

Sentencia T-113/16

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Naturaleza y finalidad

Esta Corporación ha sostenido que la sustitución pensional es una prerrogativa que le permite a una o varias personas disfrutar de una prestación económica antes percibida por otra, para lo cual debe demostrar una legitimación determinada para reemplazar a quien venía gozando del beneficio. En concreto, por lo general, los destinatarios de la sustitución de las pensiones de vejez e invalidez son el cónyuge supérstite o el compañero permanente, los hijos menores o en condición de discapacidad, y los padres o hermanos que dependían económicamente del causante, en tanto que la teleología de ésta institución es servir de “mecanismo de protección de los familiares del trabajador pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte, pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducida en ese momento en una mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia”.

SUSTITUCION DE LA ASIGNACION DE RETIRO O PENSION DE INVALIDEZ O PENSION DE SOBREVIVIENTES EN EL REGIMEN PRESTACIONAL ESPECIAL DE LA FUERZA PUBLICA-Alcance

Ante la muerte de un oficial, suboficial, alumno de la escuela de formación o soldado en goce de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, sus beneficiarios “tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante”. La normatividad consagra la sustitución pensional de la asignación de retiro en favor de los ascendientes del causante siempre que se acredite el cumplimiento de dos requisitos, a saber: (i) que no hubiere cónyuge o compañera permanente sobreviviente, ni hijos del fallecido, y (ii) que el padre o madre dependiera económicamente del miembro de la Fuerza Pública.

DERECHO A LA SUSTITUCION DE LA ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO PARA MADRE DE MIEMBRO DE LA FUERZA PUBLICA FALLECIDO-Orden a Caja de Retiro de la Fuerzas Militares reconocer, liquidar y pagar la sustitución de la asignación de retiro a la accionante

Referencia: expediente T-5.189.153.

Acción de tutela instaurada por Yolanda Arciniegas de García de Grijalba contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

En el proceso de revisión de los fallos expedidos por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Villavicencio, el 22 de junio de 2015, y por la Sala Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad, el 4 de agosto de la mencionada anualidad, dentro del proceso de amparo de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. El 30 de enero de 2014, ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la señora Yolanda Arciniegas de García de Grijalba solicitó la sustitución de la asignación de retiro que disfrutaba en vida su hijo el Coronel (r) del Ejército Víctor García de Grijalba Arciniegas, quien falleció el 28 de julio de 2013[1]. Para el efecto, la peticionaria adjuntó copia del registro civil de nacimiento del militar y dos declaraciones extra juicio en las cuales se señala que el oficial era viudo, tenía dos hijos mayores de edad y sustentaba económicamente a su progenitora[2].

1.2. Mediante Resolución 1208 del 5 de marzo de 2014[3], el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares denegó la solicitud pensional, argumentando que dentro del

orden de beneficiarios de la sustitución de la prestación establecido en el Decreto 4433 de 2004 “no están contemplados los padres”, así como que en el expediente administrativo no obran pruebas que den cuenta de que la actora dependiera económicamente de su hijo.

1.3. El 14 de abril de 2014, la accionante interpuso recurso de reposición contra la Resolución 1208 de 2014, indicando que el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 11 sí contempla la posibilidad de los padres de acceder a la pensión de sobrevivientes, y que el requisito de dependencia económica del fallecido se encuentra demostrado con las declaraciones extra juicio allegadas junto con la solicitud[4].

1.4. A través de Resolución 5200 del 10 de junio de 2014[5], el Director General de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares confirmó la decisión adoptada en el acto recurrido, al estimar que:

(i) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, para proceder a reconocer la sustitución pensional a los ascendientes del militar fallecido se exige que el miembro retirado de la Fuerza Pública no hubiera tenido cónyuge o hijos, lo cual no ocurre en el caso, ya que el Coronel (r) del Ejército Víctor García de Grijalba tuvo dos descendientes, quienes “aun cuando no tienen derecho a acceder a la referida prestación, por razón de la edad, si existen, y la norma no es clara en este aspecto ya que indica ‘(...) si no hubiere hijos’ sin hacer ninguna precisión al respecto”.

(ii) Revisada la documentación presente en el expediente administrativo, así como los elementos de juicio allegados por la peticionaria, no se encontró “prueba suficiente que confirme la dependencia económica por parte de la recurrente del militar al momento de su fallecimiento”.

1.5. La Resolución 5200 de 2014 fue notificada por aviso desfijado el 1 de julio de 2014, quedando ejecutoriada al día siguiente, según lo certifica la Profesional de Defensa Ángela Rocío Barrero Ballesteros responsable del Área de Notificaciones y Recursos Legales de la entidad demandada[6].

2. Demanda y pretensiones

2.1. El 5 de junio de 2015, la ciudadana Yolanda Arciniegas de García de Grijalba interpuso

acción de tutela contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares[7], al considerar vulnerados sus derechos al mínimo vital y al debido proceso con ocasión de la negativa de la entidad de reconocerle la sustitución de la asignación de retiro que disfrutaba en vida su hijo el Coronel (r) Víctor García de Grijalba Arciniegas[8], a pesar de que cumple con los requisitos legales para acceder a dicha prestación en su calidad de progenitora del difunto.

