COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/155/18

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/155/18
Expediente	—
Fecha	2018-04-24
Sala	Sala Octava de Revisión
Magistrado ponente	JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS En
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Para Reclamar El Reconocimiento Y Pago De Derechos Pensionales
- Indemnizacion Sustitutiva De Pension De Sobrevivientes
- Retrospectividad En Pensiones
- Derecho A La Indemnizacion Sustitutiva De Pension De Sobrevivientes

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Acción de tutela procede excepcionalmente para obtener el reconocimiento y pago de una pensión cuando se demuestra que: (i) los medios judiciales no son idóneos ni eficaces para lograr la protección inmediata e integral de los

Texto completo

T-155-18 Sentencia T-155/18 ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES- Reglas jurisprudenciales para la procedencia La acción de tutela procede excepcionalmente para obtener el reconocimiento y pago de una pensión cuando se demuestra que: (i) los medios judiciales no son idóneos ni eficaces para lograr la protección inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados , (ii) el no reconocimiento y pago de la prestación, afecta los derechos fundamentales del solicitante, en particular de su derecho al mínimo vital y, (iii) el interesado ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos .

DERECHO DE PETICION EN MATERIA PENSIONAL- Términos para resolver Conforme con las normas y la jurisprudencia constitucional se tiene que: (i) Dentro de los quince (15) días siguientes a la interposición de una solicitud pensional, la administradora debe informar al peticionario sobre el estado en el que se encuentra su trámite, las razones por las cuales ha demorado la respuesta y la fecha en la que responderá de fondo sus inquietudes; (ii) Las solicitudes pensionales deben resolverse en un término no mayor a cuatro (4) meses, contados a partir de la presentación de la petición; (iii) Los fondos de pensiones cuentan con seis (6) meses, a partir de la solicitud, para adoptar todas las medidas necesarias que faciliten el pago efectivo de mesadas pensionales; (iv) La entidad debe emitir un pronunciamiento de fondo, es decir, que las solicitudes se resuelvan materialmente y, además, notificarlas al peticionario .

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE SOBREVIVIENTES- Finalidad INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE SOBREVIVIENTES- Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad Las personas que no reúnan el requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez, invalidez o sobreviviente, tienen derecho al

reconocimiento de la indemnización sustitutiva, prestación que podrá ser reclamada en cualquier tiempo, dado su carácter imprescriptible.

RETROSPECTIVIDAD EN PENSIONES- Aplicación de la ley 100 de 1993 Es admisible la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, en atención al principio de favorabilidad, cuando los efectos jurídicos del acto no se hayan consolidado al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones y las consecuencias legales sigan vigentes a la fecha.

DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE SOBREVIVIENTES- Vulneración por cuanto entidad negó reconocimiento porque el causante sólo cotizó antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE SOBREVIVIENTES- Aplicación retrospectiva del art. 49 de la ley 100 de 1993 DERECHO A LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE SOBREVIVIENTES- Orden de reconocer y pagar indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho la accionante en calidad de cónyuge supérstite Referencia: Expediente T-6.542.638 Acción de tutela instaurada por María Mercedes Rodríguez de Buitrago contra el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP−.

Magistrado Ponente: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil dieciocho (2018). La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto Estatutario 2591 de 1991, profiere la siguiente SENTENCIA Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que “ rechazó por improcedente ” la acción de tutela instaurada por María Mercedes Rodríguez de Buitrago contra el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP−.

I. ANTECEDENTES El 11 de octubre de 2017, la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago presentó acción de tutela contra el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones –en adelante FONCEP−, por considerar que el no responderle la solicitud presentada el 23 de mayo de 2017 y negarle el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente vulnera sus derechos fundamentales de petición, mínimo vital, igualdad, dignidad y seguridad social.

Para fundamentar la solicitud, señaló los siguientes Hechos [1] 1. Manifestó que es una persona de 96 años, sin pensión, afiliada al Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales−Sisbén− y con afecciones de salud que le impiden laborar para su sostenimiento.

2. Señaló que contrajo matrimonio el 12 de junio de 1944 con Flaminio Buitrago Rodríguez, con quien convivió hasta su fallecimiento; el 7 de diciembre de 1984.

2. Adujo que su cónyuge laboró para la “ Lotería de Bogotá ” desde el 15 de marzo de 1968 hasta el 31 de marzo de 1978; posteriormente, sostuvo relación laboral con el Instituto Distrital de Recreación y Deporte de Bogotá a partir del 1° de abril de 1978 hasta el 7 de diciembre de 1984. Es decir, trabajó 16 años, 9 meses y 3 días de manera ininterrumpida.

3. Indicó que, a través de Resolución No. 2200 del 31 de diciembre de 1985, la Caja de Previsión Social de Bogotá Distrito Especial –hoy FONCEP- reconoció el pagó del 50% de un seguro de vida y además, negó la sustitución pensional porque el causante no tenía 20 años de servicios, conforme con lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, para acceder a la pensión de jubilación.

4. Mencionó que el 5 de noviembre de 2010 solicitó al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP− el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su esposo.

5. Aseveró que, mediante Resolución N° 0328 del 14 de febrero de 2010, el FONCEP decidió no reconocer la prestación bajo el argumento de que a la fecha de fallecimiento del señor Flaminio Buitrago Rodríguez el Sistema General de Pensiones no había entrado en vigencia.

6. Sostuvo que el 7 marzo de 2011 presentó recurso de reposición contra la anterior decisión; sin embargo, la entidad accionada la confirmó a través de Resolución N° 0814 del 19 de abril de 2011.

7. Expuso que el 18 de agosto de 2011 presentó acción de tutela contra el FONCEP solicitando el pago y reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente; no obstante, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá declaró su improcedencia porque no cumplió con el requisito de subsidiariedad.

8. Con fundamento en lo anterior, acudió a la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pero el Juzgado 56 Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., declaró la caducidad de la demanda, en providencia del 29 de marzo de 2016.

9. Expresó que el 23 de mayo de 2017 radicó, por segunda vez, escrito de petición ante el FONCEP, con el fin de que le reconocieran la prestación, argumentando ser un sujeto de especial protección constitucional, dado que cuenta con 96 años de edad, pertenece al nivel II del Sisbén y padece de tuberculosis pulmonar [2] , Anemia por deficiencia de vitamina B12 [3] y neumonía por humo leña − ACV lacunar − .

No obstante, a la fecha de interposición de la presente acción de tutela, esto es, 11 de octubre de 2017, no le han dado respuesta. Solicitud de tutela 10. Con fundamento en los hechos expuestos, solicitó el amparo de los derechos fundamentales de petición, mínimo vital, igualdad, dignidad y seguridad social y, en consecuencia, se ordene al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP− “ que de manera inmediata proceda a revocar las resoluciones N° 0328 del 14/02/2011 y 014 de 19/04/2011 y en su defecto se proceda a reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 ” [4] .

Traslado y contestación de la demanda 11. Mediante auto del 12 de octubre de 2017, el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. admitió la acción de tutela y requirió al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP− para que dentro del término de un (1) día se pronunciara respecto de los hechos u omisiones que dieron origen a la misma [5] .

12. El 19 de octubre de 2017, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del FONCEP solicitó negar las pretensiones con fundamento en que la accionante no ha allegado los documentos requeridos mediante oficio EE-03076-201707794-SIGEF Id: 145420 del 24 de mayo de 2017 [6] , para dar trámite a la solicitud radicada el 23 de mayo de la misma anualidad.

De otro lado, señaló que la acción es improcedente por ausencia del requisito de inmediatez, puesto que entre los hechos que originaron la amenaza del derecho y la interposición de la acción de tutela transcurrieron más de veinte (20) años. Además, la accionante puede estar incursa en temeridad, ya que en anterior acción de tutela invocó las mismas pretensiones contra la entidad hoy accionada.

Pruebas aportadas al proceso 13. Las pruebas que obran en el expediente corresponden a las copias de los documentos que a continuación se relacionan:

- Historia clínica de la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago, donde consta, que la accionante padece de tuberculosis pulmonar, Anemia por deficiencia de vitamina B12, neumonía por humo leña y ACV lacunar [7] .

- Cédula de ciudadanía de la accionante, quien nació el 24 de septiembre de 1921 [8] . - Resolución N° 0814 del 19 de abril de 2011, por medio de la cual FONCEP resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 0328 del 14 de febrero de 2014 que negó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente [9] .

- Sentencia del 18 de agosto de 2011, emitida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró improcedente la acción de tutela, por no cumplir con el requisito de subsidiariedad [10] .

