

T-459-19

Sentencia T-459/19

SUSTITUCION PENSIONAL-Naturaleza, finalidad y principios constitucionales

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

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

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 las Fuerzas Militares, reconocer, liquidar y pagar la sustitución de la asignación de retiro a la accionante

Referencia: Expediente T-7.424.729.

Vinculada: Dirección General de Sanidad Militar.

Procedencia: Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Asunto: procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de prestaciones sociales. La ausencia de hijos dependientes habilita a los padres que lo requieran a ser beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro de miembros de la Fuerza Pública.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, siete (7) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C, del 29 de abril de 2019, que revocó la sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C, el 11 de marzo de 2019, que concedió transitoriamente el amparo solicitado por Blanca Cecilia Amaya de Lancheros en contra del Ministerio de Defensa Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL).

El asunto llegó a la Corte Constitucional, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por remisión que efectuó la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. El 28 de junio de 2019, la Sala Número Seis de Selección de Tutelas de esta Corporación escogió el presente caso para su revisión.

## I. ANTECEDENTES

El 8 de noviembre de 2018, Blanca Cecilia Amaya de Lancheros formuló acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa Nacional y de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), con el propósito de que se ampararan sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana.

### A. Hechos y pretensiones

1. El señor Luis Eduardo Lancheros Amaya, hijo de la demandante, recibió mediante la Resolución No. 1458 del 8 de julio de 1988[1] una asignación de retiro de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que lo hizo acreedor a un reconocimiento mensual y vitalicio para cubrir sus necesidades básicas y las de su familia.

2. La señora Blanca Cecilia, madre del señor Lancheros Amaya, vivía con su hijo. Desde hacía varios años, estaba inscrita en el sistema de salud como su beneficiaria[2] y dependía económicamente de él, hasta el momento de su fallecimiento, que ocurrió el siete (7) de junio de 2018[3].

3. El señor Lancheros Amaya era un hombre divorciado desde el 2003[4], y padre de tres hijos, quienes a la fecha de interposición de la acción de tutela tenían 38, 34 y 27 años. Ninguno de ellos dependía económicamente del padre[5] ni se encontraba en situación de discapacidad.

4. Por ende, mediante escritos radicados el 6 y 12 de julio de 2018, la accionante solicitó la sustitución de la asignación de retiro que disfrutaba su hijo[6], dada su particular necesidad personal.

5. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en Resolución No. 16500 del 19 de julio de 2018, negó el reconocimiento de la sustitución solicitada, por considerar que, de conformidad con los artículos 11.3 y 40 del Decreto 4433 de 2004[7], la sustitución de la asignación de retiro a los padres que dependen económicamente del causante solo resulta procedente cuando dicho causante no tiene hijos. Según la entidad, como el “militar fallecido tuvo un hijo, de nombre LUIS EDUARDO LANCHEROS RIBÓN”[8], lo procedente era negar la sustitución[9]. Y en el mismo acto administrativo declaró la extinción del derecho a la asignación de retiro por fallecimiento, “al no existir beneficiarios que acrediten el derecho a acceder a la sustitución pensional”[10].

6. La accionante interpuso recurso de reposición en contra de la decisión anterior, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 19021 del 20 de septiembre de 2018, confirmándola.

7. La señora Blanca Cecilia, que tiene a la fecha 89 años, sostiene que con la determinación de la entidad accionada no sólo quedó desamparada económicamente, sino que le

suspendieron también los tratamientos médicos suministrados, relacionados con el glaucoma y la tendinitis que padece. En consecuencia, solicita el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana y pide, por consiguiente, que se le reconozca y pague la sustitución de la asignación de retiro que disfrutaba su hijo, junto con su correspondiente retroactivo. También, que se le reanuden paralelamente los servicios médicos correspondientes, con el propósito de continuar con los tratamientos y terapias que venía recibiendo.

#### B. Actuaciones en sede de tutela

Mediante Auto del 9 de noviembre del 2018[11], el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá avocó el conocimiento de la acción de tutela de la referencia y ordenó notificar y dar traslado al Ministerio de Defensa Nacional y a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

Pese a que el Ministerio de Defensa Nacional fue debidamente notificado[12] del auto admisorio de la tutela, dicha entidad guardó silencio.

#### Respuesta de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

En escrito radicado el 15 de noviembre de 2018, el apoderado judicial[13] de la entidad accionada contestó la acción de tutela. Expuso que la CREMIL debe contar con “los elementos de juicio suficientes para efectuar el reconocimiento de la sustitución pensional de conformidad con la normatividad aplicable, sin desconocer los derechos de quienes reclaman la misma”[14]. Al respecto citó el artículo 185 del Decreto Ley 1211 de 1990[15], que establece el orden de beneficiarios de las prestaciones sociales por causa de muerte de oficiales y suboficiales en servicio activo o que gozan de la asignación de retiro o pensión.

Sobre la improcedencia del amparo constitucional, adujo que “no le corresponde al Juez de Tutela reconocer las prestaciones económicas solicitadas por esta vía, pues, para ello existe la jurisdicción competente la cual determina el procedimiento correspondiente a seguir”[16]. Además, “la presente tutela no fue interpuesta de manera transitoria por haberle causado un perjuicio irremediable al actor [sic] con base en los hechos expuestos en el libelo de la demanda”[17]. Pidió entonces que se declarara la improcedencia de la acción de tutela porque la accionante cuenta con otros medios judiciales para reclamar su derecho.

#### C. Decisiones objeto de revisión

El Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que recibió en primera instancia la presente acción de tutela, profirió decisión el 23 de noviembre de 2018[18]. No obstante, dicha providencia fue anulada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al considerar necesaria la vinculación de la Dirección General de Sanidad Militar en el proceso. Por lo anterior, el juez de tutela de primera instancia vinculó al presente trámite a la mencionada Dirección General[19], y profirió la sentencia que ahora se revisa.