2.2. En efecto, la accionante señaló que la entidad accionada desconoció que de conformidad la normatividad vigente y la jurisprudencia constitucional[9], los ascendientes de un oficial fallecido tienen derecho a la sustitución de la asignación de retiro ante la ausencia de cónyuge y/o hijos menores de 25 años, siempre que acrediten su dependencia económica del difunto militar, como lo hizo en el procedimiento administrativo con dos declaraciones extra juicio, en las que los suscribientes dieron fe de que su descendiente era viudo, tenía dos hijas de 36 y 38 años, y era quien velaba por su manutención, en especial de sus gastos médicos y de alimentación[10].

2.3. De otra parte, para justificar la procedencia de la acción de tutela, la demandante indicó que el recurso de amparo es el mecanismo judicial adecuado para obtener la sustitución pensional, pues es una persona de 95 años[11] que padece de vértigo lateral con parestesia en las manos, glaucoma avanzado y problemas vasculares en las piernas que le impiden movilizarse por sí misma[12], sobreviviendo con una pensión de vejez equivalente a un salario mínimo mensual y la escasa ayuda económica que le puede suministrar su otro hijo Oscar García de Grijalba de 65 años, quien a la fecha se desempeña en trabajos temporales varios.

2.4. Al respecto, la peticionaria resaltó que la muerte de su hijo militar además de la afectación moral y psicológica, derivó en que sus ingresos no sean suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, comoquiera que debe pagar un cuidador para que le colabore en sus actividades diarias debido a su imposibilidad para movilizarse, así como sufragar sus trasportes a las citas médicas, cancelar una deuda de odontología superior a \$4.000.000 y proveerse su alimentación.

2.5. Por lo anterior, la actora solicitó que se protejan sus derechos fundamentales y se le ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que le reconozca y pague la sustitución

de la asignación de retiro que disfrutaba su hijo Víctor García de Grijalba Arciniegas, junto con el respectivo retroactivo.

3. Contestación de la accionada

La Caja de Retiro de la Fuerzas Militares solicitó denegar la protección deprecada, al estimar que la acción de tutela no satisface el presupuesto de subsidiariedad, toda vez que la accionante cuenta con “otros medios de defensa judicial suficientemente eficaces e idóneos para obtener los fines perseguidos (...)”[13].

II. TRÁMITE PROCESAL

1. Decisión de primera instancia

Mediante Sentencia del 22 de junio de 2015[14], el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Villavicencio denegó el amparo solicitado, al considerar que si bien la acción de tutela es procedente debido a la especial protección constitucional que merece la accionante en razón a su edad, del material probatorio allegado al proceso no se evidencia que la actora cumpla con los requisitos exigidos para acceder a la sustitución pensional, puesto que no demostró su dependencia económica del difunto.

2. Impugnación

La accionante impugnó la decisión[15], argumentando que de conformidad con el precedente adoptado por esta Corporación en la Sentencia T-136 de 2011[16], allegó junto a la acción de tutela dos declaraciones extra juicio con el fin de probar su dependencia económica de su hijo fallecido y con ello acceder a la sustitución pensional.

3. Decisión de segunda instancia

A través de providencia del 4 de agosto de 2015[17], la Sala Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio confirmó el fallo de primer grado, al estimar que del análisis del material probatorio obrante en el expediente, no es posible concluir que la accionante dependiera económicamente de su hijo fallecido, pues devenga una pensión de vejez y es apoyada en sus gastos por otro de sus descendientes.

4. Actuaciones en sede de revisión

Por Auto del 28 de octubre de 2015[18], la Sala de Selección de Tutelas Número Diez escogió para revisión el expediente de la referencia en atención a los criterios subjetivos denominados “urgencia de proteger un derecho fundamental y desconocimiento del precedente constitucional”[19].

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política[20].

2. Procedencia de la acción de tutela

Previo al estudio del caso planteado, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Carta y en el Decreto 2591 de 1991[21].

2.1. Legitimación en la causa

2.1.1. La legitimación en la causa por activa se acreditó en esta oportunidad, puesto que conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1° del Decreto 2591 de 1991[22], la ciudadana Yolanda Arciniegas de García de Grijalba instauró de manera personal la acción de tutela como titular de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

2.1.2. Igualmente, la legitimación en la causa por pasiva se encuentra acreditada, ya que de acuerdo con lo previsto en la mencionada disposición superior, así como en el artículo 5° del referido Decreto[23], la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es demandable a través de la acción de tutela, puesto que es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las Fuerzas Militares que consoliden el derecho a tal prestación, así como la sustitución pensional a sus beneficiarios[24].

2.2. Inmediatez

2.2.1. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que el amparo de tutela está previsto para la “protección inmediata” de los derechos fundamentales que se consideren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los términos previstos en la ley. De esta manera, el ordenamiento superior busca asegurar que el recurso sea utilizado para atender afectaciones que de manera urgente requieren de la intervención del juez constitucional[25].

2.2.2. En esta ocasión, el Tribunal advierte que el amparo cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que la notificación del último acto cuestionado, la Resolución 5200, se realizó el 1 de julio de 2014[26] y la acción de tutela fue instaurada el 5 de junio de 2015[27], es decir, aproximadamente 11 meses después, plazo que la Sala considera prudencial y razonable, pues de comprobarse que la decisión de la entidad demandada desconoció la normatividad vigente y los precedentes de esta Corporación, las consecuencias de tal determinación afectarían las prerrogativas fundamentales de la accionante en la actualidad y tendrían efectos permanentes en el tiempo[28], más aún si se tiene en cuenta que el derecho pensional en sí mismo resulta imprescriptible[29], ya que éste fenómeno jurídico sólo afecta las mesadas causadas no reclamadas dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad[30].