- Certificación expedida por el Patrimonio Autónomo Buen Futuro [11] , en la que se informa que el señor Flaminio Buitrago Rodríguez no se encuentra pensionado [12] .

- Consulta del SISBEN, donde se evidencia que la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago tiene un puntaje de 40,81% [13] . - Certificado expedido por el Seguro Social, en el que consta que a la fecha, 9 de noviembre de 2010 , el señor Flaminio Buitrago Rodríguez, no percibe pensión alguna por parte de esa entidad [14] .

- Derecho de petición presentado el 23 de mayo de 2017 por la señora María Mercedes Rodríguez ante FONCEP, en el que solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por el fallecimiento de su esposo [15] .

Decisión objeto de revisión 14. El 26 de octubre de 2017, el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió declarar improcedente el amparo de los derechos invocados, al considerar que “en efecto la entidad accionada no vulneró los derechos fundamentales de la parte actora, pues (…) no es posible reconocerle la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, dado que el deceso del señor FLAMINIO BUITRAGO ocurrió con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (…)”.

La decisión no fue impugnada. II. TRAMITE SURTIDO EN SEDE DE REVISIÓN Selección del expediente de tutela 15. Mediante auto del 26 de enero de 2018 se seleccionó [16] la acción de tutela de la referencia en aplicación al criterio subjetivo relacionado con la “ urgencia de proteger un derecho fundamental ”.

Decreto de pruebas 16. En ejercicio de las competencias constitucionales y legales, en especial las que confiere el Reglamento Interno (Acuerdo 02 del 22 de julio de 2015), mediante auto del 1° de marzo de 2018 [17] , el Magistrado Ponente decretó las siguientes pruebas: (i) solicitar al FONCEP que informara los periodos de cotización reportados por el señor Flaminio Buitrago Rodríguez y allegara copia de los actos administrativos por medio de los cuales se negó la prestación, y de la Resolución N° 2200 del 31 de diciembre de 1985 emitida por la Caja de Previsión Social de Bogotá; (ii) a la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago se le pidió que remitiera copia de los registros civiles de matrimonio y defunción del señor Buitrago Rodríguez; y (iii) solicitar al Juzgado 12 Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá que enviara copia del fallo emitido en el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

17. El 23 de marzo de 2018, la Secretaria General de la Corte Constitucional informó que se recibieron las siguientes comunicaciones: - Oficio EE-00153-201804046-SIGEF del 6 de marzo de 2018, suscrito por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del FONCEP a través de cual informó que el señor Flaminio Buitrago Rodríguez aportó para pensión a la Caja de Previsión Social de Bogotá 6.025 días, en el periodo comprendido entre el 15 de marzo de 1968 y el 8 de diciembre de 1984. Además, allegó copias de las resoluciones (i) Nº 0328 del 14 de febrero de 2011 [18] ; (ii) Nº 0814 del 19 de abril de 2011 [19] , y (iii) Nº 2200 del 31 de diciembre de 1985, proferida por la Caja de Previsión Social de Bogotá [20] .

- Escrito firmado por la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago por medio del cual anexó copia del Registro Civil de matrimonio con el causante, celebrado el 12 de junio de 1944 [21] , y de la partida de defunción del señor Flaminio Buitrago Rodríguez, ocurrido el 7 de diciembre de 1984 [22] .

- La Secretaría del Juzgado 56 Administrativo de Bogotá, en Oficio J-056-2018-345 del 15 de marzo de 2018, remitió el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Nº 2014-00348-00 en un cuaderno de 89 folios y 2 CD's. Allí se observa la siguiente actuación:

La demanda se repartió el 26 de mayo de 2014 y fue admitida el 16 de octubre del mismo año por el Juzgado 12 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá D.C., Sección Segunda. Posterior a ello, se remitió el expediente a la Oficina de Apoyo, con fundamento en el Acuerdo N° CSBTA15-382 del 4 de febrero de 2015 del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá [23] y fue reasignado al Juzgado 17 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, despacho que fue extinguido, razón por la cual, el proceso se asignó al Juzgado 56 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.

En audiencia del 29 de marzo de 2016, la Juez 56 Administrativa del Circuito de Bogotá declaró la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento al encontrar que, conforme con el literal d, numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [24] , el acto administrativo demandado fue notificado el 6 de mayo de 2011 y la demanda fue presentada el 26 de mayo de 2014, esto es, por fuera del termino establecido en la ley.

18. A través de auto del 8 de marzo de 2018 [25] , el Magistrado Ponente ordenó vincular al Juzgado 12 Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, al observar que dicha autoridad conoció inicialmente la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y oficiar al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP− para que informara, de manera clara y detallada "la importancia y necesidad de los documentos que fueron requeridos a la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago, mediante escrito EE-03076-201707794-SIGEF Id: 145420".

19. El 9 de abril de 2018, la Secretaría General de la Corte Constitucional, comunicó que se recibieron los siguientes escritos: - Oficio EE-00298-201804772-SIGEF del 20 de marzo de 2018, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del FONCEP, en el que expone que " la documentación que se solicitó a la interesada, obedece al cumplimiento de la carga probatoria para que se pueda acreditar el fallecimiento del causante, edad de la beneficiaria, parentesco, tiempos de servicios y extremos de convivencia; que le permitan a la entidad resolver de fondo y tener certeza en el cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho prestacional " [26] .

- Escrito del 16 de marzo de 2018 remitido por la accionante, en el que informa que los documentos solicitados por el FONCEP " los he radicado en más de 5 oportunidades en originales o copias (…)" [27] .

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Competencia 20. Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Planteamiento del caso 21. La señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago interpuso acción de tutela contra el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP− al considerar vulnerados sus derechos fundamentales de petición, mínimo vital, igualdad, dignidad y seguridad social , ante la omisión de responder el derecho de petición y la negativa de reconocerle y pagarle la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente.

Expuso que la entidad accionada negó la indemnización porque esta figura no existía al momento del fallecimiento del señor Flaminio Buitrago Rodríguez . No obstante, al considerar que tiene derecho al reconocimiento y pago de dicha prestación social, el 23 de mayo de 2017 presentó otra solicitud, la cual no se ha respondido.

22. Por su parte, el FONCEP solicitó declarar improcedente la acción de tutela porque (i) existe temeridad, toda vez que la accionante ya había invocado aquellas pretensiones y los sujetos procesales son los mismos de la anterior tutela;

(ii) a la fecha, la peticionaria no ha allegado los documentos requeridos por la entidad para dar trámite a la solicitud radicada el 23 de mayo de 2017; y (iii) no se cumple con el requisito de inmediatez, puesto que, entre los hechos que originaron la amenaza del derecho y la interposición de la acción de tutela, transcurrieron más de veinte (20) años.

23. El 26 de octubre de 2017, el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá declaró improcedente el amparo de los derechos invocados por la accionante al considerar que en este caso no se configuró el derecho a la indemnización sustitutiva reclamada, debido a que el causante falleció con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Problema Jurídico 24. De acuerdo con la situación fáctica planteada y la decisión de instancia, corresponde a la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿ El Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP− vulneró el derecho petición y, en consecuencia, las garantías constitucionales al mínimo vital, a la igualdad, a la dignidad y a la seguridad social de la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago al no emitir una respuesta oportuna, clara y de fondo a la solicitud presentada el 23 de mayo de 2017 ? ¿La accionante tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, prevista en la Ley 100 de 1993, con ocasión del fallecimiento de su esposo ocurrido antes de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones? 25.

Para dar respuesta a los problemas planteados, la Sala procederá a reiterar la jurisprudencia constitucional relacionada con: (i) la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales ; (ii) el derecho fundamental de petición en materia pensional; (iii) la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, y (iv) Posteriormente, estudiará (v) el caso concreto.

La procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales 26. El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario al que pueden acudir las personas, por sí mismas o por quien actúe a su nombre, cuando consideren vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular. Empero, el inciso 3° de la norma establece que “ esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable ”.

27. En cuanto a esa característica de subsidiariedad, la Corte Constitucional, en sentencia T-237 de 2015, sostuvo [28] que “(…) el carácter residual de este especial mecanismo obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias establecido por la constitución a las diferentes autoridades y que se fundamenta en los principios de autonomía e independencia judicial ”.

No obstante, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales, presuntamente vulnerados, este Tribunal ha establecido dos (2) excepciones al principio de subsidiariedad, como se pasará a exponer.

