

Sentencia T-582/19

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE ASIGNACION DE RETIRO-Procedencia para proteger los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de adulto mayor con graves problemas de salud

SUSTITUCION DE ASIGNACION DE RETIRO-Naturaleza jurídica

SUSTITUCION PENSIONAL O PENSION DE SOBREVIVIENTES-Requisitos que deben cumplir el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL PARA EL CONYUGE SUPERSTITE SEPARADO DE HECHO QUE CONSERVE VIGENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Una pareja que entregó parte de su existencia a la conformación de un proyecto de vida común, que incluso cooperó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba con su fallecimiento; situación que es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social

EVOLUCION DE LOS DERECHOS PENSIONALES DEL CONYUGE SEPARADO DE HECHO CON SOCIEDAD CONYUGAL VIGENTE-Jurisprudencia constitucional

El reconocimiento del derecho pensional del cónyuge separado de hecho se encuentra condicionado únicamente por los requerimientos contemplados en la ley. Esto es, la vigencia de la sociedad conyugal al momento del fallecimiento del asegurado o pensionado, y la acreditación de cinco o más años de convivencia en cualquier tiempo

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL PARA EL CONYUGE SUPERSTITE SEPARADO DE HECHO QUE CONSERVE VIGENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL-Para su reconocimiento debe demostrar vínculo matrimonial y convivencia igual o superior a cinco años en cualquier

tiempo

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL PARA EL CONYUGE SUPERSTITE SEPARADO DE HECHO QUE CONSERVE VIGENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL-Proporcional al tiempo de convivencia

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL PARA EL CONYUGE SUPERSTITE SEPARADO DE HECHO QUE CONSERVE VIGENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL-Orden a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocer y pagar sustitución de asignación mensual de retiro pensional a cónyuge supérstite de pensionado

Referencia: Expediente T-7.342.723

Asunto: Acción de tutela interpuesta por María Excelina Valencia de Estévez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional conformada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos el 11 de enero de 2019 por el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, en primera instancia, y el 22 de marzo de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en segunda instancia, que declararon improcedente el amparo constitucional invocado por la señora María Excelina Valencia de Estévez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. El expediente fue seleccionado para su revisión mediante auto del 31 de mayo 2019 por la Sala de Selección Número Cinco, conformada por los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado y Antonio José Lizarazo Ocampo.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

1.1. La señora María Excelina Valencia de Estévez, de 84 años de edad y actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares invocando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, salud, mínimo vital y vida en condiciones dignas. Lo anterior, por cuanto la entidad accionada le negó el derecho a la sustitución de la asignación de retiro por no acreditar el requisito de convivencia con su pareja dentro de los 5 años anteriores al momento de su muerte.

2. Hechos

2.1. La accionante señaló que contrajo matrimonio con el señor Carlos Alirio Estévez Villamizar el 20 de enero de 1960, vínculo conyugal del que nacieron 7 hijos y que se mantuvo vigente durante 58 años hasta el fallecimiento de su esposo, ocurrido el 16 de agosto de 2018.[1]

2.2. El señor Carlos Alirio Estévez Villamizar prestó sus servicios a las Fuerzas Militares como sargento viceprimero de la Fuerza Aérea y obtuvo su asignación de retiro el 28 de abril de 1972. La accionante indica que convivió con el causante de manera permanente e ininterrumpida desde el día de su matrimonio hasta septiembre del año 2000, fecha en la que éste decidió irse a vivir con la señora Mireya Gómez Argüello, con quien convivió hasta la fecha de su muerte.[2]

2.3. No obstante, la accionante afirma que su esposo nunca buscó disolver su vínculo matrimonial ni dejó de brindarle cuidado y afecto. Manifiesta que el señor Carlos Alirio Estévez Villamizar la tuvo afiliada toda su vida como cónyuge beneficiaria del sistema de salud de las Fuerzas Militares[3] y mensualmente le enviaba “una cuota alimentaria a través de medios como Efecty[4] (...) incluso celebramos nuestro aniversario número 50, y siempre tuve su apoyo moral hablándonos constantemente” [5].

2.4. Luego de la muerte del causante, la señora María Excelina Valencia de Estévez solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la sustitución de la asignación de retiro

como cónyuge sobreviviente, sin embargo, la mencionada entidad, mediante Resolución No. 18834 del 17 de septiembre de 2018, negó tal reconocimiento con fundamento en el numeral 12.5 del artículo 12 del Decreto 4433 de 2004. Este numeral dispone que el cónyuge o la compañera/o permanente supérstite pierde la condición de beneficiario de la asignación de retiro “cuando lleva 5 años o más de separación de hecho”. En la misma resolución la entidad accionada reconoció la asignación de retiro única y exclusivamente a la señora Mireya Gómez Argüello, segunda pareja del causante, y le informó acerca de la opción de afiliarse al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares como nueva beneficiaria.

2.5. La accionante, primera pareja del causante, interpuso recurso de reposición contra la citada resolución argumentando que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realizó una aplicación equivocada del Decreto 4433 de 2004, en tanto no tuvo en cuenta las disposiciones de la norma que favorecen sus intereses. En efecto, el artículo 11 del citado Decreto establece las reglas para sustituir de manera proporcional la asignación de retiro en casos donde existen cónyuge y compañera/o permanente, no existió convivencia simultánea y se mantiene vigente la sociedad conyugal.

2.6. El recurso fue resuelto por la entidad accionada mediante Resolución No. 21323 del 06 de diciembre de 2018, confirmando la decisión impugnada. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reiteró que el artículo 12 del Decreto 4433 de 2004 establece que la convivencia de por lo menos 5 años continuos inmediatamente anteriores a la muerte del causante es “el factor determinante para acceder a la sustitución pensional dado el criterio material, es decir, la convivencia real y efectiva, y no un criterio meramente formal”[6].