2.4. Subsidiariedad

2.4.1. Esta Corporación ha sostenido que es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela tener en cuenta que ésta es un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se caracteriza por ser residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades judiciales a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen prerrogativas de naturaleza constitucional[31]. En consecuencia, el recurso de amparo no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos, salvo que los mismos sean ineficaces, inexistentes o se configure un perjuicio irremediable[32].

2.4.2. En el presente caso, la Sala considera que la acción de tutela cumple con el

presupuesto de subsidiariedad, pues si bien la actora puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo[33] y, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho[34], procurar el reconocimiento de la prestación solicitada, dicho instrumento no es eficaz para salvaguardar de manera urgente sus derechos fundamentales.

2.4.3. En efecto, para solucionar el conflicto jurídico planteado resulta necesaria la adopción de medidas inmediatas con el fin de precaver la afectación grave de las prerrogativas constitucionales de la accionante, ya que es una persona de 95 años[35], y por tanto, se encuentra ampliamente por encima de la expectativa de vida de las mujeres colombianas[36] de 79.3 años[37], por lo que la eventual duración del mencionado trámite judicial restringe de manera significativa el disfrute y goce de su derecho, máxime cuando padece varias enfermedades que afectan gravemente su estado de salud y le impiden movilizarse por sí misma[38].

3. Problema jurídico y esquema de resolución

3.1. Corresponde a la Corte decidir sobre el amparo propuesto por Yolanda Arciniegas de García de Grijalba contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para lo cual deberá establecerse si se vulneran los derechos fundamentales de un progenitor de un miembro de la Fuerza Pública fallecido cuando (i) la entidad encargada de reconocerle la sustitución de la asignación de retiro que disfrutaba su descendiente, se niega a hacerlo argumentando que la existencia de hijos del militar, aún sin derecho a la prestación, impide su reconocimiento de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004, así como (ii) por considerar que dos declaraciones extra juicio no son suficientes para acreditar la dependencia económica del difunto.

3.2. Con tal propósito, este Tribunal (i) estudiará brevemente la naturaleza de la sustitución pensional como garantía de los derechos fundamentales, luego (ii) examinará sumariamente dicha prestación en el régimen de seguridad social de la Fuerza Pública, para finalizar (ii) con la solución del caso concreto.

4. La sustitución pensional como garantía de los derechos fundamentales

4.1. Esta Corporación ha sostenido que la sustitución pensional es una prerrogativa que le

permite a una o varias personas disfrutar de una prestación económica antes percibida por otra, para lo cual debe demostrar una legitimación determinada para reemplazar a quien venía gozando del beneficio[39]. En concreto, por lo general, los destinatarios de la sustitución de las pensiones de vejez e invalidez son el cónyuge supérstite o el compañero permanente, los hijos menores o en condición de discapacidad, y los padres o hermanos que dependían económicamente del causante[40], en tanto que la teleología de ésta institución es servir de “mecanismo de protección de los familiares del trabajador pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte, pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducida en ese momento en una mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia”[41].

4.2. Asimismo, este Tribunal ha considerado que la sustitución pensional está fundada en varios principios constitucionales, entre los cuales se encuentran:

(ii) El de reciprocidad, por cuanto de esta manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante;

(iii) El de universalidad del servicio público de la seguridad social, toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante.”[42]

4.3. En ese sentido, atendiendo a la teleología de la sustitución pensional y a su sustento en el ordenamiento superior, la Corte ha estimado que la negativa de la entidad encargada de reconocerla a los beneficiarios del causante cuando está basada en un error en la interpretación de los requisitos para acceder a la prestación o en una indebida valoración probatoria, se traduce en una vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y, en algunos casos, al mínimo vital[43].

5. La sustitución pensional en el régimen de seguridad social de la Fuerza Pública

5.1. En desarrollo del artículo 48 de la Carta Política, el Congreso y el Gobierno Nacional regularon la sustitución pensional a través de diferentes leyes y decretos reglamentarios, estableciendo un sistema general pensional para la mayoría de la población consagrado en

la Ley 100 de 1993[44], y una serie de regímenes especiales para algunos estamentos de la sociedad que están expuestos a riesgos excepcionales, como la Fuerza Pública[45].

5.2. En efecto, mediante la Ley 923 de 2004[46] se fijaron los objetivos y criterios del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y en el Decreto 4433 de 2004[47] se contemplaron los presupuestos para acceder a las diferentes prestaciones que ofrece este sistema especial de seguridad social. En lo que respecta al caso en estudio, la Sala resalta que en el artículo 40 de dicho acto reglamentario se señala que ante la muerte de un oficial, suboficial, alumno de la escuela de formación o soldado en goce de la asignación de retiro[48] o de la pensión de invalidez, sus beneficiarios “tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante”[49].

5.3. Igualmente, en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 se estipula el siguiente orden de destinatarios de la sustitución pensional:

Primer orden

“La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente[50] y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante”[51].

Segundo orden

“Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante”[52].

Tercer orden

“Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante”.

Cuarto orden

“Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante”.

Quinto orden

“Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, ni padres, la pensión le corresponderá previa comprobación de que el causante era su único sostén, a los hermanos menores de 18 años o inválidos”.