La primera relacionada con la falta de idoneidad y eficacia de los medios ordinarios de defensa judicial. En este evento, las acciones judiciales no absuelven el conflicto en su dimensión constitucional y no ofrecen una solución pronta [29] . En palabras de esta Corporación se dijo que “ el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte Constitucional a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal ” [30] .

Así mismo, en sentencia T- 725 de 2014, la Sala Primera de Revisión consideró que: “La determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios, por su parte, no debe obedecer a un análisis abstracto y general [31] . Es competencia del juez constitucional determinar la funcionalidad de tales mecanismos a la luz del caso concreto y de la situación del accionante para determinar si ellos, realmente, permiten asegurar la protección efectiva del derecho cuyo amparo se pretende [32] . Es decir, si dichos medios de defensa ofrecen la misma protección que el juez constitucional

podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela y si su puesta en ejecución no generaría una lesión mayor de los derechos del afectado [33] ”.

De esta manera, corresponde al juez de tutela, atendiendo las circunstancias fácticas del peticionario, determinar si los procedimientos judiciales brindan una solución clara, definitiva, precisa y oportuna a la Litis objeto de discusión y, en este sentido, otorgan una protección eficaz a los derechos invocados [34] .

En caso de encontrar que estos mecanismos no son idóneos ni eficaces, la acción de tutela procederá de forma definitiva. La segunda, cuando la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El inciso tercero del artículo 86 superior y el artículo 6° del Decreto Estatutario 2591 de 1991 establecen que pese a la existencia de medios de defensa judicial, la acción de tutela procede de manera excepcional cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

28. En desarrollo de estos preceptos, la jurisprudencia constitucional [35] ha señalado que el perjuicio irremediable se estructura cuando: (i) la amenaza esta por suceder prontamente, es decir, que es inminente [36] ; (ii) el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea grave [37] ; (iii) se requieran medidas urgentes para conjurar el perjuicio irremediable, [38] y (iv) la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar un adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad [39] .

29. De otro lado, la Corte ha referido que, en aquellos casos, en los que el solicitante fuese sujeto de especial protección constitucional, el estudio de procedibilidad se vuelve menos riguroso, debido al estado de debilidad en el que se encuentra [40] y, en consecuencia, corresponde al juez de tutela actuar “(…) de manera especialmente diligente, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protectivo, que refleje la intención del Constituyente y busque preservar, ante todo, el goce de sus derechos fundamentales” [41] .

Sobre el particular, en sentencia T-463 de 2017, esta Corporación reiteró que “los medios de defensa con los que cuentan los sujetos de especial protección constitucional se presumen inidóneos. Sin embargo, en cada caso, la condición de vulnerabilidad (persona de la tercera edad, niño o niña, persona en situación de discapacidad, etc.), debe ser analizada por el juez de tal forma que lo lleve a considerar que efectivamente, por sus características, en esa circunstancia en particular, se encuentra en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones ”.

30. Atendiendo las excepciones al principio de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela para conocer de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones sociales , cuando éstas comprometen el núcleo esencial del derecho fundamental al mínimo vital [42] .

En sentencia T- 480 de 2017, este Tribunal sostuvo que la procedencia de la tutela para el reconocimiento de prestaciones económicas puede presentarse como mecanismo definitivo, cuando el solicitante no disponga de otro medio de defensa judicial o, existiendo, carece de idoneidad o eficacia, o como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable [43] , en cuyo caso, la protección se extenderá hasta que se profiera una decisión definitiva por el juez ordinario.

31. En suma, la acción de tutela procede excepcionalmente para obtener el reconocimiento y pago de una pensión cuando se demuestra que: (i) los medios judiciales no son idóneos ni eficaces para lograr la protección inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados [44] , (ii) el no reconocimiento y pago de la prestación, afecta los derechos fundamentales del solicitante, en particular de su derecho al mínimo vital [45] y, (iii) el interesado ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos [46] .

Derecho de petición en materia pensional 32. La Constitución Política de 1991, en el artículo 23, reconoce el derecho de toda persona a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener

pronta resolución.

La Corte ha reiterado en diversas ocasiones que este derecho fundamental es indispensable para lograr los fines del Estado contenidos en el artículo 2º de la Carta, " como lo son el servicio a la comunidad, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan y para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas [47] .

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho de petición se satisface si concurren los elementos esenciales como " (i) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta debe ser pronta y oportuna, es decir, la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, que debe ser lo más corto posible [48] , así como clara, precisa y de fondo o material, que supone que la autoridad competente se pronuncie sobre la materia propia de la solicitud y de manera completa y congruente, es decir sin evasivas, respecto a todos y cada uno de los asuntos planteados, y (iii) la pronta comunicación de lo decidido al peticionario, independiente de que la respuesta sea favorable o no, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido [49] ".

El derecho de petición aparecía regulado en el Decreto 01 de 1984 hasta la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011); no obstante, el título que lo regulaba fue declarado inexequible a través de sentencia C-818 de 2011, debiendo el legislador expedir la Ley Estatutaria 1755 de 2015, la cual lo disciplina en la actualidad.

33. En cuanto a las solicitudes relacionadas con el derecho a la pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia, el artículo 19 del Decreto 656 de 1994 establece que deberán decidirse en un plazo máximo de cuatro (4) meses.

De igual manera, el artículo 4° de la Ley 700 de 2001 prevé que los operadores públicos y privados del Sistema General de Pensiones y Cesantías contarán con un plazo no mayor a seis (6) meses, a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado, para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes, so pena de incurrir en una mala conducta y, en consecuencia, responder solidariamente en el pago de la indemnización moratoria a que haya lugar si el afiliado ha debido recurrir a los tribunales para el reconocimiento de su pensión o cesantía y el pago de costas judiciales.

Por su parte, la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 14, dispone que " salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción ".

34. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-238 de 2017 [50] , sostuvo que " las autoridades ante las que se interponga una solicitud de carácter pensional, en principio, deben resolver la misma dentro de los quince días hábiles siguientes a su interposición. Salvo que se trate de una petición elevada ante la extinta Cajanal, ahora la UGPP [51] , en cuyo caso el término para resolver es de 4 meses o que se refiera al trámite efectivo para el reconocimiento y pago de una mesada pensional, caso en el cual, la administradora de pensiones cuenta con 6 meses a partir del momento en que se radique la solicitud para realizar las diligencias necesarias tendientes al pago de la mesada " [52] .

Conforme con las normas previamente señaladas y la jurisprudencia constitucional se tiene que: (i) Dentro de los quince (15) días siguientes a la interposición de una solicitud pensional, la administradora debe informar al peticionario sobre el estado en el que se encuentra su trámite, las razones por las cuales ha demorado la respuesta y la fecha en la que responderá de fondo sus inquietudes [53] .

(ii) Las solicitudes pensionales deben resolverse en un término no mayor a cuatro (4) meses, contados a partir de la presentación de la petición [54] .

(ii) Los fondos de pensiones cuentan con seis (6) meses, a partir de la solicitud, para adoptar todas las medidas necesarias que faciliten el pago efectivo de mesadas pensionales [55] .

(iii) La entidad debe emitir un pronunciamiento de fondo, es decir, que las solicitudes se resuelvan materialmente y, además, notificarlas al peticionario [56] .

35. En síntesis, todas las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas a las entidades encargadas de reconocer prestaciones sociales y a recibir una respuesta en los términos establecidos por la ley y la jurisprudencia constitucional, esto es, a obtener respuesta oportuna y de fondo.

La indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente 36. El derecho fundamental a la Seguridad Social es irrenunciable, según el artículo 48 de la Constitución Política y debe garantizarse a " todos los habitantes " del territorio nacional. Se trata de un derecho que igualmente ha sido consagrado en diversos instrumentos internacionales [57] con el objetivo de amparar a quienes afrontan las consecuencias de la invalidez, la vejez o la muerte de sus benefactores.

En desarrollo de la norma en cita se expidió la Ley 100 de 1993 [58] , en la cual se consagraron diversas figuras con la finalidad de proteger aquellas contingencias. En ese orden, se instituyeron las pensiones de invalidez, vejez, sobrevivientes y la sustitución pensional, además, para el caso en que no se cumpla con los requisitos para la respectiva pensión, se estableció la indemnización sustitutiva.

En torno a la pensión de sobreviviente, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 [59] , fijó los requisitos para acceder a la misma. En este sentido, dispone que serán beneficiarios: (i) los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (ii) los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

37. La solución alternativa que sustituye la pensión de sobreviviente y garantiza a la población beneficiaria el amparo contra las contingencias derivadas del desamparo económico con ocasión del fallecimiento del afiliado o pensionado ha sido denominada indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente .

En ese orden, el artículo 49 de la Ley 100 de 1993 sostiene que los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su fallecimiento no hubiese reunido los requisitos previamente expuestos, podrán optar por la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, " equivalente a la que le hubiere correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley ", es decir, " a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado" [60] .

Sobre la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, la Corte ha reiterado que las finalidades de la misma son "(…) por un lado, permitir al grupo familiar del afiliado fallecido recuperar los aportes efectuados al Sistema cuando no se alcancen a cumplir los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes, y por el otro, reducir el impacto que causa la muerte de un individuo sobre las personas que sufren de manera directa y real la ausencia de sus recursos (…)" [61] .

En esas condiciones, son beneficiarios de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del afiliado fallecido, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, cuando el causante no hubiese alcanzado las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez o invalidez.

Imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva 38. La línea jurisprudencial sobre la materia ha sido consistente en sostener que las prestaciones reconocidas en la Ley 100 de 1993 "no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos" [62] , pues a través de éstas se busca garantizar el

derecho a la seguridad social, el cual ha sido reconocido en el artículo 48 de la Constitución Política como un derecho irrenunciable [63] .

Así lo sostuvo la Corte en sentencia T-144 de 2013: “En efecto y comoquiera que se trata de una garantía establecida por el legislador que busca sustituir la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, cuando no se cumplen los requisitos para que sea reconocida cualquiera de ellas, es claro mutatis mutandis que puede equipararse a un derecho pensional, razón por la cual el parámetro de imprescriptibilidad para este tipo de derechos, fijado por la jurisprudencia constitucional, debe aplicarse en este ámbito, es decir, que su exigibilidad puede hacerse en cualquier tiempo , sujetándose únicamente a normas de prescripción, una vez ha sido efectuado su reconocimiento por parte de la autoridad correspondiente” [64] .

En ese mismo sentido, la Sala Tercera de Revisión, en sentencia T-170 de 2017, al analizar una acción de tutela contra providencia judicial, en la que se había exonerado al Fondo de Pensiones del pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, bajo el argumento de que este derecho había prescrito para el accionante, concedió el amparo [65] , y en su lugar, dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario laboral y confirmó la de primera instancia que ordenó el reconocimiento de la prestación pensional.

En esa oportunidad, este Tribunal, tras realizar un estudio de la figura y su carácter imprescriptible [66] , sostuvo que “ la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente al hacer parte del derecho a la seguridad social es considerado por esta Corporación como imprescriptible e irrenunciable, por lo que podrá solicitarse en cualquier momento u oportunidad, siempre que no haya sido reconocida la prestación (…) ” [67] .

39. En síntesis, las personas que no reúnan el requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez, invalidez o sobreviviente, tienen derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, prestación que podrá ser reclamada en cualquier tiempo, dado su carácter imprescriptible.

Aplicación retrospectiva del Sistema General de Pensiones –Ley 100 de 1993 [68] – 40. Por regla general, las normas que integran el ordenamiento jurídico comienzan a regir a partir de su entrada en vigencia, en este sentido, solo serán aplicables a los actos, hechos o situaciones que se consolidan con posterioridad a ésta. Excepcionalmente, pueden ser empleadas en el tiempo, a través de la retro-actividad , u ltra-actividad y retrospectividad [69] .

La retro-actividad se configura cuando una norma expresamente establece la posibilidad de ser aplicada a situaciones de hecho que se constituyeron antes de su entrada en vigencia [70] .

La ultra-actividad, por su parte, admite el uso de las normas que fueron expresa o tácitamente derogadas con el fin de preservar los derechos adquiridos y las legítimas expectativas de quienes se rigieron por aquella normativa [71] .

Finalmente, la retrospectividad permite “ aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva ” [72] .

41. En cuanto a esta última figura, la Corte Constitucional ha señalado que su finalidad es la de garantizar los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los individuos, así como la de superar las situaciones discriminatorias y lesivas del valor justicia, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en la sociedad [73] . En este sentido, señaló lo siguiente:

“ (i) (P)or regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; [74] (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a

su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados ” [75] .

Conforme con lo anterior, la jurisprudencia constitucional [76] ha empleado la figura de la retrospectividad en materia de seguridad social, específicamente, en temas relacionados con el derecho a la pensión de sobreviviente.

En sentencia T-110 de 2011 a la Sala Novena de Revisión le correspondió determinar si el Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Ana Ofelia Esquivel Torres al negar la sustitución pensional por jubilación de que gozaba su compañero permanente fallecido el 23 de marzo de 1990, argumentando que la norma aplicable no incluía dentro de sus beneficiarios a la compañera permanente.

La Corte señaló que si bien se estaba ante una situación jurídica que se había iniciado en vigencia de la Constitución de 1886 su configuración se extendió en vigor de la norma Superior de 1991, por lo que era dable aplicar retrospectivamente el ordenamiento jurídico actual que permite la sustitución pensional de los compañeros permanentes. De este modo, especificó que:

“…a partir de la jurisprudencia de revisión estudiada, la Sala concluye que (i) una entidad obligada a satisfacer el derecho a una pensión de sobreviviente, vulnera las garantías constitucionales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital de una persona, cuando niega el reconocimiento de la prestación amparado en una norma jurídica que, conforme a una interpretación literal, excluye a los compañeros permanentes del anotado beneficio y; (ii) cuando una disposición jurídica prive a los compañeros permanentes del derecho a una pensión de sobrevivientes, el operador jurídico debe interpretarla en el sentido de incluir a estas personas dentro de su ámbito de protección en los mismos términos con que se ampara al cónyuge supérstite o, inaplicar las normas discriminatorias y en su lugar reconocer el derecho con fundamento en disposiciones pensionales posteriores del mismo régimen que sí incluyan el beneficio prestacional para los compañeros permanentes, optando en todo caso por la solución más favorable al peticionario”.

Luego, en sentencia T-564 de 2015 [77] , la Sala Octava de Revisión indicó que a la luz de la concepción actual de los principios de dignidad humana, justicia material, solidaridad, igualdad, proporcionalidad, razonabilidad y los fines esenciales del Estado, así como de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando al momento del fallecimiento del afiliado, éste haya cotizado una elevada cantidad de años al sistema sin que consolidara su derecho pensional y no se encontrara vigente la figura de la pensión de sobrevivientes, es admisible la aplicación retrospectiva de las leyes actuales.

Específicamente sostuvo que: “si bien es cierto que, como se expuso con anterioridad, por regla general la situación jurídica de un afiliado se entiende consolidada cuando éste ha satisfecho los requisitos para hacerse acreedor a un determinado modelo pensional, o cuando acaece un hecho que hace imposible su configuración .

En este caso se ha estimado necesario entender como no consolidada la situación jurídica de estas personas, con el objetivo de que, como producto del diáfano déficit de protección en el que se encuentran, sea posible dar aplicación retrospectiva a los postulados de la Ley 100 de 1993 (que contemplan la figura de la pensión de sobrevivientes) y, así, garantizar la efectividad del principio de supremacía constitucional y de todos los demás valores y principios de su esencia. Ello, con el objetivo de que esta situación no siga siendo avalada por el Estado Social y Democrático de

Derecho que nos circunscribe y que cuenta con la obligación de propender por la materialización de unas condiciones mínimas de justicia e igualdad material.

Por lo expuesto en precedencia, la Corte concluye que, en el caso de este especial tipo de personas, resulta no solo admisible, sino necesario, entender que su situación jurídica no se ha consolidado, de forma que sea posible realizar una aplicación retrospectiva de la ley y de la Constitución, la cual, en su condición de instituto omnicomprensivo y omnipresente debe ser aplicable a todas las situaciones que se configuren en su vigencia o que tengan efectos durante ella; de forma que la garantía del efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, así como la materialización de los principios y finalidades que dan sustento tanto al pacto social como a la existencia misma del Estado, tome prevalencia con respecto a elementos de seguridad jurídica que si bien ostentan una elevada relevancia jurídica, no pueden constituirse en factores que legitimen situaciones evidentemente injustas" [78] .

Recientemente, en sentencia T-525 de 2017, este Tribunal revisó la acción de tutela instaurada por la señora María Inés Bermeo quien solicitaba el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de su hijo fallecido el 24 de junio de 1986, en aplicación de la retrospectividad de la Ley 100 de 1993.