2.7. La accionante concluye el escrito de tutela indicando que actualmente padece hipertensión arterial, diabetes, hipotiroidismo y glaucoma, por lo que debe tomar varios medicamentos y asistir regularmente al Hospital Militar de Bucaramanga.[7] Aduce que el señor Carlos Alirio Estévez Villamizar nunca la desamparó, lo cual se demuestra con su voluntad de no disolver el vínculo matrimonial, tenerla como beneficiaria del sistema de salud y enviarle periódicamente una cuota de alimentos. Por lo que negarle la sustitución de la asignación de retiro, lograda gracias a su apoyo como primera pareja durante el tiempo que estuvieron juntos, es injusto y pone en riesgo su subsistencia digna, su salud y su vida.

2.8. Con fundamento en lo expuesto, solicita se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocer a su favor como cónyuge supérstite la sustitución de la asignación de retiro en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido (1960 al año 2000), así como el pago del retroactivo pensional desde su acaecimiento.

3. Pruebas relevantes que obran en el expediente

5.1. Es importante hacer referencia a las siguientes pruebas documentales aportadas por la accionante al trámite de tutela:

- Copia del registro civil de defunción del señor Carlos Alirio Estévez Villamizar.[9]
- Solicitud de la sustitución de la asignación de retiro como cónyuge sobreviviente presentada por María Excelina Valencia de Estévez ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. En esta solicitud la accionante afirma que convivió de manera ininterrumpida con el causante desde enero de 1960 hasta septiembre del 2000.[10]
- Resolución No. 18834 del 17 de septiembre de 2018 emitida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la que niega la solicitud de la accionante.[11]
- Recurso de reposición contra la Resolución No. 18834 de 2018, al que se adjuntan los siguientes documentos: (i) CD con material fotográfico y videos (donde se incluye la celebración en el año 2010 de los 50 años de matrimonio) que evidencian la relación de afecto que mantenía la accionante con su esposo[12]; (ii) certificado de afiliación de la accionante al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares como beneficiaria del señor Carlos Alirio Estévez Villamizar[13]; (iii) relación de giros emitida por Efecty donde consta el envío habitual de dinero a la accionante por parte de señor Carlos Alirio Estévez Villamizar[14]; y (iv) copia completa de la historia clínica.[15]
- Resolución No. 21323 del 06 de diciembre de 2018 emitida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negando el recurso de reposición.[16]

4. Traslado y contestación de la acción de tutela

El Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, mediante auto del 28 de diciembre de 2018, admitió la acción de tutela y ordenó de manera oficiosa

vincular al Hospital Militar de Bucaramanga para que se pronunciara sobre los hechos objeto de controversia. De igual forma, ordenó notificar al director general de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para que ejerciera su derecho a la defensa.

4.1. Respuesta del Dispensario Médico de Bucaramanga

4.1.1. La directora del Dispensario Médico de Bucaramanga, entidad adscrita a la Dirección General de Sanidad Militar, señaló que en el sistema de salud militar consta que la señora Valencia de Estévez se encuentra en estado PROVISIONAL por fallecimiento del cónyuge, por lo que la prestación del servicio de salud se encuentra suspendida hasta tanto la Dirección General de Sanidad Militar resuelva su condición de afiliada. Así mismo, manifestó que solo podría autorizar la prestación de los servicios médicos en el Hospital Militar de Bucaramanga si la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares indica “mediante auto motivado que la señora María Excelina Valencia [es] titular del mencionado derecho”[17].

4.2. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

4.2.1. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares guardó silencio después de haber sido notificada de la acción de tutela, tal y como lo indica el juez de primera instancia en la sentencia objeto de revisión.[18]

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

5.1. Primera instancia

5.1.1. El Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, en sentencia del 11 de enero de 2019, declaró improcedente el amparo por no cumplir con el requisito de subsidiariedad. Al respecto, sostuvo que la Corte Constitucional ha establecido, por regla general, que la tutela no es un mecanismo adecuado para ordenar el reconocimiento de pensiones, por lo que la pretensión de la señora María Excelina Valencia es un asunto que corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En su opinión, “la accionante contaba con otros medios judiciales idóneos y eficaces para debatir la relación que existió entre el finado, la demandante y su última compañera”[19].

5.1.2. Aunado a lo anterior, subrayó el hecho de que la accionante tiene 7 hijos, por lo que en cumplimiento del principio de solidaridad son éstos los que tienen la obligación de

garantizar su derecho al mínimo vital mientras adelanta el proceso judicial ante la jurisdicción competente. De igual forma, precisó que “la accionante cuenta con la posibilidad de vincularse al Sistema General de Salud en el régimen subsidiado o contributivo para obtener la prestación de los servicios médicos que pueda requerir mientras se dirime su proceso”[20].

5.1.3. Por último, agregó que si bien las entidades accionadas no dieron respuesta a la acción de tutela, pese a haber sido efectivamente notificadas, ello no modifica el sentido de la decisión.

5.2. Impugnación

5.2.1. La accionante impugnó la decisión aduciendo que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta sus circunstancias personales para determinar la idoneidad y eficacia de los otros medios de defensa judiciales. Expuso que se trata de un sujeto de especial protección constitucional debido a su avanzada edad y a sus problemas de salud, por lo que se encuentra habilitada para acudir a la acción de tutela como mecanismo urgente de protección de sus derechos fundamentales. En su caso específico, acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo no resulta suficientemente expedito debido a que la decisión de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la dejó sin un importante apoyo económico y sin acceso a los servicios de salud que venía recibiendo como beneficiaria de su pareja.

5.2.2. Así mismo, sostuvo que la Corte Constitucional ha permitido el reconocimiento excepcional del derecho a la sustitución pensional mediante acción de tutela cuando el accionante, además de ser un sujeto de especial protección constitucional, logra acreditar: (i) que es procedente la sustitución pensional y (ii) que ha agotado previamente algún trámite administrativo o judicial tendiente a obtener tal reconocimiento, sin haberlo logrado.

5.2.3. Finalmente, subrayó que el señor Carlos Alirio Estévez Villamizar obtuvo su pensión estando a su lado, pues “el tiempo laborado para la obtención de la asignación de retiro fue compartido en su totalidad conmigo, quien mientras él laboraba para obtener su derecho y asegurar su ancianidad, yo me dedicaba fielmente a su cuidado y el de mi familia”[21]. Por lo anterior, considera que la sustitución de la asignación de retiro concedida de manera exclusiva a la señora Gómez Argüello desmejora gravemente su situación y afecta sus

derechos fundamentales.

