¹ T-301 de 2010, T-297 de 2009, T-080 de 2009, T-658 de 2008, T-565 de 2008, T-372 de 2007, T-275 de 2004, T-083 de 2004, entre muchas otras.

⁴² T-658 de 2008.

6.2. En general la Corte ha establecido ciertas excepciones a la regla anteriormente enunciada: (1) Cuando después de realizar un examen de la situación particular del accionante –cuando se trata por ejemplo de personas en situación de debilidad manifiesta como los adultos mayores-, se verifica la inexistencia de un mecanismo de defensa judicial; (2) Cuando dicho mecanismo existe pero no es eficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales comprometidos, evento en el cual la tutela procede de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable; (3) Cuando el mecanismo no es idóneo, caso en el que se concede la acción como mecanismo definitivo⁴³.

6.3. En particular, la jurisprudencia ha reconocido la procedencia excepcional de la acción de tutela con el fin de proteger el mínimo vital y la dignidad. El examen que en cada caso debe realizar el juez de tutela para definir la posible afectación del mínimo vital comprende, entre otros, la valoración de la edad del pensionado y la dependencia económica que tiene respecto de la mesada pensional. En este sentido, se presume que existe una vulneración del derecho al mínimo vital “(i) cuando se produzca un incumplimiento prolongado o indefinido de las prestaciones laborales –que generalmente ha sido el que excede dos meses- o; (ii) un incumplimiento, inferior a dos meses, si la prestación es menor a dos salarios mínimos”⁴⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, pasa la Sala a examinar cada uno de los casos.

7. Examen de los casos concretos.

7.1. Expediente T-3.718.639

7.1.1. Hechos relevantes del caso.

En el presente caso la accionante pretende se le reconozca la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del causante. Dicha prestación ha sido adjudicada en su totalidad a la cónyuge, con la cual el compañero de la accionante no convivía pero con quien mantenía vigente la sociedad conyugal, con fundamento en normas especiales de las Fuerzas Militares aplicables en 1987, año en el que falleció el causante. Por su parte la CREMIL alega que no puede reconocer como beneficiaria a la accionante puesto que, de acuerdo con las normas aplicables en la época en la que se le negó el derecho a la accionante, la separación de hecho entre el causante y la cónyuge no se traducía en la pérdida de este derecho prestacional en cabeza de la misma y porque no se reconocía derecho en cabeza de la compañera permanente.

⁴³ T-971 de 2005, T-1268 de 2005 T-630 de 2006, T-692 de 2006, T-7986 de 2008, T-335 de 2007, T-593 de 2007, T-489 de 1999.

⁴⁴ T-281 de 2011

Frente a los hechos expuestos, la Sala examinará la procedencia de la acción de tutela en este caso.

7.1.2. Procedencia de la acción de tutela

7.1.2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental.

Se alega la vulneración de los derechos a la vida digna, a la igualdad, a la seguridad social, al reconocimiento de la pensión y al mínimo vital.

7.1.2.2. Legitimación activa.

La acción de tutela es presentada por la señora Mercedes del Pilar Rodero Trujillo en calidad de apoderada de la señora María Yamile Fierro Ramos.

7.1.2.3. Legitimación pasiva.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que se rige por las normas orgánicas del Decreto Ley 2342 de 1971, Decreto Ley 2002 de 1984, Ley 489 de 1998 y por las disposiciones de su estatuto interno (Acuerdo No. 008 del 31 de octubre de 2002)⁴⁵, y administra recursos públicos destinados al pago de prestaciones sociales. por lo tanto puede ser demandado en una acción de tutela de acuerdo con el art. 5 del Decreto 2591 de 1991.

7.1.2.4. Inmediatez

La señora Fierro presentó diversas solicitudes ante la CREMIL, la última de las cuales fue contestada mediante acto administrativo n. 320-14139 del 31 de marzo de 2011. En dicho acto se negó la solicitud de la accionante argumentando que la Resolución n. 644 del 8 de junio de 1987 estaba ejecutoriada, gozaba de presunción de legalidad y no fue declarada nula por la jurisdicción contencioso administrativa.