En aquel suceso, la Corte sintetizó los fundamentos jurídicos que respaldan la postura positiva en la aplicación retrospectiva del ordenamiento jurídico para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. En este sentido, expuso lo siguiente:

(i) Con el fin de garantizar los principios de equidad e igualdad y de superar las situaciones que afectan el valor de la justicia, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales, es dable la aplicación retrospectiva de la ley " al momento de afectar situaciones jurídicas en curso " .

(ii) La retrospectividad procede cuando situaciones jurídicas y de hecho han estado gobernadas por una norma anterior pero los efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición.

(iii) Para la aplicación de esta figura en materia laboral y prestacional se han tenido en cuenta los siguientes criterios: "' (1) en tratándose de pensiones, la ley posterior al momento del retiro prevalece sobre la anterior, en cuanto sea más favorable, dado el carácter de orden público que ostenta y la hace aplicable a situaciones aún no consumadas, pero en vía de solución' [79] ;

(2) los derechos prestacionales, como la pensión de sobrevivientes, deben decidirse jurídicamente ya sea con los postulados jurídicos vigentes al ocurrir el hecho que fundamenta la pretensión o con aquellas ' que se encuentren en vigor a la definición del derecho , según la normatividad que más favorezca al trabajador, aplicada integralmente ' [80] ; (3) ' una Ley nueva puede válidamente regular una situación de hecho ocurrida con anterioridad a su vigencia, actualizándola y cobrando efectos sobre ella en función del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política y en procura del derecho allí regulado, más cuando se trata de una situación que no logró definirse al abrigo del ordenamiento anterior [81] ';

(4) en materia pensional se ha señalado que la ley posterior prevalece sobre la anterior por tratarse de normas de orden público [82] ". Conforme con lo expuesto, concluyó que en el caso de la señora Bermeo no se podía estimar que su situación jurídica se encontraba definida bajo la norma que regía al momento del fallecimiento del causante, en tanto su definición se debate jurídicamente en vigencia de la Ley 100 de 1993, norma orientada por los parámetros constitucionales vigentes.

42. En resumen, es admisible la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, en atención al principio de favorabilidad, cuando los efectos jurídicos del acto no se hayan consolidado al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones y las consecuencias legales sigan vigentes a la fecha.

Caso concreto 43. En esta oportunidad, la Sala Octava de Revisión estudia la acción de tutela interpuesta por la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago contra el FONCEP por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición, mínimo vital, igualdad, dignidad humana y la seguridad social.

La accionante solicitó a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, en calidad de cónyuge supérstite del señor Flaminio Buitrago Rodríguez, pero fue negada bajo el argumento de que a la fecha del fallecimiento del causante -7 de diciembre de 1984- no había entrado en vigencia la Ley 100 de 1993, norma que establece la prestación requerida.

No obstante, la peticionaria, luego de adelantar una serie de actuaciones judiciales tendientes a obtener la indemnización sustitutiva [83] , el 23 de mayo de 2017 presentó una nueva petición , sin que la entidad accionada hubiese dado respuesta alguna.

43. Conforme con la situación fáctica expuesta, esta Sala asumirá el estudio del caso sub examine en tres (3) momentos, a saber: (i) el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, (ii) la actuación del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP−, y (iii) el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente de la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago.

Estudio de procedibilidad 44. Legitimación por activa. De conformidad con los artículos 1° [84] y 10° [85] del Decreto Estatutario 2591 de 1991 y el 86 [86] de la Constitución Política, la acción de tutela puede ser promovida: (i) por el titular de los derechos presuntamente vulnerados, (ii) a través de representante legal o, (iii) mediante agente oficioso.

En el presente caso, la tutela fue presentada por la titular de los derechos presuntamente lesionados, María Mercedes Rodríguez de Buitrago, razón por la cual se encuentra acreditado este requisito.

45. Legitimación por pasiva. L os artículos 1° y 5° [87] del Decreto Estatutario 2591 de 1991 y 86 de la Constitución Política establecen que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que hayan violado o amenacen los derechos fundamentales. En el evento objeto de estudio, la tutela se interpuso contra el FONCEP, entidad de derecho público que tiene por objeto reconocer y pagar las cesantías y obligaciones pensionales a cargo del Distrito y asumir la administración del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. Situación que acredita la exigencia.

46. Subsidiariedad. La acción de tutela procede excepcionalmente para obtener el reconocimiento y pago de una prestación pensional cuando se demuestre que: (i) los medios judiciales no son idóneos ni eficaces para lograr la protección inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados [88] , (ii) e l no reconocimiento y pago de la prestación genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, en particular de su derecho al mínimo vital, y (iii) cuando el solicitante ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial.

En el caso sub examine la Sala Octava de Revisión encuentra acreditados los supuestos antes referidos puesto que la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago no sólo intentó obtener la prestación a través de la acción tuitiva constitucional sino que, luego de su declaratoria de improcedencia por tener otro medio de defensa judicial, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, donde se decretó la caducidad de la acción. En ese orden, concurrió nuevamente al FONCEP, sin obtener respuesta alguna [89] .

Y si, en gracia de discusión, se adujera la posibilidad de comparecer nuevamente a la jurisdicción ordinaria, debe tenerse en cuenta que la accionante es sujeto de especial protección constitucional, toda vez que es una persona de 96 años y padece una serie de afectaciones a la salud [90] ; situación que hace de la jurisdicción ordinaria laboral un medio de defensa carente de idoneidad y eficacia, en la medida que no brindaría la protección oportuna de los derechos fundamentales, toda vez que se trata de un trámite dispendioso que prolongaría en el tiempo la violación de los derechos en tensión.

47. Inmediatez. Según la jurisprudencia constitucional para que proceda la tutela, entre el hecho generador de la presunta vulneración de los derechos fundamentales y la interposición de la acción debe haber trascurrido un término razonable, puesto que la finalidad del mecanismo es la protección inmediata de las garantías constitucionales [91] .

No obstante, también se ha señalado que existen ciertas circunstancias excepcionales en las que a pesar de haber transcurrido un tiempo considerable entre esos dos momentos, la tutela resulta procedente [92] .

En este evento, si bien entre la fecha de las resoluciones que negaron la prestación −19 de abril de 2011− y la interposición de esta tutela −12 de octubre de 2017− han transcurrido 6 años, no puede desconocerse que luego de ser negado el reconocimiento en una primera oportunidad, el 18 de agosto de 2011, la accionante interpuso acción de tutela la cual fue declarada improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad. Debido a ello, acudió a la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pero se declaró la caducidad de la demanda en auto del 26 de mayo de 2016. En este orden, no puede afirmarse que ha existido inactividad de la actora determinante de inoportunidad en la solicitud de su derecho.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que (i) la vulneración de los derechos fundamentales es continua y actual y, (ii) la accionante es sujeto de especial protección, por ende, el estudio de procedibilidad se hace menos estricto.

En torno al derecho de petición, debe repararse que el 27 de mayo de 2017 la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago hizo la solicitud al FONCEP, sin embargo, al momento de interponer la acción de tutela, el 12 de octubre de 2017, no se había dado respuesta alguna, transcurriendo entre una y otra fecha 4 meses y 15 días.

48. Temeridad. Dado que el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP−, alegó una posible temeridad en la presente acción, debido a que la accionante ya había invocado las mismas pretensiones contra la accionada, la Sala Octava observa que:

La jurisprudencia constitucional [93] ha sostenido que l a temeridad se configura cuando concurra identidad de: (i) partes: (ii) hechos; (iii) pretensiones; y (iv) no exista justificación para presentar la nueva acción, vinculada a un actuar doloso y de mala fe del peticionario [94] .

Así mismo, ha precisado que “(…) pueden existir eventos en los cuales, si bien concurren los tres elementos que configuran la temeridad, esta no se constituye. Estas circunstancias son: cuando (i) el juez vislumbra la presencia de nuevos elementos fácticos o jurídicos; (ii) o al resolver la primera acción no se pronunció con respecto a la verdadera pretensión del accionante y se observe que la violación de los derechos del accionante se mantiene. En estos casos, el juez deberá decidir de fondo el problema planteado ” [95] .

En el asunto objeto de revisión se tiene que la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago ya había presentado una acción de tutela contra el FONCEP a fin de que se tutelaran sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad, al mínimo vital y, en consecuencia, se ordenara el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, el cual fue negado por la entidad, mediante Resolución N° 0328 del 7 de marzo de 2011 y confirmada a través de Resolución N° 0814 del 19 de abril de 2011.

Esa acción de tutela fue conocida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., autoridad judicial que mediante fallo del 18 de agosto de 2011, la declaró improcedente, porque a su juicio no cumplió el requisito de subsidiariedad.