5.4. En resumen, la normatividad del régimen especial de seguridad de la Fuerza Pública consagra la sustitución pensional de la asignación de retiro en favor de los ascendientes del causante siempre que se acredite el cumplimiento de dos requisitos, a saber: (i) que no hubiere cónyuge o compañera permanente sobreviviente, ni hijos del fallecido, y (ii) que el padre o madre dependiera económicamente del miembro de la Fuerza Pública.

5.5. Ahora bien, atendiendo a las particularidades de este caso, esta Corporación considera pertinente establecer cómo ha de entenderse la exigencia de que no existan descendientes del causante para efectos de determinar si es posible reconocer o no la sustitución pensional a un progenitor de un miembro de la Fuerza Pública fallecido. Al respecto, este Tribunal evidencia que pueden extraerse dos hermenéuticas razonables del citado orden cuarto de beneficiarios, estas son:

(i) Desde una interpretación literal de la norma, se desprende que la existencia un descendiente del causante inhabilita a los padres para reclamar la sustitución pensional, puesto que su reconocimiento se limita al hecho de que “no hubiere hijos” del militar fallecido, sin importar si ellos tienen derecho o no a la prestación.

(ii) Desde una interpretación finalista de la norma, la cual se enmarca dentro del reglamento del régimen pensional especial de los miembros de las Fuerzas Militares dirigido

a otorgarles una mayor protección a sus afiliados en comparación con la dispuesta en el Sistema General de Seguridad Social[53], debe entenderse que la disposición hace referencia a “los hijos sin derecho a la prestación”, pues de lo contrario sus beneficiarios quedarían en un déficit de protección injustificado frente a la mayoría de ciudadanos a quienes se les aplica el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993[54].

En efecto, en relación con la institución jurídica de la sustitución pensional ambos estatutos establecen la posibilidad de transferir las prestaciones reconocidas en vida a sus afiliados en favor de sus familiares (artículos 40 del Decreto 4433 de 2004 y 46 de la Ley 100 de 1991), contemplando para ello un orden de beneficiarios similar (artículos 11 del Decreto 4433 de 2004 y 47 de la Ley 100 de 1991), salvo por la diferencia de redacción reseñada en torno a la existencia de hijos con o sin derecho económico para efectos de reconocer la prerrogativa de sobrevivientes a los ascendientes del causante, pudiéndose configurar de esta forma una desigualdad en caso de acogerse la hermenéutica literal, ya que tal discriminación no está compensada con alguna contraprestación especial del régimen de las Fuerzas Militares[55].

5.6. Así las cosas, teniendo en cuenta que se pretende sustituir una asignación de retiro que tiene su origen en la labor prestada por un oficial del Ejército al Estado, la Corte considera que en esta oportunidad resulta procedente aplicar el principio in dubio pro operario derivado del artículo 53 de la Constitución[56], el cual establece que toda duda hermenéutica en relación con la norma aplicable a un caso ha de resolverse en favor del trabajador[57], y por tanto, al examinarse asuntos como el estudiado en esta ocasión, los operadores jurídicos deben optar por la segunda interpretación, por cuanto resulta más propicia a los intereses de los beneficiarios de la prestación[58].

5.7. De otra parte, en relación con los estándares probatorios para demostrar el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a la sustitución pensional, en especial la dependencia económica, este Tribunal recuerda que la normatividad no establece ninguna tarifa legal específica, por lo que los interesados en acceder a la prestación cuentan con libertad probatoria para acreditar la satisfacción de los presupuestos exigidos para el efecto[59].

5.8. En consecuencia, la dependencia económica puede probarse a través declaraciones

extra juicio o cualquier otro medio probatorio[60], correspondiéndole al operador jurídico verificar la pertinencia, conducencia y utilidad de cada uno de los elementos de juicio allegados por el interesado, así como valorarlos de acuerdo a las reglas de la sana crítica para determinar si es procedente reconocer o denegar la prerrogativa pensional[61].

5.9. En ese sentido, esta Corporación en la Sentencia T-777 de 2015[62] sostuvo que “los fondos de pensiones, para efectos de estudiar las solicitudes pensionales de los ciudadanos, solo están facultados para requerir el cumplimiento de los presupuestos dispuestos en el ordenamiento jurídico, para lo cual se puede acudir a cualquier medio probatorio sin más límites que los que impone la normativa vigente. En este orden de ideas, los únicos documentos que se pueden exigir para reconocer la sustitución pensional son aquellos que resultan idóneos y pertinentes para acreditar los supuestos que dan lugar a su reconocimiento, sin más formalidades que hagan nugatorio el acceso a los derechos fundamentales”.

6. Caso concreto

6.2. Por su parte, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se opuso al amparo y pidió declararlo improcedente por no satisfacer el presupuesto de subsidiariedad[64], frente a lo cual los jueces de instancia estimaron que si bien dicho requisito se encontraba satisfecho, no era posible acceder a la protección deprecada, porque del material probatorio allegado al proceso no se evidencia que la actora cumpliera con las exigencias normativas para tener derecho a la sustitución pensional, pues no demostró su dependencia económica del difunto[65].