## Fallo de tutela de primera instancia

El Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia del 11 de marzo de 2019, amparó de manera transitoria los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna de la accionante y ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) que le otorgara, por un término de seis meses, la sustitución de la asignación de retiro en la proporción a la que tuviera derecho. También ordenó que se reactivara su afiliación en el servicio de salud y negó el reconocimiento del retroactivo de la sustitución.

Como sustento de la decisión, afirmó que efectivamente la accionante tiene 89 años, se encontraba afiliada al sistema de salud como beneficiaria de su hijo ahora fallecido, y las patologías que manifestó padecer no fueron controvertidas por la entidad accionada. Para el juez, en consecuencia, era necesario reactivar la afiliación al sistema de salud de la accionante “pues la ausencia de esta pone en riesgo su vida, circunstancia que podría devenir en un perjuicio irremediable”[20]. Así mismo, reconoció que la declaración extrajuicio aportada por la accionante ante la CREMIL evidencia su dependencia económica y, por lo tanto, la negativa de reconocimiento de la sustitución afecta su derecho al mínimo vital.

Expuso que la entidad accionada le dio una interpretación errónea al artículo 11.3 del Decreto 4433 de 2004 pues la norma exige para la sustitución que no existan hijos menores de 18 años, hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, o hijos en situación de discapacidad y, por lo tanto, “el hecho que el fallecido procreara tres hijos, no puede excluir a la progenitora del beneficio, sino que existiendo éstos, deben tener las mencionadas características”[21]. Junto con esta consideración, sostuvo que se acreditaba que no había otras personas con mejor derecho a la sustitución de la asignación de retiro que la madre del causante, pues dedujo “que no se presentaron más personas a reclamar la sustitución”[22], ya que la CREMIL corroboró esa situación, al declarar extinto el derecho a la asignación de retiro que ostentaba en vida el hijo de la accionante.

## Impugnación

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) impugnó la decisión y expuso argumentos similares a los descritos en la respuesta a la acción de tutela[23]. También adujo que no “se demostró la dependencia económica de la señora BLANCA CECILIA AMAYA DE LANCHEROS, del militar”[24] fallecido.

## Fallo de tutela de segunda instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 29 de abril de 2019, revocó la decisión proferida en primera instancia. Señaló que de acuerdo con la Sentencia T-076 de 2018[25], para analizar si procede la acción de tutela contra actos administrativos debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales y alguna de las causales específicas de procedencia. En particular, señaló que no se cumple el requisito de agotamiento de todos los medios de defensa judiciales al alcance de la accionante, pues ella ha omitido el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho junto con la solicitud de suspensión provisional de las resoluciones.

Expuso, además, que no se demostró que la interpretación que realizó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de lo previsto en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 fuese arbitraria, y que la edad de la accionante no da lugar automáticamente a conceder un amparo transitorio.

#### D. Actuaciones en sede de revisión

El 31 de julio de 2019, la Magistrada Sustanciadora profirió auto en el que solicitó información a la accionante acerca de su situación económica, su dependencia respecto de su hijo fallecido, su estado de salud y su afiliación al sistema de salud.

Además, se ofició al Ministerio de Defensa Nacional, a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) y a la Dirección General de Sanidad Militar para que allegaran información acerca del estado de la afiliación de la accionante a los servicios de salud y si ella tiene o tenía tratamientos médicos prescritos y en curso.

Mediante informes del 12 y 13 de agosto de 2019[26], la Secretaría General de la Corte Constitucional informó al despacho, que no recibió respuesta alguna por parte de la accionante o las entidades accionadas y vinculadas al trámite de tutela sobre los requerimientos de esta Corporación, a excepción de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL).

Por lo anterior, la Magistrada Sustanciadora profirió el Auto del 14 de agosto de 2019[27] con el fin de requerir a la parte actora, al Ministerio de Defensa Nacional y a la Dirección General de Sanidad Militar sobre la información previamente solicitada y no aportada por las partes.

#### Respuesta de Blanca Cecilia Amaya de Lancheros

La accionante informó, en virtud del requerimiento, que vive sola[28] y su núcleo familiar está compuesto por siete hijos, “los cuales se llaman, Rosalba Lancheros Amaya la cual tiene 64 años de edad y tiene por ocupación ama de casa, Carlos Julio Lancheros Amaya el cual tiene 62 años de edad y tiene por ocupación panadero y tiene tres hijos. Blanca Cecilia Lancheros Amaya la cual tiene 61 años de edad tiene por ocupación ama de casa y tiene tres hijos, Álvaro Lancheros Amaya es taxista de oficio y tiene tres hijos. Miguel Ángel Lancheros Amaya tiene 59 años y desempleado en el momento y tiene dos hijos, María Estela Lancheros Amaya tiene 56 años y tiene como profesión ama de casa, Ana Yolanda Lancheros Amaya es ama de casa y tiene tres hijos”[29].

Acerca de su situación económica expuso que, como le fue concedida transitoriamente la pensión “por seis meses”, tiene ahorrado para su manutención, “[un] mes [que] equivale [a] tres millones (3.000.000.00) de pesos”[30]. Agregó que la situación económica de su núcleo familiar “es complicada debido [a] que ninguno de mis hijos es profesional y tienen oficios varios, no son pensionados debido a la misma actividad informal que ejercieron durante su vida laboral. Sus ingresos son distribuidos dentro de sus hijos y nietos”[31]. Manifestó que “en estos momentos no tengo ingresos ni privados ni públicos y tengo que sufragar gastos propios como, por ejemplo: los servicios públicos como el agua, la luz y el gas, además las consultas médicas ya que en estos momentos no tengo afiliación a una EPS”[32].