Confrontadas las tutelas presentadas en el año 2011 y la que es objeto de estudio, advierte la Sala que, pese a existir identidad de parte, hechos y pretensiones, no se configura la temeridad en la medida que existe dos (2) hechos posteriores a aquel fallo de tutela, esto es, la sentencia del 29 de marzo de 2016, emitida dentro del proceso de nulidad y

restablecimiento del derecho que declaró la caducidad de la acción y la petición del 23 de mayo de 2017, presentada por la accionante en busca del reconocimiento de la misma prestación pensional.

En este orden, como la acción de tutela cumple con las condiciones generales de procedibilidad, la Sala abordará el fondo del asunto. Actuación del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP−.

49. En el caso objeto de estudio se evidencia la presunta vulneración de los derechos fundamentales de petición, dignidad humana, seguridad social, igualdad y mínimo vital de la señora María Mercedes Rodríguez, toda vez que el FONCEP no ha emitido respuesta a la petición del 23 de mayo de 2017, relacionada con el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente.

Siguiendo la línea jurisprudencial de esta Corporación [96] y lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, los fondos de pensiones cuentan con un plazo máximo de cuatro (4) meses para dar respuesta a las solicitudes pensionales, a partir de la presentación de las mismas.

En el caso sub examine , se observa que la accionante presentó ante el FONCEP, el 23 de mayo de 2017, solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente. Al día siguiente, la entidad le indicó que debía presentar una serie de documentos; sin embargo, al momento de presentar esta tutela y aún a la fecha de esta sentencia, la entidad no ha dado respuesta al derecho de petición cuando, según lo afirmado por la accionante, la documentación requerida ha sido aportada en diversas ocasiones y, además, aclara la Sala, se trata de documentos que la entidad tiene en su poder, tal como se observa en la copia de la Resolución No. 0328 del 14 de febrero de 2011, en la cual se indica que la actora “ a efectos de acreditar el derecho que le asiste, adjunto a la solicitud, entre otros, los siguientes documentos ” [97] y se hace un listado de los mismos que en esta segunda oportunidad se le requirieron a la accionante, por esta razón, la entidad accionada no puede alegar la falta de ellos para no responder la petición.

En ese orden, FONCEP tenía la obligación de contestar el derecho de petición el 23 de septiembre de 2017, sin embargo, a la fecha de esta sentencia no lo ha hecho, la inferencia no es otra que vulneró esta garantía constitucional al no contestar la solicitud dentro de los términos establecidos por la ley.

Derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente de la accionante 50. El FONCEP negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente porque el señor Flaminio Buitrago Rodríguez falleció antes de que entrara en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones -Ley 100 de 1993-, norma que introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico Colombiano la prestación solicitada.

La jurisprudencia constitucional en aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, ha reconocido el derecho a la pensión de sobreviviente, en razón al principio de favorabilidad y al hecho de que antes de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no se logró definir la referida situación jurídica, por lo que continúo surtiendo efectos.

En esta oportunidad, encuentra la Sala que si bien no se solicita el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, sí se está pidiendo la indemnización sustitutiva derivada de dicha prestación, la cual, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación hace parte de la seguridad social y de los derechos pensionales que pueden ser reclamados en cualquier tiempo, dado su carácter de imprescriptible.

En efecto, en sentencia T-170 de 2017 esta Corporación sostuvo que al ser la indemnización sustitutiva una garantía que busca sustituir la pensión de vejez, invalidez y sobreviviente “ es claro mutatis mutandis que puede equipararse a un derecho pensional ” [98] .

Así las cosas, con el fin de garantizar la supremacía constitucional, resulta admisible en el caso objeto de estudio aplicar la retrospectivadad de la Ley 100 de 1993, en la medida que la accionante ha soportado, de manera prolongada, la

desprotección jurídica del Estado Colombiano que desconocía la finalidad y objetivo mismo de la existencia de la seguridad social como institución jurídica.

Conforme con las consideraciones expuestas en precedencia y a la situación fáctica de la actora, la Sala Octava de Revisión aplicará en el caso sub examine la restrospectividad del artículo 49 de la Ley 100 de 1993 y ordenará al FONCEP reconocer y pagar a favor de la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente.

Lo anterior, porque la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago contrajo matrimonio con Flaminio Buitrago el 1 de junio de 1944 [99] , unión que se mantuvo hasta el fallecimiento del señor Buitrago, 7 de diciembre de 1984 [100] ;

hecho que demuestra la calidad de cónyuge y beneficiaria de la indemnización de sustitutiva. Además, afirmó que dependía económicamente de su esposo [101] Al momento del fallecimiento del señor Flaminio Buitrago Rodríguez –7 de diciembre de 1984– no se consolidó efectivamente el derecho, por cuanto:

(i) para esa fecha, no existía la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente; y (ii) en la actualidad, el hecho que configura dicha prestación continúa produciendo efectos jurídicos, en la medida que la señora Rodríguez de Buitrago no ha podido definir su derecho, debido a la desprotección jurídica a la que ha sido sometida.

Decisiones adoptar 51. Conforme con lo anterior, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional revocará el fallo de tutela proferido el 26 de octubre de 2017 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró improcedente la tutela y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales de petición, dignidad humana, seguridad social y mínimo vital de la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago.

Se ordenará al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP−, que emita el respectivo acto administrativo en el que reconozca y pague a favor de la señora María Mercedes Rodríguez la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente.

Finalmente, aclara la Sala que pese a encontrar vulnerado el derecho fundamental de petición, no se ordenará al FONCEP emitir respuesta alguna, toda vez que se dispuso reconocer y pagar la prestación social solicitada en dicha ocasión.

Conclusión 52. La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional analizó la acción de tutela instaurada por la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición, mínimo vital, dignidad y seguridad social , debido a que el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones –FONCEP− no había contestado la solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, prestación que, en una primera oportunidad, fue negada porque para la fecha de fallecimiento de su esposo -7 de diciembre de 1984- no había entrado en vigencia el Sistema General de Pensiones.

Conforme con la situación fáctica, esta Sala abordó el análisis de la presunta vulneración de las garantías constitucionales desde dos (2) escenarios, a saber:

(i) la omisión en la contestación del derecho de petición y (iii) la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente.

En cuanto al derecho de petición, sostuvo que l os fondos de pensiones cuentan con un plazo máximo de cuatro (4) meses para dar respuesta a las solicitudes pensionales [102] , y en el presente caso, transcurridos más de nueve (9) meses, la accionada no había emitido una respuesta oportuna, clara y de fondo.

Sobre el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, en ejercicio de la labor garante de la eficacia de los derechos fundamentales, la Corte aplicó retrospectivamente el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, al

encontrar que el fallecimiento del afiliado no consolidó el derecho y, en la actualidad, el hecho que configuró la reclamación, continúa produciendo efectos jurídicos.

Finalmente, advirtió que, de conformidad con los artículos artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y 49 de la ley 100 de 1993, la accionante cumple con los requisitos para acceder a esta prestación social, toda vez convivió con el causante hasta el día de su fallecimiento y dependía económicamente del mismo.

En vista de lo anterior, la Sala resolvió revocar el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró improcedente la acción de tutela y, en consecuencia, amparó los derechos fundamentales de petición, dignidad humana, seguridad social y mínimo vital de la señora María Mercedes Rodríguez, ordenando al FONCEP expedir un nuevo acto administrativo en el que reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente.

III. DECISION En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo de tutela proferido el 26 de octubre de 2017 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró improcedente el amparo de los derechos invocados. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales de petición , mínimo vital, dignidad humana y seguridad social de la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago.

SEGUNDO.- ORDENAR al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP− que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, expida un nuevo acto en el que reconozca y pague a favor de la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado CARLOS BERNAL PULIDO Magistrado Con salvamento de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CARLOS BERNAL PULIDO ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE SOBREVIVIENTES- Se debió declarar improcedencia por cuanto no comparto que del carácter imprescriptible de un derecho pensional, exista per se , la obligación de aplicar retrospectivamente la norma en que se fundamenta ese derecho (Salvamento de voto) Referencia: Sentencia T-155 de 2018 (T-6.542.638) Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-155 del 24 de abril de 2018, me permito presentar Salvamento de Voto, amparado en las siguientes consideraciones:

1. La sentencia de la que me aparto se dictó con fundamento en la aplicación retrospectiva del artículo 49 de la Ley 100 de 1993 [103] , tal y como se observa en las páginas 17 y siguientes del fallo. Esta decisión se adoptó teniendo en cuenta, por una parte, el principio de favorabilidad y el carácter imprescriptible del derecho a la indemnización sustitutiva y, por la otra, las reglas contenidas en las sentencias T-110 de 2011, T-564 de 2015 y T-525 de 2017, en las que la Corte empleó la figura de retrospectividad en casos relacionados con pensiones de sobrevivientes. De esto dan cuenta las páginas 16 a 20 del fallo objeto de salvamento.