5.3. Segunda instancia

5.3.1. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante sentencia del 22 de marzo de 2019, confirmó la decisión de primera instancia con base en las mismas consideraciones.

6. Actuaciones en sede de revisión[22]

6.1 Auto del 10 de septiembre de 2019

6.1.1. La magistrada ponente, mediante auto del 10 de septiembre de 2019, ordenó vincular al proceso de tutela a la señora Mireya Gómez Argüello debido a que sus derechos pueden verse afectados con la decisión que finalmente adopte la Corte Constitucional. Lo anterior, en la medida en que no fue integrada al contradictorio por el juez de tutela de primera instancia pese a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció a su favor la totalidad de la asignación de retiro del señor Carlos Alirio Estévez Villamizar.

6.1.2. En el mencionado auto, la magistrada ponente recordó que es deber del juez constitucional integrar el contradictorio y garantizar el pleno ejercicio de los derechos de defensa y contradicción desde el inicio del trámite de tutela. La indebida integración del contradictorio es una grave afectación del derecho al debido proceso que puede acarrear la nulidad de todo el trámite, por lo que en sede de revisión la integración es excepcional y responde a “criterios específicos, que buscan ponderar la satisfacción de los derechos fundamentales del afectado en el caso concreto y la protección del debido proceso de la parte vinculada”[23].

6.1.3. Frente al caso concreto, advirtió que la señora María Excelina Valencia de Estévez es un sujeto de especial protección constitucional puesto que tiene 84 años de edad y serios problemas de salud, por lo que retrotraer las actuaciones hasta la admisión de la demanda resultaría especialmente lesivo para sus intereses. Por consiguiente, en aplicación de la excepción establecida por la Corte Constitucional ante la indebida integración del contradictorio, ordenó proseguir con el trámite de revisión que se adelanta en esta Corporación, en el estado en que se encuentra, y solicitar a la señora Mireya Gómez

Argüello que se pronuncie directamente ante la Corte frente a los hechos, pretensiones y las decisiones de instancia de la acción de tutela. Finalmente, se suspendieron los términos para surtir el trámite de vinculación y recibir el pronunciamiento correspondiente.

6.1.4. La señora Mierya Gómez Argüello guardó silencio luego de ser vinculada al proceso de tutela.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia de la acción de tutela

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y en virtud de la selección y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1.1. Legitimidad en la causa por activa y por pasiva

1.1.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que tiene toda persona para solicitar, de manera directa o por quien actúe legítimamente a su nombre, la protección de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, la acción de amparo debe ser dirigida “contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”[24].

1.1.2. En el caso particular los requisitos en mención se cumplen a cabalidad, pues la acción de tutela fue interpuesta por María Excelina Valencia de Estévez, actuando en nombre propio. Por su parte, la tutela fue dirigida contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, autoridad legitimada por pasiva por ser quien negó su derecho a la sustitución parcial de la asignación de retiro.

1.2. Inmediatez

1.2.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela debe interponerse en un término prudencial contado a partir de la acción u omisión que amenaza o genera

una afectación a los derechos fundamentales. Sobre el particular, la sentencia SU-961 de 1999 estimó que “la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto”[25].

1.2.2. En este caso, la señora María Excelina Valencia de Estévez considera que la vulneración de sus derechos fundamentales se concretó el 6 de diciembre de 2018, luego de que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el recurso de reposición que interpuso contra la Resolución No. 18843 de 2018 y dejó en firme la decisión de conceder de manera exclusiva la asignación de retiro del señor Carlos Alirio Estévez Villamizar a su segunda pareja, la señora Mireya Gómez Argüello. Contra esta decisión la accionante presentó acción de tutela el 28 de diciembre de 2018. Es decir, entre uno y otro evento transcurrieron veinte (20) días, término que la Sala estima razonable.

1.3. Subsidiariedad

1.3.1. El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por su parte, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 establece el mismo principio de procedencia y agrega, no obstante, que la existencia de otro medio de defensa será apreciada en concreto por el juez en cuanto a su idoneidad y eficacia, atendiendo las circunstancias particulares en que se encuentra el accionante. En desarrollo de lo anterior, esta Corporación ha entendido que la existencia de “un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salva-guarda del derecho fundamental invocado”[26].

1.3.2. En el caso bajo examen, los jueces de instancia declararon improcedente la acción de tutela con el argumento de que la señora María Excelina Valencia de Estévez tiene a su disposición otros mecanismos judiciales para reclamar el derecho a la sustitución de la asignación de retiro de su pareja. Así mismo, no evidenciaron la ocurrencia de un perjuicio irremediable en tanto la accionante cuenta con el apoyo de sus hijos adultos, quienes pueden velar por su sustento económico y afiliarla al sistema de salud como beneficiaria de alguno de ellos.

1.3.3. La Sala debe comenzar por advertir el error de los jueces de instancia de declarar improcedente la acción de tutela de la referencia. En efecto, si bien es cierto que la señora María Excelina Valencia de Estévez tenía a su disposición otros medios de defensa judiciales, estos no resultaban eficaces debido a su avanzada edad y a los serios problemas de salud que la aquejan. Aunado a ello, en el presente caso se cumplen –como lo expuso la accionante en el escrito de impugnación– los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para solicitar excepcionalmente por vía de tutela el derecho a la sustitución pensional.

1.3.4. La Corte Constitucional ha sostenido de manera pacífica y reiterada que las personas de la tercera edad se consideran sujetos de especial protección dadas las condiciones de debilidad en las que se encuentran, lo que los ubica en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población.[27] Por esto, junto con otros grupos de especial protección como los niños, las personas en condición de discapacidad, las personas desplazadas de la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza, entre otros, los ancianos o adultos mayores sufren de manera más intensa la vulneración de sus derechos y requieren “un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección”[28].