Sobre su condición de salud, manifestó que sufre de glaucoma en los dos ojos, pérdida total de audición en el oído derecho, hipertensión arterial y vértigo[33]. Para apoyar estas afirmaciones, aportó su historia clínica del 8 de agosto de 2019, en la cual constan los diagnósticos de hipertensión arterial desde hace cinco años, glaucoma e hipoacusia bilateral severa de predominio derecho[34].

Respecto de su afiliación al sistema de seguridad social en salud aportó una certificación suscrita por el Coordinador del Grupo de Afiliación y Validación de Derechos de la Dirección General de Sanidad Militar en la cual consta que la accionante “perteneció al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares (ARC) a través de CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, su estado es Inactivo”[35]. La misma certificación establece que la accionante ingresó al sistema el 23 de noviembre de 2018 y finalizó el 25 de junio de 2019 con 31 semanas de afiliación.

La accionante anexó a su escrito, además, una declaración rendida bajo juramento[36] ante notario público por Roberto Sánchez Avella[37], del 12 de agosto de 2019, en la cual informa que Luis Eduardo Lancheros Amaya - hijo de la accionante -, falleció el 6 de junio de 2018 y que “al momento de fallecer” la madre “vivía junto con su hijo -Luis Eduardo Lancheros Ribol [nieto de la accionante]”[38] en la casa de la demandante. También aportó la declaración extrajuicio rendida ante notario público por Jacqueline Romero Noguera[39] en la que expuso que conoció “de vista, trato y comunicación por más de treinta (30) años al señor LUIS EDUARDO LANCHEROS AMAYA, quien falleció el día siete (07) de junio del año dos mil dieciocho (2018) [...] y por el conocimiento que de él tuve me consta que falleció de sesenta y nueve años de edad, siendo de estado civil divorciado y contrajo matrimonio, por el rito católico y tuvo tres hijos legítimos [sic]: MARÍA EUGENIA LANCHEROS RIBON de 39 años de edad, BLANCA CECILIA LANCHEROS RIBON de 35 años de edad y LUIS EDUARDO LANCHEROS RIBON de 28 años de edad; me consta además que convivió desde el 2006 bajo el mismo techo con su madre la señora BLANCA CECILIA AMAYA DE LANCHEROS [...] quien dependía económicamente de LUIS EDUARDO para todos los gastos de manutención”[40].

Respuesta de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL)

La apoderada judicial[41] de la entidad expuso que le corresponde a la Dirección general de Sanidad Militar “[a]segurar la prestación del servicio de salud al personal de afiliados y beneficiarios en las áreas de promoción, prevención protección, recuperación, rehabilitación [...]”[42].

Respuesta de la Dirección General de Sanidad Militar

Al escrito de respuesta adjuntó la misma certificación firmada por el Coordinador del Grupo de Afiliación y Validación de Derechos de la Dirección General de Sanidad Militar que fue aportada por la accionante[46] y un oficio del 24 de mayo de 2019, por medio del cual la Dirección General de Sanidad Militar le notifica a la demandante que “a partir del 25 de mayo de 2019 su estado de afiliación es PROVISIONAL y a partir de esta fecha cuenta con 30 días de protección médica en salud para la atención de urgencias y, el día 25 de junio de 2019 se procederá a INACTIVAR su afiliación en la Base Datos [sic] de Afiliados al Subsistema de Salud Fuerzas Militares”[47]. En el mismo documento se indicó a la

accionante que iniciara “las gestiones necesarias para solicitar y/o regularizar su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de una EPS de régimen contributivo o subsidiado de su preferencia”[48].

## II. CONSIDERACIONES

### Competencia

1. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### Asunto objeto de análisis y problema jurídico

2. En el caso objeto de estudio, la accionante, que en estos momentos tiene 89 años, le fue diagnosticado glaucoma, hipertensión arterial e hipoacusia bilateral severa de predominio derecho.

Su hijo, al momento de la muerte, disfrutaba de una asignación de retiro otorgada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que le fue denegada a la demandante en la modalidad de sustitución, bajo el argumento de que se trata de una prestación que no se puede entregar a los padres dependientes del causante – así la necesiten -, cuando existen hijos concebidos por el militar retirado. La entidad accionada, en consecuencia, consideró que no se cumplían los requisitos previstos en los artículos 11.3 y 40 del Decreto 4433 de 2004 que establecen el orden de los beneficiarios de esta prestación social, a pesar de que, en este caso, el hijo del causante, conforme a lo señalado por la entidad, era una persona de 28 años.

Como consecuencia de la negativa de la sustitución pensional, la accionante se siente amenazada en su mínimo vital, y alega que le fueron suspendidos los servicios clínicos a cargo de la Dirección General de Sanidad Militar, pese a que requiere tratamiento médico para sus enfermedades.

La demandante interpuso, en consecuencia, acción de tutela por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, razón por la que solicita que se le reconozca y pague la sustitución de la asignación de retiro que disfrutaba su hijo, junto con el correspondiente retroactivo. Así mismo, solicita que se le reanuden los servicios médicos para continuar sus tratamientos.

3. Por todo lo anterior, de ser constatada la procedibilidad de la acción constitucional, la Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Viola los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la demandante, la decisión de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) de negarle la sustitución de la asignación de retiro de su hijo, bajo el argumento de que no tiene derecho a ella en virtud de lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004 porque el militar en retiro tuvo hijos, a pesar de que la demandante es una persona de la tercera edad de 89 años, dependiente económicamente del fallecido por ser su madre, y

que el hijo del causante al que alude la entidad es una persona mayor de 25 años que no se encuentra en situación de discapacidad?