2. Sin embargo, los fallos referidos, citados como fundamento del acápite “[a]plicación retrospectiva del Sistema General de Pensiones – Ley 100 de 1993 -” (Pág.

16 y ss.), contienen reglas que no eran aplicables al caso de María Mercedes Rodríguez de Buitrago. Tal afirmación encuentra fundamento en que en esos procesos la prestación en litigio fue la pensión de sobrevivientes propiamente dicha y no la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, prestación reclamada por la parte accionante en el proceso de tutela de la referencia.

No considero, entonces, que de esos fallos se derive una regla general según la cual " es admisible la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, en atención al principio de favorabilidad, cuando los efectos jurídicos del acto no se hayan consolidado al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones y las consecuencias legales sigan vigentes a la fecha" (Pág. 20), pues si bien es cierto que en ellos la Corte reconoció tales efectos normativos, también lo es que lo hizo en unos supuestos fácticos específicos. Una eventual regla en ese sentido, por ende, estaría supeditada a la verificación de los supuestos de hecho que le dieron origen, ya que la aplicación de una regla a un caso concreto sólo puede darse ante la verificación de los supuestos fácticos en los que esta Corte implementó dicha regla.

3. Por lo demás, considero que los otros argumentos que se mencionan en el proyecto, relacionados con el principio de favorabilidad, no son suficientes para que la Sala, en este caso, amplíe el espectro de la jurisprudencia en cuanto a la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993. Igualmente, considero que los argumentos sobre el carácter imprescriptible de la indemnización sustitutiva no soportan la conclusión a la que arribó la Sala de Revisión, en el entendido que de la imprescriptibilidad de un derecho no se predica per se la obligación de aplicar retrospectivamente la norma en la que se fundamenta ese derecho.

4. No estamos de acuerdo, entonces, con la aplicación retrospectiva del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, por lo dicho en los párrafos precedentes y, adicionalmente, porque esto desconoce los efectos generales e inmediatos que se predican de la ley, según lo ha entendido esta Corte (SU-005 de 2018).

5. Por lo anterior, a mi juicio, lo procedente hubiera sido revocar el fallo del juez de instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda de tutela.

Con el debido respeto, Carlos Bernal Pulido Magistrado [1] Los hechos expuestos en la presente providencia fueron complementados con las pruebas aportadas al expediente de tutela y las allegadas en sede de revisión ante esta Corporación.

[2] Infección bacteriana contagiosa que compromete los pulmones y puede propagarse a otros órganos y personas. MedlinePlus (2018) / Tuberculosis Pulmonar/ https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000077.htm.

[3] Afección en la cual el cuerpo no tiene suficientes glóbulos rojos saludables, que provean oxígeno a los tejidos corporales. Específicamente, la anemia por deficiencia de vitamina B12 es un conteo bajo de glóbulos rojos debido a la falta de dicha vitamina.

MedlinePlus (2018)/ Anemia por deficiencia de vitamina B12/ https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000077.htm. [4] Folio 6 del cuaderno principal.

[5] El auto admisorio fue notificado a la parte accionada a las 7:44 p.m. del día 17 de octubre de 2017, a través de correo electrónico. [6] Los documentos requeridos por la entidad accionada en el escrito de la referencia son los siguientes: " Si el interesado actúa a través de apoderado, deberá anexar el poder debidamente otorgado, para actuar ante la entidad, fotocopia del documento de identidad y de la tarjeta profesional.

Copia autentica del registro civil del solicitante si nació después del 15/06/1938, o partida de bautismo si nació antes de dicha fecha, con una fecha de expedición no mayor a 3 meses Fotocopia legible de la cédula de ciudadanía del solicitante, ampliada al 150%.

Copia auténtica del Registro Civil de Defunción del Causante, con una fecha de expedición no mayor a 3 meses. Certificados de información laboral y factores salariales durante todo el tiempo de servicio, expedido por la (s) entidad (es) Distrital, donde laboró (La certificación debe ser aportada en los formatos únicos 1 y 3b, acorde con la circular conjunta N° 13 de 2007, expedida por los Ministerios de la Protección Social, Hacienda y Crédito Público) Certificación original de NO PENSIÓN, expedida por COLPENSIONES, UGPP y demás cajas o fondos donde haya cotizado.

Copia auténtica del registro civil de matrimonio del solicitante, si se caso (sic) después del 15/06/1938, o partida de matrimonio antes de dicha fecha, con una fecha de expedición no mayor a 3 meses.

Declaraciones juramentadas de convivencia con autenticación de firma (s), rendidas por el (los) solicitante (s) y dos (2) testigos diferentes a familiares, (si es del conyugue o compañero permanente) o de dependencia económica con el causante, si el (los) solicitante (s) es el hijo invalidado (sic) mayor de edad, si es hijo mayor de 18 años y hasta los 25, incapacitado en razón de sus estudios y es el (los) solicitante (s) son los padres ".

[7] Folios 8 a 21 del cuaderno principal. [8] Folio 22 del cuaderno principal. [9] Folio 23 a 26 del cuaderno principal. [10] Folio 27 a 33 del cuaderno principal.

[11] El 9 de noviembre de 2010. [12] Folio 34 del cuaderno principal. [13] Folio 35 del cuaderno principal. [14] Folio 36 del cuaderno principal.

[15] Folio 37 a 39 del cuaderno principal. [16] Por la Sala Primera de Selección de Tutelas, integrada por los Magistrados Alejandro Lineras Cantillo y Alberto Rojas Ríos.

[17] Folio 19 a 21 del cuaderno constitucional. [18] "Por medio de la cual se niega la indemnización Sustitutiva de la Pensión de Sobreviviente solicitada por la señora MARIAS MERCEDES BUITRAGO… ".

Folios 30 a 32 del cuaderno constitucional. [19] " Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución Nº 0328 del 14 de febrero de 2011.

" . Folios 33 a35 del cuaderno constitucional. [20] " Por la cual se reconoce y ordena el pago de un seguro de vida ". Folios 36 a 38 del cuaderno constitucional.

[21] Folio 40 del cuaderno constitucional. [22] Folio 41 del cuaderno constitucional. [23] Que ordenó nivelar el inventario de los juzgados administrativos.

[24] " ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA . La demanda deberá ser presentada: (…). En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(…) d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;(…)".

[25] Folio 46-49 del cuaderno constitucional. [26] Folio 53-56 del cuaderno constitucional. [27] Folio 62 del cuaderno constitucional. [28] En aquella oportunidad, el Alto Tribunal reitero lo establecido en la sentencia T-063 de 2013.

[29] Sentencia T-009 de 2016. [30] Ibídem. [31] sentencia T-303 de 2002 [32] Cuando se afirma que el juez debe tener en cuenta la situación especial del actor, se quiere decir que este debe prestar atención a su edad, a su estado de salud o al de su familia, a sus condiciones económicas y a la posibilidad de que para el momento del fallo definitivo por la vía ordinaria o contenciosa, la decisión del juez sea inoportuna o inocua, entre otras. A este respecto, ver sentencias T-100 de 1994, T-228 de 1995, T-338 de 1998, SU-086 de 1999, T-875 de 2001, T-999 de 2001, T-179 de 2003, T-267 de 2007, SU-484 de 2008, T-167 de 2011, T-225 de 2012 y T-269 de 2013 .

[33] Consideraciones en materia de subsidiariedad hechas en la sentencia T-384 de 1998, que fueron posteriormente reiteradas en la T-1316 de 2001.

[34] Sentencia T-009 de 2016. [35] Ver, entre otras, las sentencias T-896 de 2007, T-1238 de 2008, T-273 de 2009, T-809 de 2009, T-710 de 2011, T-452 de 2012, T-736 de 2013, T-426 de 2014, T-373 de 2015 y T-139 de 2017.

[36] “ El perjuicio ha de ser inminente : "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia ”. Sentencia T-956-13.

[37] “ No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave , lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas.

Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente”. Ibídem.

[38] “Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes , es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia”.

Ibídem. [39] “ La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable , ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social”. Ibídem.