1.3.5. En ese sentido, esta Corporación ha subrayado que el análisis de procedibilidad formal de la acción de tutela debe ser menos estricto cuando la persona que reclama el amparo es un sujeto de especial protección constitucional. En esos casos, el juez debe analizar las circunstancias particulares del accionante:“(i) bajo criterios amplios o flexibles dada la tutela reforzada que la Carta concede en favor de estos grupos y, (ii) tener en cuenta que aún dentro de la categoría de personas de especial protección constitucional existen diferencias materiales relevantes que rompen su horizontalidad y los sitúan en disímiles posiciones de vulnerabilidad que merecen distintos grados de protección”[29].

1.3.6. Ahora bien, específicamente cuando se trata de personas de la tercera edad que reclaman un derecho de naturaleza pensional, la jurisprudencia constitucional ha utilizado el criterio de vida probable[30] para determinar la procedencia de la acción de tutela como instrumento definitivo de protección.[31] De acuerdo con este criterio, los mecanismos ordinarios de defensa judicial no son eficaces cuando el accionante ha superado o se encuentra cerca de superar la expectativa de vida de las personas proyectada por el

Departamento Nacional de Estadística (DANE), puesto que la eventual duración del mencionado trámite judicial restringiría de manera significativa el disfrute y goce del derecho invocado. Al respecto, la Corte ha considerado que:

“[L]os mecanismos laborales ordinarios, aunque idóneos, no son eficaces cuando se trata de personas que reclaman el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno y por su situación de desplazamiento forzado, entre otras. Frente a estas circunstancias, las acciones laborales ordinarias no son lo suficientemente expeditas frente a la exigencia de protección inmediata de sus derechos fundamentales.”[32]

1.3.7. Es decir, frente al reclamo de los derechos pensionales el hecho de tener una edad avanzada no justifica en sí mismo la procedencia de la acción de tutela. Por lo tanto, si no existe ninguna otra circunstancia concurrente con la vejez que ubique al accionante en una situación de debilidad manifiesta (v. gr. enfermedad, condición socioeconómica, riesgo de ver afectado su mínimo vital, etc.), el juez constitucional debe considerar la edad del solicitante de acuerdo con la esperanza de vida establecida por el DANE para determinar si en el caso concreto se cumple con el requisito de subsidiariedad.[33] En efecto, la Corte ha sostenido:

“De considerarse que todos los adultos mayores requieren una especial protección constitucional y un análisis más flexible en relación con el principio de subsidiariedad, sería necesario concluir que todas las peticiones de vejez que ellos hagan a través de la acción de tutela son procedentes. Tal perspectiva, terminaría por hacer que las vías ordinarias de defensa judicial laboral en esa materia en particular queden inoperantes. Ello trastocaría la naturaleza excepcional de la acción de tutela y comprometería el sistema de distribución de las competencias judiciales y jurisdiccionales, pues implica indirectamente asumir que la acción de tutela es el único mecanismo idóneo para reclamar pensiones de vejez de personas con más de 60 años.”

[...]

“Reconocer entre los adultos mayores a quienes están en una condición de mayor vulnerabilidad por un criterio etario permite identificar a las personas que precisan especial

apoyo para la realización de sus derechos, por el desgaste biológico que implica el paso del tiempo y así, concretar el principio a la igualdad y conservar la acción de tutela como un medio excepcional y subsidiario de protección de los derechos fundamentales, en los casos en los que se debate una pensión de vejez.” [34]

1.3.8. Para la Corte, la distinción entre adultos que han alcanzado la edad de jubilación y adultos que han superado o están cerca de superar la esperanza de vida probable implica reconocer que al interior del grupo poblacional de los adultos mayores existen diferencias materiales que justifican brindar un trato especial a aquellos que presenten mayores dificultades asociadas con el paso del tiempo. Esta separación cobra especial relevancia cuando se debaten asuntos relacionados con la pensión de vejez, frente a los cuales la mayoría de los interesados han superado los 60 años y serían considerados sujetos de especial protección.[35] En estos casos, se reitera, la jurisprudencia constitucional ha establecido que si no se verifica la existencia de un perjuicio irremediable o una circunstancia de debilidad manifiesta adicional a la vejez que haga urgente la protección de los derechos fundamentales, la admisibilidad del amparo debe ser determinada de acuerdo con la edad del accionante según el criterio de la vida probable.

1.3.9. Por último, y aunado a lo anterior, el reconocimiento excepcional de un derecho de naturaleza pensional por vía de tutela se encuentra sometido, según la jurisprudencia constitucional, a un requisito probatorio adicional consistente en acreditar: que (i) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y que (ii) se ha desplegado alguna actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada. Así lo dispuso la Corte cuando precisó que“(…) la acción de tutela procede cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión y, sin embargo, la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en consecuencia”[36].

1.3.10. Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que la acción de tutela de la referencia cumple con el requisito de subsidiariedad debido a que la señora María Excelina Valencia de Estévez tiene actualmente 84 años de edad y ha superado ampliamente las expectativas de vida de las mujeres en Colombia según los datos del DANE, por lo que en su caso particular acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial no resultaría eficaz. Así mismo, en el expediente obran pruebas que indican que la accionante reclamó a la Caja

de Retiro de las Fuerzas Militares la sustitución de la asignación de retiro de su pareja, el señor Carlos Alirio Estévez Villamizar, y esta entidad negó en dos oportunidades su solicitud.

1.3. 11. Aunado a lo anterior, la Sala observa que la señora María Excelina Valencia de Estévez se encuentra en una situación de debilidad manifiesta que hace procedente el amparo de sus derechos fundamentales. Además de su avanzada edad y los problemas de salud que padece (diabetes, hipertensión arterial, hipotiroidismo y glaucoma), sus condiciones de vida y subsistencia se vieron afectadas como consecuencia de la falta del apoyo económico que le brindaba el causante, por lo que la jurisdicción constitucional resulta la vía idónea y eficaz en el presente caso.

2. Problema jurídico

Con base en los anteriores antecedentes, corresponde ahora a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, salud y vida en condiciones dignas de la señora María Excelina Valencia de Estévez al negarle la sustitución de la asignación de retiro de su cónyuge, el señor Carlos Alirio Estévez Villamizar, con el argumento de que perdió la condición de beneficiaria de dicha prestación pensional por llevar cinco (5) o más años de separación de hecho con el causante, según lo establecido en el numeral 12.5. del artículo 12 del Decreto 4433 de 2004?

Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes temas: (i) la pensión de vejez y la asignación de retiro en el régimen general de seguridad social en pensiones y el régimen especial de la fuerza pública, (ii) el derecho a la sustitución de la asignación de retiro del cónyuge sobreviviente y la compañera/o permanente, (iii) el elemento de la convivencia efectiva en la jurisprudencia de las altas cortes y, finalmente, (v) la resolución del caso concreto.

3. El sistema general de seguridad social en pensiones y el régimen especial de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional: la pensión de vejez y la asignación de retiro

3.1. El artículo 48 de la Constitución Política establece que la seguridad social tiene la doble connotación de (i) derecho irrenunciable que se reconoce a todas las personas por igual y (ii) servicio público de carácter obligatorio que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. En términos generales, la seguridad social ha sido entendida como la protección que una sociedad brinda a sus individuos ante algún evento o contingencia que pueda afectar su estado de salud, su capacidad laboral y su subsistencia digna, asegurando el acceso a la asistencia médica y a un ingreso económico en casos de enfermedad, invalidez, vejez, accidentes de trabajo, maternidad, pérdida del sostén familiar, entre otras.[37]

3.2. La Corte Constitucional ha interpretado que si bien la seguridad social no está consagrada expresamente en la Constitución como un derecho fundamental autónomo, ésta adquiere tal carácter debido a que su efectiva materialización se encuentra íntimamente relacionada con la dignidad humana. Actualmente es posible solicitar la protección inmediata e individual del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela sin acudir a la teoría de la conexidad con otros derechos como la vida, la igualdad y el mínimo vital.[38] En la sentencia T-227 de 2003 esta Corporación, en un esfuerzo por sistematizar su postura en torno a la definición de derechos fundamentales, señaló

“Es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.”[39]

3.3. En dicho pronunciamiento, la Corte sostuvo que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave del Estado Social de Derecho debe girar en torno a la dignidad humana y no principalmente en torno a libertad individual. Es decir, la libertad se encuentra al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto, la seguridad social adquiere la connotación de derecho fundamental en razón a su importancia para garantizar a las personas una vida digna y de calidad ante las contingencias derivadas de la enfermedad, la invalidez, la vejez y la muerte. Así, el elemento central que le da sentido a la protección de la seguridad social por vía de tutela como derecho fundamental autónomo es el concepto de la dignidad humana y no su

eventual conexión con otros derechos fundamentales.

3.4. Ahora, en desarrollo de la doble connotación de la seguridad social establecida en el artículo 48 superior (como derecho irrenunciable y servicio público), la Ley 100 de 1993 creó el Sistema Integral de Seguridad Social y lo definió como el conjunto de instrumentos, normas y procedimientos instituidos para asegurar la calidad de vida de las personas y proporcionarles protección ante las contingencias de la vida, especialmente las que menoscaban su salud y su capacidad económica. Para cumplir este propósito, el sistema integral fue dividido en sub sistemas generales en materia de (i) pensiones, (ii) salud, (iii) riesgos laborales y (iv) servicios complementarios que se definen en la misma ley.

3.5. El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (SGSSP) se encuentra desarrollado en el Libro I de la Ley 100 (modificada por la Ley 797 de 2003) y tiene el propósito de garantizar a las personas una protección contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las prestaciones económicas establecidas en la misma ley, entre las cuales se encuentran las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como la sustitución de estas prestaciones.

3.7. En cumplimiento de dichos mandatos constitucionales, el Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004 en la que estableció los objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional en el desarrollo del mencionado régimen. Por su parte, mediante el Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional reguló los derechos a las prestaciones económicas periódicas de quienes prestan sus servicios a la Nación como miembros de la fuerza pública, entre los que se encuentra la asignación de retiro y su sustitución, así como la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia.

3.8. Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido que los miembros de la fuerza pública tienen derecho a un régimen prestacional especial en razón al riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan. De esta manera, es claro que la existencia de un marco jurídico propio en materia pensional no sólo se explica por las disposiciones constitucionales que así lo permiten, sino también “por la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente llevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional

distinto”[41].

3.9. En todo caso, esta Corporación ha precisado que la pensión de vejez del régimen general y la asignación de retiro del régimen especial de la fuerza pública tienen una naturaleza similar, en tanto las dos son prestaciones económicas que buscan asegurar al trabajador, previo cumplimiento de determinados requisitos de cotización, un ingreso mensual para garantizar su digna subsistencia debido a la disminución de su capacidad laboral.[42] La asignación de retiro ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional como:

“[U]na 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. Se trata, [...], de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes”

3.10. Ahora bien, aunque los requisitos para acceder a las prestaciones económicas destinadas a la vejez son diferentes en el régimen especial de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, lo cierto es que existen aspectos en los que son evidentes las influencias de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2004, así como los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Si bien es claro que se trata de regímenes con reglas jurídicas propias que no se pueden confundir ni unificar arbitrariamente, los dos “enfrentan problemas humanos y sociales similares, de modo que el análisis jurisprudencial de uno y otro régimen aporta importantes criterios para la comprensión de estas situaciones”. [43]

3.11. Lo anterior se observa particularmente en el caso de los beneficiarios de la sustitución pensional en el régimen general y el régimen especial de la fuerza pública. El ejemplo más claro es el caso del cónyuge y la compañera/o permanente como beneficiarios de la pensión de vejez (régimen general) y la asignación de retiro (régimen especial de la fuerza pública), cuya regulación normativa es materialmente idéntica en los dos regímenes.

3.12. A continuación se presenta un cuadro comparativo con el fin de evidenciar que la Ley 100 de 1993 y el Decreto 4433 de 2004 regulan en los mismos términos el derecho a la

sustitución pensional del cónyuge y la compañera/o permanente:

Sistema General de Seguridad Social en Pensiones

Régimen especial de las fuerza pública

Ley 100 de 1993, artículos 47 y 74, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003

Decreto 4433 de 2004, parágrafo 2° del artículo 11

Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

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 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión 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 pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente se aplicarán las siguientes reglas:

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;

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.