Procedencia de la acción de tutela

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

5. Conforme con el artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

En el caso objeto de estudio, la acción de tutela fue interpuesta por Blanca Cecilia Amaya de Lancheros a quien la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) le negó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro que su hijo disfrutaba en vida. En consecuencia, la legitimación por activa, en los términos del artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, se encuentra comprobada porque quien interpone la acción de tutela es la que alega vulnerados sus derechos fundamentales.

6. Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

En el asunto de la referencia se constata que el Ministerio de Defensa Nacional, y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) son las autoridades públicas a quienes se les atribuyen las acciones presuntamente violatorias de los derechos fundamentales y de las cuales se pueden predicar actos para que cesen o impidan que la presunta vulneración de los derechos fundamentales continúe.

Inmediatez

7. La denegación del reconocimiento pensional por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) se declaró mediante Resolución del 20 de septiembre de 2018. La acción de tutela se promovió el 8 de noviembre de 2018[49]. En consecuencia, entre la actuación presuntamente violatoria de los derechos fundamentales y la radicación de la solicitud de amparo constitucional transcurrió un mes y 19 días, tiempo que la Sala considera que es un plazo razonable y oportuno para la interposición de la acción, acorde con la necesidad de protección urgente de los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana que alega la demandante.

Subsidiariedad

8. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial dispone para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este

mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

Esta Corporación ha señalado que el ordenamiento jurídico dispone de una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos de las personas. En este orden de ideas, desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela vaciaría de contenido los otros mecanismos de defensa judicial que han sido previstos en las normas constitucionales y legales para proteger los derechos invocados.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia[50].

9. De acuerdo con lo expuesto, es procedente el amparo constitucional cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela también debe analizarse de una manera flexible, cuando así lo amerite el caso concreto. En ese orden de ideas, con fundamento en los artículos 86 superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, este Tribunal ha determinado que existen dos excepciones que justifican la procedibilidad[51] de la acción de tutela, aún en aquellos eventos en que exista otro medio de defensa judicial, así:

(i) Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia; escenario en el que el amparo es procedente como mecanismo definitivo; y,

(ii) Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable; circunstancia en la que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

10. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios de defensa judiciales, debe realizarse en cada caso una evaluación de la idoneidad del mecanismo propuesto, para determinar si dicho medio judicial tiene la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal y debe tener en cuenta que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Así, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción de tutela puede proceder de manera definitiva.

11. En el caso de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha reconocido también una mayor flexibilidad en lo concerniente al cumplimiento del requisito de subsidiariedad. En efecto, en tales oportunidades y con ocasión del mencionado requisito, el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar si este se encuentra en la imposibilidad de ejercer el medio de defensa, en igualdad de condiciones al común de la sociedad[52]. De esa valoración dependerá establecer si el requisito de subsidiariedad se cumple en el caso concreto, o no.

12. Para analizar si el medio de defensa judicial dispuesto por la ley no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia en lo que respecta al reconocimiento y pago de derechos pensionales y la controversia frente a decisiones emitidas por entidades administradoras de pensiones, la jurisprudencia constitucional[53] ha señalado que debe demostrarse además, la configuración de dos circunstancias concretas: en primer lugar, que exista un grado mínimo de diligencia por parte del accionante al solicitar la protección del derecho invocado; lo que exigiría, a modo de ejemplo, actuaciones del peticionario tendientes a radicar solicitudes o a interponer recursos contra las decisiones administrativas desfavorables, entre otras actuaciones. Y, en segundo lugar, demostrar la afectación del mínimo vital como consecuencia de la falta del reconocimiento de la prestación.

13. En el caso concreto, aunque el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo principal a disposición de la accionante para obtener la protección de sus derechos fundamentales, se trata también de un medio de defensa judicial que en la situación particular de la señora Amaya no es eficaz. Esto, si se tiene en cuenta que la accionante es una mujer de la tercera edad de 89 años de edad[54], que padece de enfermedades complejas y limitantes, y que resulta ser, por estos hechos, un sujeto de especial protección constitucional. Lo anterior exige entonces, conforme a la jurisprudencia constitucional enunciada[55], que la idoneidad y eficacia del mecanismo principal de protección se evalúen con mayor flexibilidad.

14. En este sentido, la Sala destaca que son varias las circunstancias materiales que permitirían acreditar el requisito de subsidiariedad.

En primer lugar, como ya se mencionó y se certifica en la historia clínica de la demandante, ella padece de hipertensión arterial desde hace cinco años, glaucoma e hipoacusia bilateral severa de predominio derecho[56], además de su avanzada edad.

Tres hechos materiales objetivos que demuestran que la demandante no sólo es una persona de la tercera edad, sino que además presenta condiciones de salud que suponen limitaciones físicas importantes de orden visual (glaucoma) y auditivos (hipoacusia) y una condición de salud delicada (hipertensión), que la colocan en su conjunto en una situación de debilidad manifiesta.

En segundo lugar, durante el trámite de la solicitud de la sustitución, la accionante demostró diligencia e interés en controvertir las decisiones administrativas respectivas, situación que contribuye a acreditar al presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo definitivo, para obtener el reconocimiento en materia de prestaciones sociales. Específicamente, se evidencia la interposición oportuna del correspondiente recurso de reposición contra la decisión que negó el reconocimiento de la asignación, por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL).

En tercer lugar, la accionante demostró la afectación de su mínimo vital como consecuencia de la negación del reconocimiento de la sustitución pensional indicada. En efecto, más allá de los indicios derivados de una incapacidad laboral evidente como consecuencia de su edad, o de su condición probada de beneficiaria del causante, reconoce la Sala que la demandante acreditó en sede de tutela que el único ingreso percibido que le aseguró su

manutención y ahorro durante el transcurso del trámite de tutela fue precisamente el derivado del cumplimiento temporal del fallo de primera instancia, que le concedió transitoriamente el amparo. Tal situación evidencia que la demandante no cuenta realmente con otras fuentes de ingreso necesarias para afrontar sus gastos. A lo que se suma que la accionante mostró, en las pruebas recabadas por la Corte que, aunque tiene varios hijos mayores, muchos de ellos no son activos económicamente y si lo son, tienen fuentes de ingreso precarias, destinadas a cubrir los gastos de sus respectivos núcleos familiares.