6.3. Al respecto, la Sala considera parcialmente equivocadas dichas determinaciones judiciales, ya que si bien comparte la argumentación desplegada en torno a la procedencia del amparo como se explicó previamente[66], no estima acertadas las razones presentadas para denegar de fondo la tutela pedida, ya que del estudio de la normatividad aplicable al caso y del examen de los elementos de juicio allegados al proceso, se concluye que la actora tiene el derecho a la sustitución de la asignación de retiro que disfrutaba en vida su hijo militar.

6.4. Específicamente, en el plenario está probado que la accionante cumple con los requisitos establecidos en los artículos 11 y 40 del Decreto 4433 de 2004 para que un padre

de un miembro de la Fuerza Pública fallecido pueda acceder al reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro que disfrutaba su descendiente militar en vida, puesto que:

(i) La ciudadana Yolanda Arciniegas de García de Grijalba es la progenitora de Víctor García de Grijalba Arciniegas, como consta en el registro civil de nacimiento de éste último[67].

(ii) Víctor García de Grijalba Arciniegas falleció el 28 de julio de 2012, como se indica en su registro civil de defunción[68].

(iii) De conformidad con el sistema de seguridad social de las Fuerzas Militares y en atención a los servicios prestados como oficial del Ejército Nacional, le fue reconocida al Coronel (r) Víctor García de Grijalba Arciniegas una asignación de retiro por la entidad demandada[69].

(iv) Víctor García de Grijalba Arciniegas era viudo, ya que con anterioridad a su muerte en julio de 2013 su esposa Margarita María de las Mercedes Ortega había fallecido[70].

(v) Las hijas del militar eran mayores de 25 años al momento de su fallecimiento y no habían sido calificadas con algún grado de invalidez, por lo cual no desplazan a la accionante en el orden de beneficiarios de la sustitución pensional[71], ya que de conformidad con la interpretación finalista del numeral 4 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 explicada anteriormente[72], los padres de un oficial fallecido pueden acceder a dicha prestación si no existen descendientes con derecho a la misma.

(vi) En vida Víctor García de Grijalba Arciniegas velaba por el sostenimiento de su progenitora, apoyándola económicamente como lo expresaron bajo juramento Consuelo Hernández de Gutiérrez y Ciro Jesús Fernando Duarte Díaz ante la Notaria Primera del Circuito de Villavicencio[73]. En efecto, en las declaraciones extra juicio, que no fueron controvertidas por la parte demandada y este Tribunal tiene por ciertas, los testigos indican:

“Que conocí de vista trato y comunicación personal de toda la vida al señor VÍCTOR GARCÍA DE GRIJALBA ARCINIEGAS (Q.E.P.D), quien se identificó con la C.C No. 3.289.471 de Bogotá D.C., quien falleció por muerte natural en la ciudad de Bogotá D.C, el día 28 de julio de

2013, así mismo sé y me consta que para la fecha su fallecimiento el causante era de estado civil soltero por viudez, igualmente declaro que hasta la fecha de su fallecimiento el causante no convivía en matrimonio, ni en unión libre con nadie, sé y me consta que el causante tenía dos hijas CRISTINA GARCÍA DE GRIJALBA ORTEGA y CAROLINA GARCÍA DE GRIJALBA ORTEGA a la fecha mayores de 25 años, igualmente declaro que el causante no tenía más hijos reconocidos ni por reconocer, ni adoptados o nombrados como tal, así mismo declaro que la señora YOLANDA ARCINIEGAS DE GARCÍA DE GRIJALBA identificada con la C.C No. 26.655.226 de Santa Marta era la progenitora del señor VÍCTOR GARCÍA DE GRIJALBA ARCINIEGAS (Q.E.P.D) y dependía económicamente de él, era el quien le colaboraba con sus gastos médicos, y con los gastos de alimentación (mercado) y le giraba dinero mensualmente a la cuenta, igualmente declaro que no conozco más herederos o beneficiarios de la pensión de VÍCTOR GARCÍA que su progenitora antes mencionada". (Subrayado fuera del texto original).

(vii) La Corte Constitucional ha señalado que para acceder a la sustitución pensional no es necesario demostrar una dependencia económica absoluta del familiar fallecido, sino que se debe acreditar una afectación al mínimo vital cualitativo, entendido como la satisfacción de los recursos económicos suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna[74], por lo que:

“(a) El salario mínimo no es determinante de la independencia económica[75].

(b) No constituye independencia económica recibir otra prestación[76]. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993[77].

(c) La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional[78]”.

6.5. En consecuencia, la Sala encuentra que la negativa de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de reconocerle la prestación pensional a la accionante a pesar de que cumple con los requisitos exigidos por la normatividad para el efecto, vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, por lo cual revocará los fallos de instancia y accederá a la protección deprecada, dejando sin efectos las resoluciones

cuestionadas, así como ordenándole al Director General de la entidad que proceda a reconocer, liquidar y pagar la sustitución de la asignación de retiro que disfrutaba en vida el Coronel (r) Víctor García de Grijalba Arciniegas a su progenitora, junto con el respectivo retroactivo, comoquiera que ninguna de las mesadas causadas se encuentra prescrita[81].

IV. 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.- REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Villavicencio, el 22 de junio de 2015, y por la Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad, el 4 de agosto de la mencionada anualidad, dentro del proceso de amparo de la referencia; y en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Yolanda Arciniegas de García de Grijalba.

SEGUNDO.- DECLARAR sin valor, ni efecto jurídico las resoluciones 1208 y 5200 de 2014 proferidas por el Director General de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares.