3.13. Ahora bien, en el siguiente acápite la Corte explicará la naturaleza jurídica del derecho a la sustitución pensional (tanto para la pensión de vejez como para la asignación de retiro), su propósito y las normas que la regulan.

4. El derecho a la sustitución de la asignación de retiro del cónyuge sobreviviente y la compañera/o permanente

4.1. La muerte constituye una de las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social, puesto que la ausencia definitiva de la persona que atendía o apoyaba al sostenimiento del grupo familiar dejaría en situación de desamparo a sus integrantes. Es por ello que el legislador en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, desarrolló la noción de “beneficiario de la pensión” que, si bien se asimila al concepto de heredero del derecho civil, es diferente y solo tiene aplicación en el ámbito del derecho a la seguridad social. La diferencia entre estas dos nociones ha sido explicada de la siguiente manera:

“Los herederos de una persona que fallece son sus descendientes o ascendientes sin importar el grado de dependencia económica con el fallecido. Los beneficiarios de pensión son las personas que se encontraban en situación de dependencia de la persona que fallece. Es claro, entonces, que todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero los herederos no necesariamente son beneficiarios de pensión.”[44]

4.2. El punto central de la sustitución de una prestación económica de la seguridad social, entonces, es la dependencia económica de los beneficiarios con la persona fallecida, así

como la existencia de una relación de afecto, cuidado y apoyo mutuo. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia SU-337 de 2017 precisó que el derecho a la sustitución pensional se orienta a proteger derechos fundamentales como la seguridad alimentaria, la educación, la salud o el mínimo vital del núcleo familiar, conformado, muchas veces, “por personas vulnerables que a la luz de los mandatos constitucionales deben gozar de especial protección, este es el caso de los menores, las personas en situación de discapacidad o los mayores adultos”[45].

4.3. Ahora, como se expuso en el acápite anterior, la asignación de retiro se asimila a la pensión de vejez en tanto es una prestación económica que adquieren los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional que han prestado sus servicios al país durante un periodo prolongado bajo las condiciones consagradas en el Decreto 4433 de 2004. Del mismo modo, el derecho a sustituir la asignación de retiro se asimila al derecho a sustituir la pensión de vejez del régimen general en pensiones en la medida en que protege a los familiares del miembro de las fuerzas militares que fallece frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte.[46]

4.4. Estas similitudes fueron identificadas por la Corte en la sentencia T-578 de 2012:

“[E]s de resaltar que la pensión de sobrevivientes y la asignación de retiro tienen por objeto impedir que, ocurrida la muerte de una persona, los miembros del grupo familiar que dependían económicamente de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales de su fallecimiento. Esto, mediante la asignación de una prestación económica que suple la ausencia repentina del apoyo financiero del causante, con el fin de evitar que su muerte se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de los beneficiarios de dicha prestación.”[47]

4.5. En ese orden de ideas, cuando fallece un miembro de la fuerza pública que gozaba de la asignación de retiro surge a favor de los “beneficiarios de la pensión” el derecho a la sustitución, el cual, como se explicó, busca asegurar a los familiares que lo necesitan el acceso a los recursos necesarios para subsistir en condiciones dignas. De allí que, según esta Corporación, la sustitución de la pensión constituya “un instrumento cardinal para la protección del derecho fundamentales de quienes son potenciales beneficiarios, en los términos de ley”[48].

4.6. Así, quien solicite la sustitución de la asignación de retiro deberá acreditar la condición de ser beneficiario de acuerdo con lo establecido en las normas que regulan el régimen pensional de los miembros de la fuerza pública. El artículo 40 del Decreto 4433 de 2004 señala:

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

4.7. Por su parte, el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 establece el orden de beneficiarios de la asignación de retiro. En el escenario de que el causante no tuviera hijos menores de 25 años, hijos inválidos o padres que dependieran económicamente de él, el parágrafo 2° del mencionado artículo consagra cómo se debe proceder cuando se acercan el cónyuge y la compañera/o permanente a reclamar la sustitución:

“Parágrafo 2°. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;

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.

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. (Subrayado fuera del texto original)”

4.8. De acuerdo con el literal a) de la norma transcrita, el cónyuge o la compañera/o permanente que solicite la sustitución de la asignación de retiro debe acreditar haber vivido con el miembro de la fuerza pública “no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte”. Este supuesto de hecho se aplica para sustituir la asignación de retiro cuando el reclamante es el cónyuge o la compañera/o permanente.[49]

4.9. Por su parte, el inciso tercero del literal b) de la norma transcrita regula la sustitución de la asignación de retiro cuando el causante tuvo cónyuge y compañera/o permanente.[50] En este caso, la norma contempla dos supuestos de hecho: (i) el primero, cuando el causante convivió simultáneamente con la cónyuge y la compañera permanente; (ii) el segundo, cuando el causante no convivió de forma simultánea con la cónyuge y la compañera permanente, pero hubo separación de hecho con la cónyuge y se mantuvo vigente la sociedad conyugal.

4.10. De acuerdo con este segundo supuesto de hecho (subrayado en la norma transcrita), si respecto de un miembro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional fallecido existen cónyuge y compañera/o permanente con quienes no existió convivencia simultánea, las/os dos tendrán derecho a la sustitución de la asignación de retiro en los siguientes términos: (i) la compañera/o permanente en una cuota parte proporcional al tiempo de convivencia,

siempre y cuando este tiempo haya sido superior a los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante; (ii) el cónyuge supérstite separado de hecho en una cuota parte proporcional al tiempo convivido con el causante en cualquier momento, siempre y cuando conserve vigente la sociedad conyugal.