De otro lado, la tutela fue admitida el 29 de junio de 2011. Por lo anterior, si bien se debate una resolución expedida en 1986, la accionante demuestra que durante estos años ha realizado varias solicitudes a la CREMIL la última de las cuales fue contestada tres meses antes de la interposición del presente recurso. Así, atendiendo al criterio inmediatez, la tutela resulta procedente.

De todas maneras, cabe reiterar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte en materia de inmediatez cuando se trate de pensiones, la tutela es procedente porque se trata de prestaciones imprescriptibles y porque en estos casos la vulneración tiene el carácter de actual⁴⁶.

⁴⁵ <http://www.cremil.gov.co/?idcategoria=26>

⁴⁶ SU-1073 de 2012

7.1.2.5. Subsidiaridad

Tal y como quedó reseñado en los hechos, en el presente caso cursa ante la jurisdicción administrativa una acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la accionante contra la Resolución expedida por la CREMIL, admitida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 23 de septiembre de 2011.

Frente a esta situación, la Sala considera que no le compete desplazar la competencia del juez ordinario en la resolución de la presente controversia.

Es importante destacar que no se requiere la intervención del juez de tutela para proteger derechos fundamentales puesto que también el juez ordinario está llamado a ampararlos en procesos administrativos y laborales, especialmente en asuntos relativos a la igualdad entre la cónyuge y la compañera permanente para efectos del acceso a la pensión de sobreviviente.

7.1.3. Solución del caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala confirmará la providencia proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, a su vez confirmado por el Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, que declaró improcedente la presente acción de tutela.

7.2. Expediente T-3.721.120

7.2.1. Hechos relevantes del caso.

La accionante pretende a través de la acción de tutela que se le reconozca como beneficiaria de la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del causante. Seguros Bolívar ha asignado mitad de la pensión a los hijos del fallecido mientras que el pago del 50% restante se encuentra suspendido por simultaneidad de reclamaciones ya que, han pretenden este derecho como compañeras permanentes. otras dos mujeres, además de la accionante.

Teniendo en cuenta los hechos enunciados, pasa la Sala a analizar la procedencia de la acción de tutela:

7.2.2. Procedencia de la acción de tutela.

7.2.2.1 Alegación de afectación de un derecho fundamental.

Se alega la vulneración de los derechos a la dignidad humana, a la vida, a la integridad física y moral, a la igualdad ante la ley y a la tercera edad. Se trata

entonces de derechos fundamentales. Lo que la accionante denomina “derecho de la tercera edad” se refiere a la especial protección constitucional de la cual son titulares los adultos mayores.

7.2.2.2. Legitimación activa.

La acción de tutela es presentada por la señora Elsy Lucrecia Ereu actuando en su nombre.

7.2.2.3. Legitimación pasiva.

Seguros Bolívar es una entidad encargada de la prestación de un servicio público por lo tanto contra la misma también procede la interposición de la acción de tutela⁴⁷.

7.2.2.4. Inmediatez

Después de la muerte de su compañero el 29 de diciembre de 2009, la accionante envía una comunicación a la ARP Bolívar el 8 de noviembre de 2011 solicitando sus derechos como beneficiaria de la pensión de sobreviviente. La acción de tutela se presenta el 16 de octubre de 2012, es decir nueve meses después de recibir la respuesta de la entidad el 15 de enero de 2012, en la que se negaba la solicitud de la señora Ereu.

Nuevamente se reitera que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte en materia de inmediatez, cuando se trate de pensiones, la tutela es procedente porque se trata de prestaciones imprescriptibles y porque en estos casos la vulneración tiene el carácter de actual⁴⁸.

7.2.2.5. Subsidiaridad

En este caso la señora Ereu pretende que se le otorgue la pensión de sobreviviente a través de la acción de tutela sin haber interpuesto previamente ninguna acción ante la jurisdicción ordinaria.

Cabe reiterar que, para efectos de resolver controversias que se originan en torno a la reclamación de la pensión de sobreviviente, es necesario acudir en primer lugar a la jurisdicción laboral ordinaria interponiendo una acción para obtener la sustitución pensional y que no puede el juez constitucional invadir esta competencia a menos de que se evidencie la inminencia de un perjuicio irremediable o se trate de una persona de especial protección constitucional.