15. Ante estas circunstancias, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que puede ejercerse junto con la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos cuestionados carecen realmente de eficacia. No sólo por la prolongada duración de los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que no le brindaría de forma oportuna la protección que la demandante requiere para la protección eventual de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital que solicita, sino porque a todas luces, la suspensión provisional dentro del proceso administrativo tampoco aseguraría la protección inmediata del derecho de la accionante, teniendo en cuenta que la resolución controvertida declaró la extinción de la asignación de retiro. Específicamente, aún con la suspensión provisional de los actos administrativos, la accionante tendría que esperar a la totalidad del proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener un amparo efectivo de su derecho.

16. De lo expuesto concluye la Sala que al considerar: (i) las limitaciones físicas y la delicada situación de salud que califica a la accionante como una persona en circunstancias de debilidad manifiesta; (ii) su condición de persona de la tercera edad y, en consecuencia, su calidad de sujeto de especial protección constitucional; (iii) la diligencia desplegada para reclamar la sustitución en la asignación de retiro y controvertir la decisión administrativa; y (iv) la afectación a su mínimo vital como resultado de la falta del reconocimiento prestacional; se acreditan los presupuestos para que proceda la acción de tutela al configurarse las exigencias de flexibilidad en la valoración de la subsidiariedad, frente a los sujetos de especial protección constitucional. De este modo, procede la acción de tutela como mecanismo definitivo de protección de los derechos al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de la accionante, ante la evidencia de que el mecanismo ordinario a su disposición no es directamente eficaz para asegurar la protección de sus derechos.

Por todo lo anterior, a continuación, la Sala adelantará el análisis del problema jurídico de fondo.

La sustitución pensional como garantía de los derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia[57]

17. Esta Corporación ha considerado que la sustitución pensional está fundada en varios principios constitucionales, entre los cuales se encuentran:

“(i) El de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante;

(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”[58].

18. Asimismo, este Tribunal ha señalado 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. Lo anterior, pues la teleología de esta 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”[59].

19. En ese sentido, de acuerdo con los propósitos de la sustitución pensional y su sustento en el ordenamiento superior, la Corte ha estimado que la negativa de la entidad encargada de reconocer la prestación enunciada a los beneficiarios del causante cuando está basada en un error en la interpretación de los requisitos para acceder a ella o en una indebida valoración probatoria, se traduce en una vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital[60].

La sustitución pensional en el régimen de seguridad social de la Fuerza Pública. Reiteración de jurisprudencia[61]

20. El artículo 48, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005, señaló que, a partir de la vigencia de esa reforma constitucional, no habría regímenes especiales ni exceptuados del régimen general de seguridad social, “sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública”. Adicionalmente, el artículo 150, numeral 19, literal e), le atribuyó al Legislador la competencia para “fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública” (énfasis añadidos).

22. El artículo 40 del decreto mencionado consagra, precisamente, una disposición sobre la sustitución de la asignación de retiro. Al respecto, establece que “[a] la muerte de un Oficial, Suboficial, [...] de las Fuerzas Militares, [...], en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante”.

23. El artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 fija las siguientes reglas sobre el orden de

beneficiarios en el que debe ser reconocida y pagada la sustitución en la asignación de retiro:

“ARTÍCULO 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

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

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 , 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.

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

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”.

Lo anterior permite sostener que, de conformidad con el decreto en mención, los padres que dependían económicamente del causante tienen derecho a una parte de la sustitución de la asignación de retiro, en el caso de que no hubiere hijos e, incluso, a la asignación completa, si no existieren estos ni cónyuge o compañero (a) permanente.

24. Con todo, la Corte Constitucional ha discutido en sede de revisión el alcance que se le debe dar a la interpretación de la norma anterior, en cuanto a la exigencia de que no haya hijos, para efectos de determinar si es posible reconocer o no la sustitución de la asignación de retiro a favor de los padres de un miembro de la Fuerza Pública fallecido, dependientes del causante.

En efecto, la Sentencia T-113 de 2016[63] analizó la acción de tutela que interpuso la madre de un miembro de la Fuerza Pública fallecido, a quien la Caja de Retiro de las Fuerzas

Militares le negó la sustitución de la asignación de retiro, con fundamento entre otras cosas[64], en la existencia de dos hijas del militar que eran mayores de 25 años al momento de su fallecimiento y no habían sido calificadas con algún grado de discapacidad, de conformidad con el Decreto 4433 de 2004. En esa oportunidad la entidad expuso acerca de los descendientes del causante que, “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”[65].

En consecuencia, la mencionada providencia sostuvo que, con respecto a la exigencia de que no hubiera hijos en los casos en que los padres son los económicamente dependientes del causante, del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 podían desprenderse dos interpretaciones razonables con respecto a los beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro. Una interpretación que denominó “literal”, en cuyo caso, “la existencia [de] 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”[66]; y una segunda interpretación denominada “finalista”, que se enmarca en el propósito del régimen prestacional especial de los miembros de la Fuerza Pública, de “otorgarles una mayor protección a sus afiliados”[67].

De acuerdo con esta interpretación, finalista y favorable, “debe entenderse que la disposición hace referencia a ‘los hijos sin derecho a la prestación’, pues de lo contrario [los beneficiarios del militar fallecido] 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”[68]. En efecto, para la sentencia, la interpretación literal sustraría a un grupo poblacional de una protección pensional que sí se garantiza en el régimen pensional general.