4.11. Es decir, el cónyuge separado de hecho y con una sociedad conyugal vigente no tiene que haber convivido con el causante durante los cinco años inmediatamente anteriores a su fallecimiento para tener derecho a la sustitución de la asignación de retiro. Lo anterior se desprende claramente del segundo supuesto de hecho del inciso tercero del literal b) del parágrafo 2° del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, en la medida en que, por un lado, le exige al compañero/a permanente haber convivido con el causante durante los cinco años anteriores a su muerte y, por otro lado, al establecer el escenario de la no convivencia simultánea, se entiende que el cónyuge tuvo que haber convivido con el causante antes de los mencionados cinco años.[51]

4.12. Ahora bien, en este punto la Corte considera importante aclarar una aparente contradicción en el Decreto 4433 de 2004 que puede suponer la desprotección de los beneficiarios que legítimamente tienen derecho a sustituir la asignación de retiro del miembro de la fuerza pública fallecido. En efecto, luego de establecer en el artículo 11 el orden de beneficiarios de la sustitución, el Decreto 4433 de 2003 a continuación consagra en su artículo 12 una serie de causales que determinan la pérdida de dicha condición:

“Artículo 12. Pérdida de la condición de beneficiario. Se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las siguientes circunstancias, según el caso:

12.1 Muerte real o presunta.

12.2 Nulidad del matrimonio.

12.3 Divorcio o disolución de la sociedad de hecho.

12.4 Separación legal de cuerpos.

12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho.”

4.13. Para la Corte, el numeral 12.5 del artículo 12 resulta incongruente con el supuesto de la no convivencia simultánea establecido en el inciso tercero del literal b) del párrafo 2° del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, en tanto señala que el cónyuge que no convivió con el causante de la asignación de retiro durante los cinco años anteriores a su fallecimiento pierde la condición de beneficiario. A continuación se hará referencia al desarrollo de la jurisprudencia de las altas cortes en relación con este supuesto.

5. El elemento de la convivencia efectiva del cónyuge y la compañera/o permanente con el causante para efectos de la sustitución pensional

5.1. Como se anotó anteriormente, a través de la Ley 100 de 1993 el legislador estableció el Sistema de Seguridad Social Integral con el fin de proteger a las personas ante las contingencias de la vida que menoscaban su salud y capacidad económica. En lo relativo al régimen de pensiones, su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley. En el mismo sentido, pero para proteger a los miembros de la Fuerza Pública y la Policía Nacional, el legislador expidió la Ley 923 de 2004, la cual fue desarrollada por el Decreto 4433 de 2004.

5.2. Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, se creó el derecho a la sustitución pensional dirigida a suplir la ausencia repentina de la persona que velaba por su grupo familiar y, por tanto, evitar que su muerte se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones de subsistencia de las personas que dependían económicamente de ella. En el caso del cónyuge y la compañera/o permanente los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establecieron los requisitos para reconocerlas/los como beneficiarias/os de la sustitución pensional. Por su parte, el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 adoptó exactamente los mismos requisitos para la sustitución de la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública.

5.3. Ahora bien, frente a los desacuerdos que se pueden presentar en la reclamación del derecho a la sustitución pensional entre el cónyuge y la compañera/o permanente que no han convivido de manera simultánea con el causante, es esencial tener en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-336 de 2014 donde declaró

exequible la expresión “la otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente” consagrada en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En dicha providencia, respecto del tiempo de convivencia exigido por la ley al cónyuge supérstite separado de hecho y con sociedad conyugal vigente, sostuvo:

“En lo que respecta al tipo de convivencia objeto de esta providencia -no simultánea-, tan solo difiere de la [simultánea] en el momento de su consolidación, puesto que si bien es el compañero permanente quién debe acreditar de forma clara e inequívoca la vocación de estabilidad y permanencia con el causante durante los cinco años previos a su muerte, para caso del cónyuge supérstite con separación de hecho el quinquenio de la convivencia naturalmente deberá verificarse con antelación al inicio de la última unión marital de hecho. (Subrayado fuera del texto original)”[52]

5.4. Por su parte, frente al mismo desacuerdo entre cónyuge y compañera/o permanente en relación con el derecho a la sustitución de la asignación de retiro, el Consejo de Estado negó la nulidad del inciso 3 del literal b) del parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 con fundamento en lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2014. En sentencia del 12 de febrero de 2015, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo precisó:

“En este orden de ideas, considera la Sala que igualmente la segunda parte del inciso 3 del literal b) del parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, no prevé un trato discriminatorio injustificado para la compañera permanente, pues la Corte Constitucional al analizar una norma de idéntico contenido material en la Ley 100 de 1993, definió que el otorgamiento de una cuota parte de la mesada pensional para la cónyuge separada de hecho, obedece a los efectos de la sociedad conyugal vigente, de modo que en este caso, no es necesario acreditar la convivencia al momento de la muerte del causante. (Subrayado fuera del texto original)”[53]

“Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, sería carente de toda lógica, que al tiempo que el Legislador consagra un derecho para quien ‘mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho’, se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que,

cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges. Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida (...). (Subrayado fuera del texto original)”[54]

5.6. En ese orden de ideas, no es admisible exigirle al cónyuge separado de hecho haber convivido con el causante hasta el momento de su muerte para efectos de reconocerlo como beneficiario del derecho a la sustitución de la pensión o la asignación de retiro. En otras palabras, negar la sustitución a una persona con la que el causante mantuvo una relación de afecto, cuidado y apoyo mutuo, y con quien convivió precisamente durante el tiempo en el que pudo trabajar y aportar al sistema para adquirir la prestación pensional, no resulta proporcional ni justificado de cara a los principios y objetivos de la seguridad social.

5.7. Es por ello que las altas cortes, en los pronunciamientos antes citados, buscaron equilibrar la situación de desprotección que se origina cuando “una pareja que entregó parte de su existencia a la conformación de un proyecto de vida común, que incluso cooperó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba con su fallecimiento; situación que es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.”[55]

5.8. En este punto, es importante hacer una breve referencia los motivos por los cuales debe reconocerse al cónyuge supérstite la sustitución pensional pese a no haber convivido con el causante durante los últimos años de su vida. Así, lo primero es señalar que la expresión “la otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente” no solo pretende reconocer que los efectos jurídicos de la sociedad conyugal se extienden en el tiempo, sino también que la convivencia efectiva que mantuvieron dos personas durante su vida es un elemento de vital importancia para

determinar el derecho a la sustitución de las prestaciones de la seguridad social.