Para descartar pues la procedencia excepcional de la tutela, pasa la Sala a examinar los requisitos establecidos en estos casos.

⁴⁷ Numeral 2º, Art. 42 del Decreto Ley 2591 de 1991

⁴⁸ SIJ-1073 de 2012

La accionante afirma padecer “insuficiencia renal crónica estadio 4”, ocasionada por “lupus eritematoso sistémico” e hipotiroidismo y advierte que durante la vida de su compañero, ella aparecía como beneficiaria en la EPS Saludcoop con lo cual aseguraba un control continuo de sus enfermedades.

Ahora bien, la Sala encuentra que en el expediente de tutela, se adjuntan exámenes recientes referidos a la enfermedad de la accionante con lo cual se comprueba que a pesar de la ausencia de su compañero, sigue recibiendo atención médica y seguimiento a su condición. Incluso en el expediente consta una certificación de Saludcoop del 26 de octubre de 2012 en la que se refiere que la accionante se encuentra afiliada a dicha EPS⁴⁹.

Adicionalmente, y tal y como lo manifiesta en la acción de tutela, la señora Ereu cuenta con un trabajo que representa su medio de supervivencia, por lo cual no se encuentra en una situación precaria que amerite la concesión del amparo como medio transitorio. Tampoco adjuntó ninguna prueba que acredite la afectación de su mínimo vital.

De otro lado, no considera la Sala que la accionante se encuentre dentro del grupo de personas de la tercera edad y que por ende sea sujeto de especial protección constitucional puesto que de las pruebas aportadas en el expediente, se advierte que tiene 51 años, y por ende se encuentra en condiciones de seguir trabajando y valerse por sus propios medios, más aún si su trabajo consiste, como ella misma lo ha señalado, en vender artículos de revistas, lo cual no supone un esfuerzo físico que exceda sus capacidades.

7.2.3. Solución del caso.

El conflicto de intereses jurídicos que presentan la accionante y las señoras que igualmente reclaman haber convivido con el causante, debe ser resuelto de fondo por la jurisdicción ordinaria laboral.

En este sentido, la Sala advierte que la ARP Bolívar actuó correctamente al suspender el pago de la mitad de la pensión al existir simultaneidad de reclamaciones, hasta tanto la jurisdicción ordinaria no resolviera la controversia.

Por esta razón, se confirmará la decisión del Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías del Distrito Judicial de Arauca, que en sentencia del 30 de octubre de 2012 declaró improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Elcy Lucrecia Ereu.

7.3. Expediente T-3.721.892

7.3.1. Hechos relevantes del caso.

⁴⁹ Cuaderno Primero, Folio 117.

La accionante reclama a través de la acción de tutela que se le reconozca como beneficiaria de la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del causante, en igualdad de condiciones que la cónyuge del mismo. A pesar de reconocer la simultaneidad de la convivencia del fallecido con su cónyuge y con su compañera, la entidad accionada admitió como beneficiaria únicamente a la primera.

Teniendo en cuenta los hechos enunciados, pasa la Sala a examinar la procedencia de la acción de tutela:

7.3. Procedencia de la acción de tutela.

7.3.2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental.

Se alega la vulneración de los derechos a la seguridad social, a la salud, a la igualdad, al mínimo vital y a la pensión de sobreviviente.

7.3.2.2. Legitimación activa.

La acción de tutela es presentada por la señora Irene Peñuela Hernández actuando en su nombre.

7.3.2.3. Legitimación pasiva.

Los Patrimonios Autónomos de Fiduagraria y Fiduciaria la Previsora S.A son entidades que prestan un servicio público y por ende contra las mismas procede la interposición de la acción de tutela.

El Instituto de Seguros Sociales en liquidación y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, vinculados oficiosamente al proceso de tutela, son entidades encargadas de la prestación de un servicio público por lo tanto contra las mismas procede la interposición de la acción de tutela.