La providencia citada, de hecho, comparó a los beneficiarios de las prestaciones indicadas según el Decreto 4433 de 2004 y la Ley 100 de 1993 y señaló que si bien contemplan un orden similar, “la [...]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, [puede] configurar (...) 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”[69].

La Sentencia T-113 de 2016 agregó, que ante las dos interpretaciones posibles del precepto en cuestión y que conducían a conclusiones opuestas, la Corte debía “aplicar el principio in dubio pro operario” contenido en el artículo 53 de la Constitución, “el cual establece que toda duda hermenéutica en relación con la norma aplicable a un caso ha de resolverse en favor del trabajador, 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”[70].

Con fundamento en lo anterior, la Corte consideró que las dos hijas del militar, ambas con 25 años de edad como mínimo y sin ningún grado de discapacidad, no desplazaban a la

accionante en el orden de beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro, “ya que de conformidad con la interpretación finalista del numeral 4 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 explicada anteriormente, los padres de un oficial fallecido pueden acceder a dicha prestación si no existen descendientes con derecho a la misma”. En consecuencia, luego de encontrar acreditados los demás requisitos para el reconocimiento de la sustitución, la Corte ordenó a la CREMIL que reconociera, liquidara y pagara a favor de la actora la sustitución en la asignación de retiro de la que gozaba su hijo, junto con el respectivo retroactivo.

Como puede verse al comparar los hechos y el problema jurídico del caso analizado en dicha providencia con la situación fáctica y jurídica del asunto sub iudice, se concluye que dicha sentencia constituye precedente de enorme importancia para resolver la tutela que ahora ocupa la atención de la Sala.

25. En síntesis, el Decreto 4433 de 2004 establece que los padres económicamente dependientes del causante tienen derecho a la sustitución de la asignación de retiro cuando no hubiera hijos o cónyuge o compañero (a) permanente, según el caso. Ahora bien, de conformidad con el precedente citado y con el propósito de garantizar la igualdad de protección de los beneficiarios de los miembros de la Fuerza Pública en comparación con aquellos a quienes se les aplica el Sistema General de Seguridad Social y el principio in dubio pro operario, lo conducente, sin embargo, es evaluar el requisito de que no hubiere hijos previsto en los numerales 11.3 y 11.4 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, sobre la base de que tales hijos, no tengan derecho a la prestación. Porque como lo precisa la Sentencia T-113 de 2016[71], si se trata de “hijos sin derecho a la prestación”, los padres dependientes económicamente de un oficial fallecido pueden acceder a la sustitución pensional, al no existir descendientes con derecho prevalente a la prestación mencionada.

#### Solución al caso concreto

26. A partir de los fundamentos legales y jurisprudenciales descritos y de las pruebas que obran en el expediente, la Sala constata que la accionante tiene derecho a la sustitución de la asignación de retiro de su hijo militar fallecido.

Como se expuso en los fundamentos jurídicos 23 y 24 de esta providencia, el numeral 11.4 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse en el sentido de que la existencia de hijos se refiere a que estos cumplan las condiciones para ser beneficiarios de la asignación de retiro, es decir, ser menores de 18 años o 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 en situación de discapacidad si dependían económicamente del causante.

En las circunstancias que aquí se presentan, la accionante manifestó que el suboficial retirado tuvo tres hijos, quienes para el momento del fallecimiento tenían edades entre los 27 y los 38 años y ninguno de ellos estaba en situación de discapacidad o dependía económicamente del militar. Dicho de otro modo, los hijos del causante no acreditaban ninguna de las condiciones para ser beneficiarios de la sustitución de retiro. Esta circunstancia no solo fue manifestada por la accionante en su escrito de tutela, sino que fue

avalada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al declarar extinto el derecho a la asignación de retiro del señor Suboficial Jefe (R) de la Armada Luis Eduardo Lancheros Amaya por su fallecimiento con fundamento en que no existían beneficiarios que acreditaran el derecho a acceder a la sustitución pensional[72].

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) no analizó si los hijos que tuvo el causante de la accionante cumplían los requisitos para ser beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro. Por el contrario, la entidad accionada se limitó a considerar que “el militar fallecido tuvo un hijo de nombre LUIS EDUARDO LANCHEROS RIBON”, sin hacer pronunciamiento alguno sobre los demás hijos y, con fundamento en este hecho y de conformidad con la interpretación literal del numeral 11.3 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, concluyó que “es procedente NEGAR el reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro”[73]. Por consiguiente, la accionante acreditó el requisito de ser beneficiaria de su causante de la sustitución de la asignación de retiro que su hijo militar disfrutaba en vida.

Así mismo, la peticionaria demostró su dependencia económica de su hijo fallecido pues a las solicitudes radicadas ante la CREMIL se anexaron las declaraciones extraproceso del nieto y de dos hijas de la accionante en las que se pone de manifiesto la dependencia económica de la misma. Cabe mencionar que la CREMIL tuvo en cuenta estas declaraciones rendidas ante notario público como se puede evidenciar en la resolución que negó la sustitución de la asignación de retiro y que en el mismo acto administrativo no se controvierten o descartan aquellas aseveraciones dirigidas a acreditar esa dependencia económica.

Por último, en la Resolución que negó el reconocimiento pensional también se da cuenta de que obran en el expediente administrativo las pruebas que acreditan los demás presupuestos para que a la accionante le sea reconocida y pagada la prestación que solicita. Así, consta el Registro Civil de Defunción expedido por la Notaría 38 del Círculo de Bogotá D.C. que evidencia que el hijo de la accionante falleció el 7 de junio de 2018[74]. A su vez, que la accionante aportó junto con sus solicitudes el registro civil de nacimiento del militar[75] con el cual se muestra que la accionante en efecto es la madre del causante y, por lo tanto, tienen la relación de parentesco que establece el Decreto 4433 de 2004 para considerarse beneficiaria.