TERCERO.- ORDENAR al Director General de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a reconocer, liquidar y pagar la sustitución de la asignación de retiro que disfrutaba en vida el Coronel (r) del Ejército Víctor García de Grijalba Arciniegas a su progenitora la ciudadana Yolanda Arciniegas de García de Grijalba, junto con el respectivo retroactivo.

CUARTO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA T-113/16

DERECHO A LA SUSTITUCION DE LA ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO PARA MADRE DE MIEMBRO DE LA FUERZA PUBLICA FALLECIDO-Caso en que la aplicación del Decreto 4433 de 2004 resulta inconstitucional al existir un déficit de protección de los beneficiarios de las Fuerzas Militares (Aclaración de voto)

DERECHO A LA SUSTITUCION DE LA ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO PARA MADRE DE MIEMBRO DE LA FUERZA PUBLICA FALLECIDO-Caso en que se vulnera el derecho a la igualdad material a la accionante al aplicar un trato diferente y desfavorable que repercute en su mínimo vital y seguridad social (Aclaración de voto)

Referencia: T-5.189.153

Accionante: Yolanda Arciniegas de García de Grijalba contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero

Con mi acostumbrado respeto por las consideraciones de la mayoría, aclaro mi voto frente a la sentencia de tutela aprobada por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en sesión del cuatro (4) de marzo de dos mil dieciséis (2016), por las razones que a continuación expongo.

1. La Sala resolvió amparar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Yolanda Arciniegas al estimar contraria a tales derechos la decisión de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de negar el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro de su hijo fallecido, argumentando (i) que la existencia de hijos del militar, aún sin derecho a la prestación, impedía el reconocimiento a sus ascendientes de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004 y (ii) que dos declaraciones extra juicio son insuficientes para acreditar la dependencia económica del difunto. La razón de la decisión indica que a la luz de una interpretación finalista de la norma aplicable[82] “deb[ía] entenderse que la disposición hace referencia a “los hijos sin derecho a la prestación” pues de lo contrario sus beneficiarios quedarían en un déficit de protección injustificado frente a la mayoría de ciudadanos a quienes se les aplica el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993”[83].

2. Aunque comparto la decisión de amparar los derechos fundamentales de la accionante, considero que era necesario para justificar con mayor rigurosidad la decisión, realizar una excepción de inconstitucionalidad del literal 11.4 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004. La propuesta de la sentencia de realizar una interpretación finalista de la norma desconoce que el propósito de la norma en cuestión es reglamentar situaciones pensionales en un régimen excepcional, que consagra un orden de destinatarios de la sustitución pensional en la cual no se da cabida a suceder la asignación de retiros a los ascendientes, cuando sí existan hijos del causante, así éstos tengan o no derecho a la prestación. Sin embargo, la aplicación de la ley en concreto, resulta inconstitucional, razón por la cual en el no se puede inobservar que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones

constitucionales...”[84].

En el caso objeto de estudio en la sentencia de la referencia, la aplicación del Decreto 4433 de 2004 resulta inconstitucional al existir un déficit de protección de los beneficiarios de las Fuerzas Militares, tratándose de un sujeto de especial protección constitucional –de 95 años de edad, con problemas de salud y cuyo mínimo vital está amenazado-, se le vulnera el derecho a la igualdad material a la accionante al aplicar un trato diferente y desfavorable que repercute en su mínimo vital y seguridad social. Lo anterior ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional al señalar que las decisiones administrativas que traten sobre el reconocimiento del derecho a la pensión y desconozcan los derechos de sujetos de especial protección constitucional por afectación al mínimo vital, deben ser retiradas del ordenamiento jurídico por ser contrarios a los fines del Estado social de derecho, la solidaridad y la igualdad material[85]. Ello implica que una aplicación exegética de la norma, desconoce derechos fundamentales y por tanto, es necesario exceptuar en concreto su aplicación para que, en su lugar, se le dé validez y efectividad a disposiciones de la Constitución Política.

Por ejemplo, en la sentencia T-806 de 2011[86], la Corte estudió el siguiente problema jurídico: “¿Vulnera una entidad encargada del reconocimiento y pago de derechos pensionales (Ministerio de Defensa Nacional) los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de la hermana de un pensionado fallecido (María de Jesús Mora Vásquez), al negarle el reconocimiento de la sustitución pensional por ella solicitada, argumentando que las normas especiales que regulan los derechos pensionales que esa entidad reconoce, no contemplan a los hermanos mayores de edad de los pensionados sin alternativa económica como beneficiarios de la sustitución pensional, sin tener en cuenta que la peticionaria es una persona de avanzada edad, enferma, que dependía económicamente de su hermano y que lo cuidó durante los últimos años de su vida?” En aquella ocasión, se decidió que la aplicación de las normas especiales que regulan la sustitución pensional, en el caso concreto, era inconstitucional porque desconocía el principio constitucional de igualdad que rige las decisiones sobre reconocimiento de prestaciones sociales, por medio de las cuales se hace efectivo el derecho a la seguridad social.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

[1] Según se indica en el registro civil de defunción de Víctor García de Grijalba Arciniegas visible en el folio 9 del cuaderno principal. Para este caso, en adelante, cuando se haga referencia a un folio del expediente, se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[2] Como consta en el numeral 3 de la parte considerativa de la Resolución 1208 del 2014 proferida por el Director General de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares (Folios 8 a 11).