7.3.2.4. Inmediatez

De los hechos enunciados anteriormente, se desprende que la pensión de sobreviviente fue adjudicada a la cónyuge de causante mediante Res. N. 260 P del 7 de junio de 2006. Se interpuso recurso de reposición ante el Banco Cafetero que confirmó su decisión mediante Resolución 320 P de agosto 31 de 2006. El Seguro Social, a través de la Resolución 14959 del 10 de abril de 2007, concedió la sustitución de la pensión de vejez a la señora María del Carmen Flórez de Navarrete en calidad de cónyuge supérstite en un 50% y en la Resolución 53964 del 9 de noviembre de 2007, el 50% a la hija inválida de la accionante.

En el marco del proceso laboral ordinario, la accionante fue vinculada como litisconsorte, y presentó demanda el 19 de noviembre de 2010 ante el Juzgado 30 Laboral del Circuito. El proceso sigue en curso.

La acción de tutela se admitió en el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 29 de agosto de 2012.

Frente a las hechas reseñadas, la Sala considera que si bien las Resoluciones datan de hace algunos años, la accionante se ha mantenido activa en el curso del proceso. Además, tal y como se señaló arriba, la jurisprudencia de la Corte en materia de inmediatez ha establecido que, cuando se trate de pensiones, la tutela es procedente por el requisito de inmediatez porque se trata de prestaciones imprescriptibles y porque en estos casos la vulneración tiene el carácter de actual⁵⁰.

7.3.2.5. Subsidiaridad

En el presente caso, la Sala evidencia que la acción de tutela es procedente para la protección del derecho al mínimo vital, a la dignidad y a la igualdad de la accionante. En efecto, se trata de una solicitud de amparo que interpone una mujer 79 años, que no percibe pensión ni ingreso alguno y que sufre graves quebrantos de salud debido a su edad.

Por lo anterior, el debate sobre la definición de los beneficiarios de la pensión de sobreviviente y el porcentaje correspondiente, promovido por la hija inválida del causante que actualmente cursa ante la jurisdicción ordinaria para establecer el derecho sobre el 50 % de la pensión de sobreviviente, no excluye que por medio de la acción de tutela se proteja el derecho fundamental al mínimo vital, a la dignidad y a la igualdad de la accionante en su calidad de compañera permanente.

Contrario a la posición de los jueces de instancia, la jurisprudencia de la Corte⁵¹ ha reiterado la procedencia excepcional de la tutela cuando se trata de adultos mayores como sujetos de especial protección constitucional de acuerdo con el artículo 46 superior. Adicionalmente, resulta acorde con los principios y valores superiores de la Constitución y del Estado Social de Derecho, y con el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones para todas las personas, la protección constitucional de las personas que se hallan en condiciones de debilidad manifiesta⁵².

En aras de evitar un perjuicio irremediable, procederá entonces la Sala a examinar la posible vulneración de los derechos de la señora Peñuela.

7.3.3. Solución del caso.

⁵⁰ SU-1073 de 2012

⁵¹ T-1109 de 2004, T-456 de 2004, T-299 de 1997, entre muchas otras.

⁵² T-1109 de 2004.

Encuentra la Sala que, en este caso, el Banco Cafetero en liquidación y el Instituto de Seguro Social, decidieron asignar la pensión de sobrevivientes únicamente a la cónyuge del causante, excluyendo a la compañera permanente la cual demostró haber convivido con el mismo durante más de 45 años y hasta la fecha de su muerte ocurrida el 18 de diciembre de 2005.

Es de anotar que, como se señaló anteriormente, mediante sentencia C-1035 de 2008 se declaró exequible la expresión “*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*”, contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que, además de la esposa o esposo, también serían beneficiarios de la pensión de sobreviviente la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Sin embargo, las Resoluciones expedidas por las entidades accionadas son anteriores a la declaratoria de exequibilidad condicionada de la citada sentencia. De un lado, la Resolución 260 P del Banco Cafetero en liquidación fue expedida el 7 de junio de 2006⁵³ y fue confirmada mediante la Resolución 320 P del 31 de agosto de 2006. De otro lado, el Instituto de Seguro Social⁵⁴ expidió la Resolución n. 0014959 el 10 de abril de 2007 argumentando las mismas consideraciones del Banco Cafetero.