En consecuencia, la Sala encuentra que la negativa de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de reconocer la prestación pensional a la accionante dependiente del hijo fallecido, no obstante constatar que los hijos del causante no podían acceder a la sustitución de la asignación de retiro vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

Por lo anterior, la Sala concederá el amparo definitivo de los derechos fundamentales de la accionante vulnerados por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) al negarle el reconocimiento de la prestación pensional a pesar de que cumple con los requisitos exigidos por la normativa para el efecto, con fundamento en que existían hijos del causante sin derecho a la sustitución de la asignación de retiro.

Conclusiones y órdenes a proferir

27. La Sala encontró acreditados los presupuestos de procedibilidad de legitimación por activa y pasiva, inmediatez y subsidiariedad. En particular, se concluyó que el mecanismo ordinario con el que cuenta la accionante no es eficaz y se acreditan los presupuestos para que proceda la acción de tutela como mecanismo definitivo de protección, al tener en cuenta (i) la delicada situación de salud que califica a la accionante en circunstancias de debilidad manifiesta; (ii) su calidad de persona de la tercera edad por la cual es un sujeto de especial protección constitucional; (iii) la diligencia desplegada para reclamar la sustitución en la asignación de retiro; y (iv) la afectación a su mínimo vital como consecuencia de la falta del reconocimiento prestacional.

28. La sustitución pensional se funda en los principios constitucionales de solidaridad, reciprocidad y universalidad; y es un mecanismo de protección de los familiares del trabajador pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte, dada la dependencia económica de la misma para su subsistencia. La Corte ha considerado que la negativa de la entidad encargada de reconocer la sustitución 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 los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital.

29. El Decreto 4433 de 2004, que regula la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, establece que los padres del causante que dependieran económicamente de este tienen derecho a la sustitución de la asignación de retiro cuando no hubiera cónyuge o compañero (a) permanente ni hijos. En concordancia con el derecho a la igualdad de protección de los beneficiarios de los miembros de la Fuerza Pública en comparación con el previsto en el Sistema General de Seguridad Social y el principio in dubio pro operario, la Corte Constitucional ha resuelto que el requisito de que no hubiere hijos, consagrado en los numerales 11.3 y 11.4 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, debe evaluarse sobre la base de que tales hijos no tengan derecho a la prestación. De ese modo, como lo precisa la Sentencia T-113 de 2016[76], si se trata de “hijos sin derecho a la prestación”, los padres dependientes económicamente de un oficial fallecido pueden acceder a la sustitución pensional, al no existir descendientes con derecho prevalente a la prestación mencionada. Por otra parte, la interpretación literal de la exigencia de que no hubiera hijos para que los padres puedan considerarse con derecho a la sustitución de la asignación de retiro conduce a un trato discriminatorio que los excluye indebidamente de una prestación que si está prevista para los beneficiarios en el Sistema General de Seguridad Social.

30. En el caso objeto de estudio, se concluye entonces que la accionante cumple con las condiciones previstas por el Decreto 4433 de 2004 en conjunto con la interpretación constitucional del numeral 11.4 del artículo 11 del referido decreto, para ser beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro de su hijo fallecido. Además, que la negativa de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de reconocerle la prestación pensional a la accionante a pesar de que los hijos del causante no podían acceder a la sustitución de la asignación de retiro vulnera sus derechos fundamentales.

31. Por las anteriores razones, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia, proferida el 29 de abril de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

que revocó el fallo emitido el 11 de marzo de 2019, por el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. que concedió transitoriamente el amparo y, en su lugar, concederá la tutela de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de Blanca Cecilia Amaya de Lancheros. En consecuencia, dejará sin efectos las Resoluciones 16500 del 19 de julio de 2018 y 19021 del 20 de septiembre de 2018, por medio de las cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) negó el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro solicitada por la accionante y resolvió el recurso de reposición interpuesto contra dicha decisión.

De este modo, se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) emitir un nuevo acto administrativo que reconozca y pague a la accionante la sustitución de la asignación de retiro del señor Suboficial Jefe (R) de la Armada Luis Eduardo Lancheros Amaya junto con el respectivo retroactivo, puesto que ninguna de las mesadas causadas se encuentra prescrita[77]. Como consecuencia de lo anterior, se ordenará a la Dirección General de Sanidad Militar que, una vez se expida el acto administrativo de reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, afilie a la accionante al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares (ARC).

### III. DECISIÓN

#### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 29 de abril de 2019 dentro del expediente T-7.424.729. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de Blanca Cecilia Amaya de Lancheros.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS las Resoluciones 16500 del 19 de julio de 2018 y 19021 del 20 de septiembre de 2018 por medio de las cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) negó el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro solicitada por la accionante y resolvió el recurso de reposición interpuesto contra dicha decisión.

TERCERO.- ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) que, dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la presente providencia, emita un nuevo acto administrativo que reconozca y pague a Blanca Cecilia Amaya de Lancheros la sustitución de la asignación de retiro que disfrutaba en vida el Suboficial Jefe (R) de la Armada Luis Eduardo Lancheros Amaya y el pago del retroactivo correspondiente a las mesadas causadas y no prescritas desde su fallecimiento.

CUARTO.- ORDENAR a la Dirección General de Sanidad Militar que, una vez se expida el acto administrativo de reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, afilie a Blanca Cecilia Amaya de Lancheros al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares (ARC).

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

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno 1, folio 15.

[2] Cuaderno 1, folio 1.

[4] Cuaderno 1, folio 1.

[5] Cuaderno 1, folio 1.

[6] Cuaderno 1, folio 15.

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

[8] Cuaderno 1, folio 15.