[4] Como consta en el numeral 2 de la parte considerativa de la Resolución 5200 del 2014 proferida por el Director General de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares (Folios 12 a 13).

[5] Folios 12 a 13.

[6] Folio 47.

[7] Como consta en el acta individual de reparto (Folio 27).

[8] Folios 1 a 7.

[9] En el escrito tutelar se hace referencia a las sentencias T-136 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-1043 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

[10] Las declaraciones fueron firmadas por Consuelo Hernández de Gutiérrez y Ciro Jesús Fernando Duarte Díaz (Folios 18 y 19).

[11] En la cédula de ciudadanía de Yolanda Arciniegas de García de Grijalba se indica que nació el 31 de diciembre de 1920 (Folio 17).

[12] Para sustentar sus afirmaciones la actora allegó copia de su historia clínica (Folios 20 a 26).

[13] Folios 35 a 37.

[14] Folios 51 a 56.

[15] Folios 67 a 68.

[16] M.P. María Victoria Calle Correa.

[17] Folios 4 a 9 del cuaderno de segunda instancia.

[18] Folios 3 a 13 del cuaderno de revisión.

[19] Artículo 52 del Acuerdo 02 de 2015.

[20] “Artículo 86. (...) El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión (...)” // “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (...)”.

[21] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[22] “Artículo 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 (...)”. (Subrayado fuera del texto original).

[23] “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 (...)”. (Subrayado fuera del texto original).

[24] De conformidad con la Ley 489 de 1998, los Decretos Ley 2342 de 1971 y 2002 de 1984, así como las disposiciones de su estatuto interno (Acuerdo No. 008 del 31 de octubre de 2002).

[25] Cfr. Sentencia T-212 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[26] Folio 47.

[27] Folio 27.

[28] Sobre la afectación permanente en el tiempo de derechos fundamentales y su relación con el presupuesto de inmediatez, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T- 1110 de 2005 (M.P. Huberto Antonio Sierra Porto), T-425 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-172 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[29] Artículo 48 de la Constitución.

[30] Cfr. Sentencia T-493 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[31] Al respecto, ver, entre otras, las sentencias T-129 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-335 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), SU-339 de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-664 de 2012 (M.P. Adriana María Guillén Arango).

[32] Respecto a la existencia de mecanismos judiciales ordinarios la Corte, en Sentencia T-453 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), señaló que: “Fue así como la Constitución Política dispuso un sistema jurídico al que todas las personas tienen derecho a acceder, con el fin de que, en el mismo, todos los conflictos jurídicos fueren resueltos en derecho en virtud de normas sustanciales y procesales preexistentes, erigiendo diversas jurisdicciones (ordinaria -artículo 234-, contencioso administrativa -artículo 236-, constitucional -artículo 239-) y en cada una de éstas determinando la competencia material, las autoridades y las acciones y procedimientos para su acceso.// De esta forma, el ordenamiento jurídico ofrece normas procesales y sustanciales ejecutadas por autoridades previamente instituidas, para que sean resueltos todos los conflictos que en él sucedan. (...)// Así, la acción de tutela es un mecanismo efectivo para el amparo de los derechos fundamentales cuyo ejercicio ante la existencia de otros medios de defensa judicial, no significa el remplazo de éstos, sino el desarrollo mismo de su finalidad, esto es, que en interés de la salvaguarda de los derechos

fundamentales afectados, la acción de tutela procederá de manera excepcional y subsidiaria ante la inexistencia de un medio de defensa judicial o ante la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable”.

[33] Ver los artículos 149 a 158 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo relacionados con la distribución de competencias dentro de la jurisdicción.

[35] Como consta en la cédula de ciudadanía de la accionante (Folio 17).

[36] La teoría de la vida probable establece que el operador judicial al examinar la procedencia de la acción de tutela en materia pensional, debe considerar como persona de la tercera edad a quien haya superado o se encuentra cercana a superar la expectativa de vida establecida por el DANE, con el fin de no desconocer (i) la subsidiariedad que caracteriza la acción de tutela y (ii) la competencia adjudicada por el legislador a la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de la seguridad social. Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-138 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-300 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-073 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-431 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-960 de 2012 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-493 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[37] De conformidad con el documento oficial de Proyecciones de Población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE) para el quinquenio 2015-2020, el índice de esperanza de vida de las mujeres colombianas es de 79.39 años.

[38] Supra I, 2.3.

[39] Cfr. Sentencia T-1260 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[40] Ver las sentencias T-190 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-932 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[41] Sentencia T-431 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[42] Sentencia C-336 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

[43] Cfr. Sentencias T-471 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-004 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[44] “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

[45] A ese respecto, en la Sentencia T-757 de 2015 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), se expuso que “como es bien sabido, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Seguridad Social Integral, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que la misma define. // El sistema en mención, de acuerdo con el artículo 10º de la ley en cita, tiene como objeto i) garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que dicha norma determina – dentro de las cuales se encuentran las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivientes, así como también, la sustitución pensional y la indemnización sustitutiva, entre otras – y ii) propender hacia la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos poblacionales no cubiertos con un sistema de pensiones. // De conformidad con lo consagrado en el artículo 279, la Ley 100 establece una serie de gremios frente a los cuales no resulta aplicable el Sistema Integral de Seguridad Social. Entre ellos, se encuentra el relativo a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuya única excepción es para quienes se vinculen a partir de la entrada en vigor de la normativa en comento”.