Si bien las Resoluciones del Banco Cafetero en Liquidación y del Instituto de Seguros Sociales fueron proferidas antes del condicionamiento introducido por la sentencia C-1035 de 2008, resultan abiertamente contrarias a la Constitución.

En efecto, la Carta Política de 1991 y las posteriores reformas establecidas por la Ley 797 de 2003 a la Ley 100 de 1993, tienen como fin proteger la familia como núcleo esencial de la sociedad sin atender el tipo de vínculo natural o jurídico que la origine. Por consiguiente, la asignación de la pensión de sobreviviente, debe ser el resultado del reconocimiento de la igualdad que existe y que ha sido reiterada por la jurisprudencia anteriormente reseñada, entre la cónyuge y la compañera permanente, lo cual responde a su vez a la protección que nuestro ordenamiento prevé para la familia.

La exclusión arbitraria de los compañeros (as) permanentes de la pensión de sobrevivientes no responde a ningún fin constitucionalmente válido y se constituye en un criterio sospechoso. En el expediente de la referencia, la accionante aporta numerosas pruebas que demuestran que esta convivió con su compañero hasta el día de su fallecimiento y que incluyen dos declaraciones extrajuicio, una declaración realizada por ella misma, y los

⁵³ Consta en el Cuaderno Principal, Folio 136 a 145.

⁵⁴ Consta en el Cuaderno Principal, Folios 159 a 163.

certificados de nacimiento de los cinco hijos que nacieron de la unión que mantuvo con el causante. Tal y como lo señala la sentencia T-566 de 1998, *“de lo que se trata en el momento de decidir acerca de una solicitud de sustitución pensional es de observar la situación real de vida en común de dos personas, dejando de lado los distintos requisitos formales que podrían imaginarse. Es por eso que la compañera permanente puede desplazar a la esposa”*. En este orden de ideas, exigencias que en la actualidad carecen de sentido y que resultan contrarias a la Constitución, no pueden constituirse en obstáculos para el reconocimiento de derechos.

La jurisprudencia ha reconocido la imposibilidad de perpetuar situaciones jurídicas contrarias a la Constitución consolidadas bajo un régimen que inicialmente las aceptaba. En la sentencia SU-1073 de 2012, la Corte consideró que los principios y garantías contenidas en la Constitución son también predicables a situaciones jurídicas consolidadas bajo el amparo de la Constitución anterior, pero cuyos efectos se proyectan con posterioridad a la expedición de la nueva normatividad, especialmente cuando se está en presencia de prestaciones periódicas, acorde con lo cual, se ha dispuesto la aplicación de sus decisiones a situaciones pensionales consolidadas. Igualmente, la sentencia C-309 de 1996, estableció que frente a una inequidad de trato, *“la Corte no tiene alternativa distinta a la de entrar en el fondo y declarar, por los motivos expresados, la inexequibilidad del precepto acusado, pues lo contrario equivaldría a aceptar que la arbitrariedad tiene derecho a subsistir a perpetuidad. La seguridad jurídica en ocasiones obliga, en aras de la pacífica convivencia, a convenir en la consolidación de ciertas situaciones, así se tema que ello implique el sacrificio de algunas pretensiones de justicia. Sin embargo, dicha seguridad arriesga ver pervertido su sentido si a ella se apela para cubrir bajo su manto el resultado manifiestamente inicuo de una disposición derogada que, pese a ello, impide a las personas afectadas aspirar a la nueva disciplina legal que hacía el futuro suprime la afrenta a los derechos fundamentales”*. Además de las citadas providencias, existe una larga jurisprudencia dirigida a proteger los derechos fundamentales aún en situaciones consolidadas antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991⁵⁵.