[40] Sentencia T-606 de 2016. [41] Ibídem, esta posición fue reiterada en Sentencia T-712 de 2015. [42] Sentencia T-263 de 2017. [43] “… cuando se solicita el reconocimiento de derechos pensionales, el estudio de procedencia para determinar si se está ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable debe tener en cuenta los siguientes elementos: (i) la edad del solicitante y si ese aspecto lo hace sujeto de especial protección constitucional, (ii) el estado de salud del accionante y de los miembros de su grupo familiar, (iii) si existe un afectación a derechos fundamentales, especialmente el mínimo vital, (iv) la prueba de la afectación de sus garantías fundamentales, (v) que el interesado haya desplegado una actividad administrativa y judicial mínima para la protección de sus derechos, (vi) si se demuestra,

siquiera de manera sumaria, que el medio judicial es ineficaz para lograr la protección inmediata e integral de los derechos fundamentales y (vii) si el actor demuestra, aunque sea sumariamente, que cumple los requisitos para acceder a la prestación reclamad ”.

[44] El juez debe analizar las circunstancias fácticas en cada caso y, en el evento de que el peticionario sea un sujeto de especial protección constitucional, realizar un juicio de procedencia menos estricto. Ver Sentencia T-144 de 2013, T-081 de 2017 entre otras.

[45] Sentencia T-144 de 2013 y T-081 de 2017. [46] Sentencias T-181 de 2015 y T-263 de 2017 [47] Sentencias T-012 y T-419 de 1992, T-172, T-306, T-335 y T-571 de 1993, T-279 de 1994 y T-414 de 1995, entre otras.

[48] Sentencia T-481 de 1992. [49] Sentencias T-259 de 2004 y T-814 de 2005, entre otras. [50] Ver igualmente las sentencias SU-975 de 2003, T-086 de 2015 y T-237 de 2016.

[51] Decreto 4269 de 2011. [52] Posición reiterada en Sentencia T-322 de 2016. [53] Artículo 23 de la Constitución Política, Sentencias SU-975 de 2003, T-086 de 2015 y T-238 de 2017.

[54] Artículo 19 del Decreto 656 de 1994. Ver s entencias SU-975 de 2003, T-237 de 2016 y T-238 de 2017. [55] Artículo de la Ley 700 de 2001, Sentencia T-238 de 2017.

[56] Sentencia T-322 de 2016. [57] Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 22), El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, art.9º), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 16), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[58] Modificada parcialmente por la Ley 797 de 2003. [59] Modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. [60] Artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

[61] Sentencias T-534 de 2011 y T-655 de 2013. [62] Sentencia C-230 de 1998. [63] SentenciaT-144 de 2013. [64] Resalto fuera de texto. [65] Derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad y no discriminación, al mínimo vital, a la salud, y al debido proceso .

[66] En esa oportunidad, la Corte expuso la ratio decidendi de las sentencias de tutela proferidas de manera armónica y reiterada por las diferentes Salas de Revisión de esta Corte, que consagran la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la indemnización sustitutiva cuando esta solicitud nunca ha sido elevada o cuando el Fondo de Pensiones ha negado tal petición. De esta manera, hizo referencia a las siguientes Sentencia T-109 de 2010, T-695A de 2010 y T- 144 de 2013, entre otras.

[67] En ese mismo sentido, se pronunciaron las sentencias T-546 de 2008, T-081 de 2010, T-472 de 2011 y T-144 de 2013, entre otras. [68] Modificada parcialmente por la Ley 797 de 2003.

[69] Sentencia T-564 de 2015. [70] Ibídem. [71] Ibídem. [72] Ibídem. [73] Sentencia T-110 de 2011. [74] La Corte Constitucional en sentencia T-389 de 2009 puntualizó que el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, “pero con retrospectividad, […] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal…” .

[75] Sentencia T-110 de 2011. [76] Ver sentencias T-891 de 2011, T-110 de 2011, T-072 de 2012, T-564 de 2015 y T-525 de 2017. [77] En aquella oportunidad, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional estudio el caso de una señora de 70 años, a quien le fue negado el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de su esposo falleció

en 1988, porque a la luz de la normatividad vigente al momento del acaecimiento, no existía la figura de la prestación solicitada.

[78] Subrayado fuera de texto. [79] Consejo de Estado, Sentencia del 20 de septiembre de 1996, expediente No. 7687, Actor: Jesús María Morales Barraza. Citada en T-072 de 2012.

[80] Consejo de Estado, Sentencia del 29 de abril de 2010. [81] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 29 de abril de 2010. Rad.

0548-09 . Citada en T-072 de 2012. [82] Consejo de Estado, Sentencia del 11 de abril de 2002. [83] La señora María Mercedes Rodríguez, inicialmente, en 1985, solicitó la sustitución pensional a la Caja de Previsión Social de Bogotá, pero la misma fue negada el 31 de diciembre del mismo año. Luego, en el año 2011 reclamó ante el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP− la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, pero la mismo fue negada. Por lo anterior, instauró acción de tutela contra dicha entidad, pero el 18 de agosto de 2011 fue declarada improcedente por no cumplir con el requisito de subsidiariedad, razón por la cual, acudió ante la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, el juez de conocimiento declaró la caducidad de la acción.

[84] “A rtículo 1o. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela” [85] “… Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. (…)”.

[86] “ Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (…)” [87] “ Artículo 5o. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley.

También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.” [88] En el estudio de este aspecto, el juez debe analizar las circunstancias fácticas en cada caso y, en el evento de que el peticionario sea un sujeto de especial protección constitucional, realizar un juicio de procedencia menos estricto.

[89] El 5 de noviembre de 2010, solicitó al FONCEP el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, pero la misma le fue negada, a través Resolución N° 0328 del 14 de febrero de 2011, debido a que las cotizaciones realizadas por el causante fueron antes de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

El 7 de marzo de 2011, presentó recurso de reposición contra la anterior decisión, el cual fue resuelto mediante Resolución 0814 del 19 de abril de 2011, confirmando el acto administrativo.

En agosto de 2011, promovió acción de tutela contra el FONCEP, pero la misma fue declarada improcedente el 18 de agosto de 2011, por falta del requisito de subsidiariedad.

El 26 de mayo de 2014, radicó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el FONCEP, pero el Juzgado 56 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., declaró la caducidad de la acción, mediante providencia del 29 de marzo de 2016.

El 23 de mayo de 2017, la actora radica un nuevo derecho de petición en las oficinas del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones −FONCEP−, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, pero a la fecha no le han dado respuesta.

[90] Según historia clínica, la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago, padece de tuberculosis pulmonar, anemia por deficiencia de vitamina B12 y neumonía por humo leña, ACV lacunar.

[91] Ver Sentencias T-834 de 2005 y T-887 de 2009. [92] Sentencia T-471 de 2017: “ i) la existencia de razones válidas y justificadas de la inactividad procesal, como podrían ser la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para formular la solicitud de amparo en un término razonable, la ocurrencia de un hecho nuevo [92] , entre otros; ii) cuando la vulneración de los derechos fundamentales es continua y actual; iii) la carga de la interposición de la solicitud de amparo en un determinado plazo resulta, de una parte, desproporcionada debido a la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, y de otra, contraria a la obligación de trato preferente conforme al artículo 13 Superior ”.

[93] Ver Sentencias T-610 de 2015, T-400 de 2016, T-280 de 2017 y T-548 de 2017 entre otras. [94] Sentencia T-411 de 2017. [95] Sentencia T-073 de 2016.

[96] Sentencias SU-975 de 2003, T-237 de 2016 y T-238 de 2017. [97] Fl. 30 vto. cuaderno constitucional. [98] Entre otras las sentencia T-546 de 2008, T-144 de 2013 y T-230 de 2014 entre otras.

[99] Folio 100 del cuaderno constitucional. [100] Folio 41 del cuaderno constitucional. [101] Folio 30 del cuaderno constitucional. En la Resolución N° 0328 del 14 de febrero de 2011, FONCEP hace referencia a los documentos allegados por la accionante en el derecho de petición, entre los que se encuentra “ declaración extra proceso de la solicitante donde expresa que dependía económicamente del causante y convivía con él ”.

[102] Artículo 19 del Decreto 656 de 1994 y sentencias SU-975 de 2003, T-237 de 2016 y T-238 de 2017 [103] “Conforme con las consideraciones expuestas en precedencia y a la situación fáctica de la actora, la Sala Octava de Revisión aplicará en el caso sub examine la retrospectividad del artículo 49 de la Ley 100 de 1993 y ordenará al FONCEP reconocer y pagar a favor de la señora María Mercedes Rodríguez de Buitrago la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente.” (Pág. 26)

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 4 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.