[46] “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.

[47] “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

[48] La asignación de retiro ha sido entendida por esta Corporación como “una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce (...)”. Sentencia C-432 de

2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[49] Al respecto, en la Sentencia T-578 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) se explicó que “la sustitución pensional se enmarca dentro del derecho a la seguridad social y tiene como propósito, satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien sustituye a la persona que disfrutaba de una pensión o tenía derecho a su reconocimiento, una vez producido el fallecimiento de ésta, en razón a la desprotección que se genera por esa misma causa”.

[50] Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas según el parágrafo 2° del referido artículo 11 del Decreto 4433 de 2004: “a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte; b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior. Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b del presente parágrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo

convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”.

[51] El párrafo 1° del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 estipula que “el vínculo entre padres, hijos y hermanos será el establecido en el Código Civil, y la calificación de la invalidez de los beneficiarios, será acreditada con fundamento en las normas del Sistema de Seguridad Social Integral que regulan lo concerniente a la determinación de dicho estado”.

[52] El último inciso del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 determina que “la porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de estos entre sí y a la del cónyuge, y la de los padres entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá lugar a acrecimiento”.

[53] Sobre el particular pueden consultarse las Sentencias T-547 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-073 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo), así como el fallo del 29 de abril de 2010 de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado (C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) proferido dentro del proceso 68001-23-15-000-2005-01238-01(1259-09), en el que se concluyó que “la finalidad de los regímenes especiales es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tornarse en un elemento de discriminación para dificultarles el acceso a los derechos mínimos consagrados en la Legislación para la generalidad, lo cual significa, que si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general, se impone la aplicación de ésta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula”.

[54] El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 establece que “son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: (...) d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este (...)”.

[55] En la Sentencia T-073 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo), se sostuvo que “si bien la existencia de regímenes especiales en materia de seguridad social no vulnera el derecho fundamental a la igualdad, pueden presentarse casos específicos en que las disposiciones de los mismos resulten menos favorables que el régimen general, y las demás

prestaciones contempladas no tienen la potencialidad de compensar tal afectación, razón por la cual, en aplicación del principio de favorabilidad, se debe recurrir al régimen general, establecido en la Ley 100 de 1993”.

[56] “Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (...)”. (Subrayado fuera del texto original).

[57] Cfr. Sentencia C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

[59] Ver, entre otras, las Sentencias T-921 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T-324 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-373 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[60] El artículo 165 del Código General del Proceso establece “Medios de prueba. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento (...)”.

[61] En la Sentencia T-777 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa), se explicó que “en materia pensional, el régimen de libertad probatorio es mucho más amplio, toda vez que mediante elementos idóneos, pertinentes, conducentes y legales se puede demostrar el cumplimiento de los requisitos normativos para tal fin. Por tanto, la imposición de formas no consagradas en las normas vigentes (i) implica una limitación a dicha facultad; (ii) crea requisitos extralegales bajo criterios e interpretaciones particulares de los fondos pensionales que dificultan el acceso a la prestación económica; (iii) va en contra del principio de legalidad al desplazar la voluntad del legislador e (iv) impide que los

ciudadanos puedan ejercer la defensa de sus derechos adecuadamente”.

[62] M.P. María Victoria Calle Correa.

[63] Supra I, 2.

[64] Supra I, 3.

[65] Supra II, 1 y 3.

[66] Supra III, 2.

[67] Folio 14.

[68] Folio 15.

[69] Como consta en el numeral 1 de la parte considerativa de la Resolución 1208 del 2014 proferida por el Director General de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares (Folios 8 a 11).

[70] Según se reseña en el numeral 3 de la parte considerativa de la Resolución 1208 del 2014 proferida por el Director General de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares (Folios 8 a 11).

[71] Ibídem.

[72] Supra III, 5.5 y 5.6.

[73] Folios 18 a 19.

[74] Cfr. Sentencia T-471 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[75] Sentencia T-574 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[76] Sentencia T-281 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[77] Dispone la norma en cita: “Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”.

[78] Sentencias T-574 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T- 996 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[79] Al respecto, esta Corporación en la Sentencia T-401 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) consideró que “el principio de dignidad humana resulta vulnerado cuando se somete a una persona a vivir de la caridad ajena, existiendo la posibilidad de que tenga acceso a unos recursos económicos propios que le permitan subvenir algunas de sus necesidades básicas”.

[80] La Corte resalta que la accionante para probar sus afirmaciones allega su historia clínica y dos declaraciones extra juicio que respaldan su versión (Folios 18 a 26).

[81] En efecto, como el derecho a la sustitución pensional se causó desde la muerte de Víctor García de Grijalba Arciniegas el 28 de julio de 2013, para la fecha de esta providencia no han transcurrido más de tres años que impliquen la prescripción de alguna de las mesadas causadas pero no cobradas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo. Al respecto, se pueden consultar las Sentencias T-208 de 2012 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-722 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-494 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[82] El artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 consagra el orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo, de la siguiente manera: “Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.

11.2 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión

corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante.

11.3 Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.

11.4 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante.

(...)”.

[83] Consideración número 5.5 de la sentencia T-113 de 2016.

[84] Artículo 4 de la Constitución Política.

[85] Ver sentencia C-111 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[86] (M.P. María Victoria Calle Correa).