Teniendo en cuenta el precedente citado, es claro que, si la Corte ha establecido la inconstitucionalidad de situaciones que a pesar de haberse consolidado bajo la Constitución Política anterior, siguen produciendo efectos que se proyectan en el futuro generando el desconocimiento de derechos fundamentales, con mayor razón se puede declarar contrario a las normas superiores, el que situaciones consolidadas bajo la actual Constitución que protege la familia, independientemente del vínculo que la origine, sigan manteniéndose al amparo de disposiciones legales que establecían diferencias entre el cónyuge y los compañeros (as) permanentes, declaradas posteriormente inconstitucionales por la Corte⁵⁶.

⁵⁵ C-482 de 1998, C-1126 de 2004

⁵⁶ Ver por ejemplo la sentencia T-558 de 2000 en la que se ampara el derecho a la pensión de sobreviviente de un joven cuyo derecho se consolidó mediante el Decreto 3041 de 1966. Dicho Decreto fue posteriormente

Por lo anterior, y con el fin de remediar la situación que está desconociendo el derecho al mínimo vital, a la dignidad y a la igualdad de la accionante, la Sala revocará la sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la decisión proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, declarando improcedente la acción de tutela. En su lugar, concederá la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección de los derechos a la seguridad social, a la salud, a la igualdad, al mínimo vital y a la pensión de sobreviviente de la señora Irene Peñuela Hernández hasta tanto la jurisdicción ordinaria resuelva la controversia planteada por la simultaneidad de reclamaciones. En este sentido, ordenará a las entidades accionadas proferir una nueva Resolución en la que se reconozca la mitad de la pensión de sobreviviente correspondiente a la cónyuge y a la compañera permanente, es decir, el 25 % de la mesada, a la señora Irene Peñuela Hernández, teniendo en cuenta que el 50 % de la pensión se encuentra suspendida hasta tanto la jurisdicción ordinaria no decida sobre el derecho que le asiste a la hija inválida del causante.

7.4. Expediente T-3.750.653

7.4.1. Hechos relevantes del caso.

La accionante pretende a través de la acción de tutela, que se revoque la suspensión del pago de la pensión de sobreviviente la cual le fue concedida en calidad de compañera permanente del causante. La entidad accionada suspendió el pago luego de que la cónyuge del fallecido interpusiera una acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción ordinaria.

Teniendo en cuenta los hechos enunciados, pasa la Sala a analizar la procedencia de la acción de tutela.

7.4.1. Procedencia de la acción de tutela.

7.4.2.1 Alegación de afectación de un derecho fundamental.

Se alega la vulneración de los derechos a debido proceso, el respeto de la dignidad humana, los fines esenciales del Estado (art. 2º), y el principio de buena fe.

7.4.2.2. Legitimación activa.

La acción de tutela es presentada por la señora Martha Magdalena Guevara Rodríguez actuando en su nombre.

7.4.2.3. Legitimación pasiva.

derogado y la Corte decidió proteger el derecho del accionante no obstante este se hubiera consolidado bajo el régimen anterior.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que se rige por las normas orgánicas del Decreto Ley 2342 de 1971, Decreto Ley 2002 de 1984, Ley 489 de 1998 y por las disposiciones de su estatuto interno (Acuerdo No. 008 del 31 de octubre de 2002)⁵⁷, y administra recursos públicos destinados al pago de prestaciones sociales, por lo tanto puede ser demandado en una acción de tutela de acuerdo con el art. 5 del Decreto 2591 de 1991.

7.4.2.4. Inmediatez

La suspensión del pago de la pensión de sobreviviente ocurrió después de que el Juzgado Administrativo del Circuito de Bogotá notificara a la CREMIL sobre la admisión de la demanda instaurada por la señora Lucy Vidal se Scarpetta el 28 de diciembre de 2011. Por su parte, la tutela fue repartida al Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá el 1º de octubre de 2012. Si bien no se conoce la fecha exacta de suspensión de la mesada, se desprende de lo anterior que solo transcurrieron algunos meses entre la suspensión y la interposición de la acción de tutela, razón por la cual la el recurso es procedente en relación con el requisito de la inmediatez.