[9] Al tomar esta decisión la CREMIL no se pronunció respecto de los otros hijos de Luis Eduardo Lancheros Amaya.

[10] Cuaderno 1, folio 15.

[11] Cuaderno 1, folio 22.

[12] Cuaderno 1, folio 23.

[13] A cuaderno 1, folios 33 a 41 obran el poder y los documentos de posesión del poderdante que acreditan la debida representación judicial de la entidad accionada.

[14] Cuaderno 1, folio 27.

[15] Artículo 185 del Decreto Ley 1211 de 1990: “ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial: // a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en

conurrencia éstos últimos en las proporciones de ley. // b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley. // c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así: // -El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.// -El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales. // d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se divide entre los padres así: // -Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres. // -Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción. // -Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres. // -Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción. // -Si no concurre ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años. // -Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos. // -A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”.

[16] Cuaderno 1, folio 28.

[17] Cuaderno 1, folio 29.

[18] Cuaderno 1, folios 42 a 51.

[19] En el cuaderno 1, folio 81 se encuentra el auto del 26 de febrero de 2019 por el cual se vincula, notifica y da traslado a la Dirección General de Sanidad de la presente acción de tutela y el oficio de notificación en el cuaderno 1, folio 107.

[20] Cuaderno 1, folio 130.

[21] Cuaderno 1, folio 131.

[22] Cuaderno 1, folio 132.

[23] Cuaderno 1, folios 142 a 145.

[24] Cuaderno 1, folio 158.

[25] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Esta providencia analizó la acción de tutela interpuesta por la cónyuge y la compañera permanente de un jubilado contra la Secretaría de Educación que les negó la sustitución de la pensión mensual vitalicia de jubilación al considerar que la controversia entre ellas debía ser dirimida ante la jurisdicción. Luego de encontrar acreditados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, la sentencia concluyó que la Secretaría de Educación incurrió en los defectos sustantivo, fáctico y de desconocimiento del precedente al no aplicar lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que permite el reconocimiento proporcional de la sustitución pensional en aquellos casos de convivencia simultánea pese a que contaba con los elementos de juicio para hacerlo.

[26] Cuaderno 3, folios 25 y 38.

- [27] Cuaderno 3, folio 72.
- [28] Cuaderno 3, folio 97.
- [29] Cuaderno 3, folio 57.
- [30] Cuaderno 3, folio 57.
- [31] Cuaderno 3, folio 57.
- [32] Cuaderno 3, folio 97.
- [33] Cuaderno 3, folio 57.
- [34] Cuaderno 3, CD anexo a folio 59.
- [35] Cuaderno 3, folio 61.
- [36] Cuaderno 3, folio 58.
- [37] La declaración no establece qué clase de relación o parentesco tenía el declarante con la accionante o su hijo fallecido.
- [39] La declaración no establece qué clase de relación o parentesco tenía la declarante, con la accionante o su hijo fallecido.
- [40] Cuaderno 3, folio 58.
- [41] En el cuaderno 3, folios 42 a 55 se encuentran los documentos sobre la representación legal de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) junto con el poder conferido.
- [42] Cuaderno 3, folio 40.
- [43] Cuaderno 3, folio 60.
- [44] Cuaderno 3, folio 60.
- [45] Cuaderno 3, folio 60.
- [46] Cuaderno 3, folio 61.
- [47] Cuaderno 3, folio 62.
- [48] Cuaderno 3, folio 62.
- [49] Cuaderno 1, folio 21.
- [50] Sentencias T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-313 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- [51] Sentencia T-662 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[52] Sentencias T-662 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-527 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[53] Sentencias T-608 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-326 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-142 de 2013.

[54] Según las estadísticas presentadas por el DANE, en el 2019 la esperanza de vida al nacer de las mujeres en Colombia, es de 79,39 años. La accionante supera por una década tales estadísticas. Disponible en la página web [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06\\_20/8Tablasvida1985\\_2020.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/8Tablasvida1985_2020.pdf) Consulta realizada el 6 de septiembre de 2019.

[55] Sentencias T-662 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-527 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[56] Cuaderno 3, CD anexo a folio 59.

[57] Este acápite se basa en las consideraciones expuestas en la Sentencia T-113 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[58] Sentencia C-336 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[59] Sentencia T-431 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

[61] Este acápite se basa en las consideraciones expuestas en la Sentencia T-113 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[62] Artículo 4º del Decreto 4433 de 2004.

[63] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[64] Además de la existencia de hijos, la CREMIL adujo que las dos declaraciones extrajudiciales no eran suficientes para acreditar la dependencia económica del hijo fallecido.

[65] Sentencia T-113 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, hecho 1.4.

[66] Sentencia T-113 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, consideración jurídica 5.5.

[67] Al respecto, la Sentencia T-113 de 2016 citó las Sentencias T-547 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-073 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo y la providencia del 29 de abril de 2010 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A que expuso 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”.

[68] Sentencia T-113 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, consideración jurídica 5.5. El artículo 47, literal d) de la Ley 100 de 1993 establece que “[a] falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios [de la pensión de sobrevivientes] los padres del causante si dependían económicamente de este” (énfasis añadidos).

[69] Sentencia T-113 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, consideración jurídica 5.5.

[70] Sentencia T-113 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, consideración jurídica 5.6. Cabe aclarar que esta providencia cita el artículo 53 de la Constitución del cual destacó el principio de favorabilidad, según el cual el estatuto del trabajo debe tener en cuenta la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

[71] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[72] Cuaderno 1, folio 30.

[73] Cuaderno 1, folio 15.

[74] Cuaderno 3, folio 15.

[75] Cuaderno 3, folio 15.

[76] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[77] De conformidad con el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, desde el 7 de junio de junio de 2018 no han transcurrido los tres años que establece la disposición para la prescripción de las mesadas dejadas de cobrar.