Sin embargo cabe reiterar que la jurisprudencia de la Corte en materia de inmediatez ha establecido que, cuando se trate de pensiones, la tutela es procedente por el requisito de inmediatez porque se trata de prestaciones imprescriptibles y porque en estos casos la vulneración tiene el carácter de actual⁵⁸.

7.4.2.5. Subsidiaridad

Encuentra la Sala que, en el presente caso, la accionante interpone la acción de tutela con el fin de que se revoque la suspensión del pago de la pensión de sobreviviente que le fue adjudicada en calidad de compañera permanente del señor Sargento Viceprimer de la Fuerza Aérea Colombiana, Luis Martín Scarpetta Cepeda.

Sin embargo, se advierte que no es la tutela el recurso idóneo en la situación particular que se examina por las siguientes consideraciones.

En primer lugar, cursa en la jurisdicción ordinaria una acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la cónyuge del causante en contra de la Resolución que asignó la pensión de sobreviviente a la accionante.

⁵⁷ <http://www.cremil.gov.co/?idcategoria=26>

⁵⁸ SU-1073 de 2012

Como se señaló arriba, cuando se plantean controversias en torno a la titularidad de la pensión de sobreviviente, la Ley 1204 de 2008⁵⁹ y la jurisprudencia han dispuesto que debe suspenderse el pago de la prestación hasta tanto la jurisdicción ordinaria no dirima el asunto.

Existiendo entonces un proceso en curso ante la jurisdicción contencioso administrativa, no corresponde al juez de tutela resolver la citada controversia.

Sobre la posible inminencia de un perjuicio irremediable, la Sala estima que no se aportaron pruebas por parte de la accionante sobre una particular situación económica o de salud que la ponga en una situación de especial vulnerabilidad. En ese orden de ideas, no se trata de un sujeto de especial protección constitucional, ni se comprobó a lo largo del proceso que su situación fuera de una precariedad tal que ameritara el amparo constitucional.

7.4.3. Solución del caso.

Al encontrarse en curso una acción ante la jurisdicción ordinaria sobre la validez de la resolución que confirió la pensión de sobreviviente a la accionante, no corresponde al juez de tutela ordenar la revocación de la suspensión de la mesada pensional, considerando además que la suspensión está permitida en este tipo de eventos.

Por estas razones, la Sala confirmará la decisión de única instancia proferida por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá y negará la tutela por improcedente.

7. Razón de la decisión.

7.1. Síntesis del caso.

En los casos descritos, mujeres que alegan ostentar la calidad de compañeras permanentes de un causante, interponen acciones de tutela para que le sea reconocido su derecho a la pensión de sobreviviente. Los jueces de instancia

⁵⁹ ARTÍCULO 60. *DEFINICIÓN DEL DERECHO A SUSTITUCIÓN PENSIONAL EN CASO DE CONTROVERSIA.* En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera:

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

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

niegan el amparo por considerar que existen mecanismos alternativos efectivos y que la acción de tutela no es procedente por subsidiariedad.

7.2. Regla de la decisión.

7.2.1. En caso de controversia en la reclamación de la pensión de sobreviviente por parte de uno (a) o más compañeros (as) permanentes, o entre cónyuges y compañeros (as) permanentes, que aleguen convivencia simultánea hasta la muerte del causante, o en los eventos de controversias entre compañeros (as) permanentes y cónyuge que no convivía con el fallecido pero con el cual mantenía sociedad conyugal vigente, será el juez de la jurisdicción ordinaria laboral el competente para dirimir este tipo de conflictos y establecer quiénes son los beneficiarios determinando los porcentajes de la pensión de sobrevivientes correspondientes.

7.2.2. Cuando exista una resolución que adjudique la pensión de sobrevivientes solo a determinados beneficiarios excluyendo a uno o más compañeros (as) permanentes que hayan vivido con el causante y que consideren que también tienen derecho a esta prestación, se deberán interponer las acciones correspondientes ante la jurisdicción ordinaria para dejar sin efectos el acto que reconoce la pensión.

7.2.3. La acción de tutela podrá concederse como mecanismo transitorio de protección para proteger el derecho a la igualdad, a la vida digna y al mínimo vital del accionante cuando se compruebe la inminencia de un perjuicio irremediable o cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional.

7.2.4. La Constitución de 1991 protege a la familia como núcleo esencial de la sociedad sin establecer privilegios en razón del vínculo jurídico o natural que la origine. En este orden de ideas, resultan contrarias a la Constitución las actuaciones de las autoridades que establezcan diferencias y tratos discriminatorios entre cónyuge y compañeros (as) permanentes con fundamento en normas que posteriormente hayan sido declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia del 19 de septiembre de 2012, proferida por el Consejo Superior de la Judicatura que confirmó el fallo 10 de agosto de 2012 del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional

Disciplinaria, en la que se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora María Yamile Fierro.

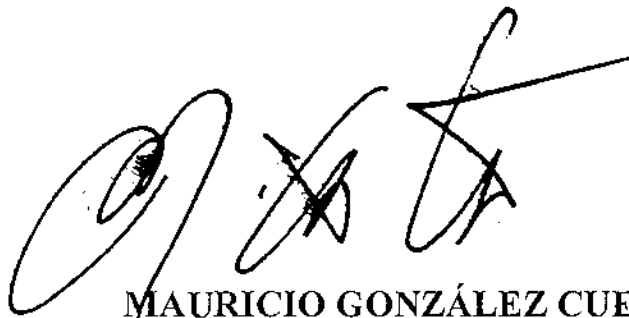
Segundo: CONFIRMAR la sentencia de única instancia proferida el 30 de octubre de 2012 por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías del Distrito Judicial de Arauca, que negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Elsy Lucrecia Ereu.

Tercero: REVOCAR la sentencia del 22 de octubre de 2012 del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, que confirmó al providencia del 11 de septiembre de 2012 proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá. En su lugar CONCEDER la acción de tutela interpuesta por la señora Irene Peñuela Hernández como mecanismo transitorio de protección de sus derechos a la seguridad social, a la salud, a la igualdad, al mínimo vital y a la pensión de sobreviviente. En consecuencia ORDENAR a los Patrimonios Autónomos de Fiduagraria y Fiduciaria la Previsora, al Instituto de Seguro Social en Liquidación y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, profirieran una nueva Resolución en la que se reconozca la mitad de la pensión de sobreviviente correspondiente a la cónyuge y a la compañera permanente, es decir, el 25 % de la mesada, a la señora Irene Peñuela Hernández, teniendo en cuenta que el 50 % de la pensión se encuentra suspendida hasta tanto la jurisdicción ordinaria no decida sobre el derecho que le asiste a la hija inválida del causante.

Cuarto: CONFIRMAR la decisión de única instancia proferida el 16 de octubre de 2012 por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá en la que se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Martha Magdalena Guevara.

Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

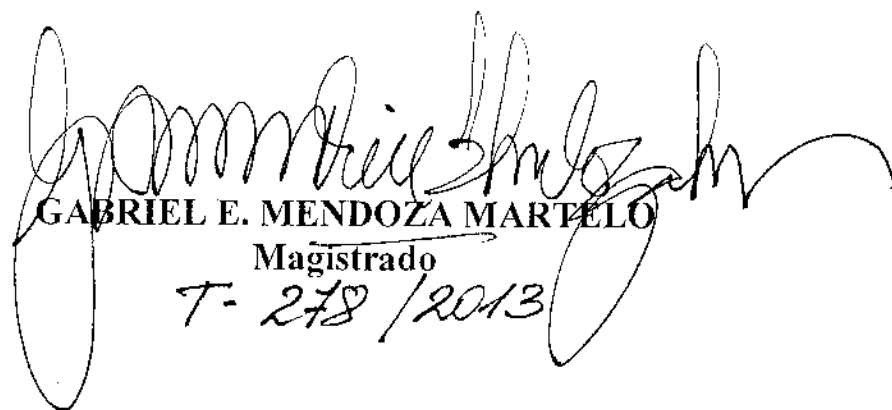
Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.



MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado Ponente



LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado



GABRIEL E. MENDOZA MARTELO
Magistrado
T- 278 / 2013



MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General
SENCUCLA T- 278/13