5.9. En la sentencia T-504 de 2015, la Corte Constitucional remarcó que el parágrafo 2° del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 es una extrapolación de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 93, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Así mismo, indicó que estas disposiciones si bien acogen la convivencia inmediata con el causante como elemento material para determinar quién es el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro, también protegen a la persona con la que el causante convivió en el pasado y le reconocen el derecho a la sustitución de manera proporcional; esto, no por el hecho de haber contraído matrimonio, sino por haber sostenido una relación de convivencia basada en el afecto, el apoyo y el cuidado mutuo. Según la Corte, “la norma objeto de estudio no protege per se la institución matrimonial propiamente dicha, sino que reconoce la comunidad de vida que subyace a ésta, materializando así el criterio de la convivencia efectiva”[56].

5.10. Así mismo, vale la pena advertir que en Colombia los derechos pensionales se van construyendo con los aportes que hacen las personas a lo largo de su vida al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Sin embargo, este sistema no tiene en cuenta que son tradicionalmente los hombres quienes a través de su trabajo realizan los aportes para adquirir el derecho a la pensión, mientras que las mujeres, en cambio, se dedican a realizar actividades domésticas (como el cuidado del hogar y de los hijos) que no son valoradas desde el punto de vista económico.[57] Esta concepción “de género neutro” del sistema de seguridad social termina por desproteger a las mujeres que apoyaron al hombre con su trabajo doméstico en la construcción de su derecho a la pensión pero que no compartieron con él sus últimos años de vida.[58]

5.11. En este escenario, el derecho de una cuota parte de la pensión o asignación de retiro a favor de la pareja con separación de hecho del causante, pero con quien existió una convivencia efectiva mayor a cinco (5) años, se constituye en un medio para evitar la situación de desamparo en la que se encontraría la persona (generalmente la mujer) que, después de muchos años de relación y de asumir el trabajo doméstico, le es negado un ingreso económico como reconocimiento de su aporte al hogar y el apoyo brindado a su pareja.[59]

5.12. Lo anterior ha sido reiterado por la Corte Constitucional en las sentencias T-015 de

2017, T-616 de 2017, T-076 de 2018 y T-409 de 2018 al interpretar que la condición de haber convivido con el causante cuando menos los 5 últimos años anteriores a su muerte no puede exigirse al cónyuge con separación de hecho, precisamente porque la separación implica la no continuidad de la convivencia. De esta manera, “justamente para cumplir con la finalidad de la norma, que es la de otorgar el beneficio pensional a quien demuestre la convivencia efectiva, la cónyuge en ese caso debe comprobar que convivió al menos 5 años con el causante, en cualquier tiempo”[60].

5.13. En virtud de lo expuesto, la Corte ha manifestado que los conflictos que puedan presentarse en torno a la sustitución de la asignación de retiro pueden ocurrir (i) porque el causante convivió simultáneamente con su cónyuge y su compañera/o permanente o (ii) porque al momento de su muerte tenía un compañera/o permanente, se encontraba separado de hecho y tenía una sociedad conyugal vigente. En este último supuesto no hace falta que la primera pareja demuestre que convivió con el causante durante los últimos años de su vida, sino, solamente, que convivió con él o ella más de cinco (5) años en cualquier tiempo.

5.14. Finalmente, cabe resaltar que en la sentencia T-409 de 2018 la Corte precisó los requisitos exigidos al cónyuge separado de hecho y con sociedad conyugal vigente para acceder a la sustitución de la pensión:

“[L]a jurisprudencia de esta Corporación ha establecido de forma pacífica que el reconocimiento del derecho pensional del cónyuge separado de hecho se encuentra condicionado únicamente por los requerimientos contemplados en la ley. Esto es, la vigencia de la sociedad conyugal al momento del fallecimiento del asegurado o pensionado, y la acreditación de cinco o más años de convivencia en cualquier tiempo.”[61]

6. Caso concreto

Resumen de los hechos

6.1. La señora María Excelina Valencia de Estévez, de 84 años de edad y actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares invocando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, salud, mínimo vital y vida en condiciones dignas. Lo anterior, por cuanto la entidad

accionada se negó a reconocer la sustitución de la asignación de retiro del señor Carlos Alirio Estévez Villamizar, sargento viceprimero de la Fuerza Aérea, por no acreditar el requisito de convivencia dentro de los 5 años anteriores a la muerte del causante.

6.2. El señor Carlos Alirio Estévez Villamizar prestó sus servicios a las Fuerzas Militares como sargento viceprimero de la Fuerza Aérea y obtuvo su asignación de retiro el 28 de abril de 1972. Contrajo matrimonio con la señora María Excelina Valencia de Estévez el 22 de enero de 1960 y convivió con ella de manera ininterrumpida desde ese día hasta septiembre del año 2000, fecha en la que se separó de hecho sin disolver la sociedad conyugal y se fue a vivir con la señora Mireya Gómez Argüello, con quien convivió hasta el momento de su muerte.

6.3. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la sustitución de la asignación de retiro solicitada por la accionante mediante la Resolución No. 18834 del 17 de septiembre de 2018 con el argumento de que el numeral 12.5 del artículo 12 del Decreto 4433 de 2004 dispone que la pareja del causante pierde la condición beneficiario “cuando lleva 5 años o más de separación de hecho”. Posteriormente, mediante la Resolución No. 21323 del 06 de diciembre de 2018 la entidad accionada confirmó su decisión y precisó que la convivencia de por lo menos 5 años continuos inmediatamente anteriores a la muerte del causante es “el factor determinante para acceder a la sustitución pensional dado el criterio material, es decir, la convivencia real y afectiva, y no un criterio meramente formal”[62].

6.4. El juez de tutela de primera instancia declaró improcedente el amparo por no cumplir con el requisito de subsidiariedad. Al respecto, sostuvo que la Corte Constitucional ha establecido, por regla general, que la tutela no es un mecanismo adecuado para ordenar el reconocimiento de pensiones, por lo que la pretensión de la señora María Excelina Valencia es un asunto que debe ser resuelto en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por su parte, el juez de segunda instancia confirmó integralmente esta decisión.

Solución del problema jurídico

6.5. Ahora bien, en aras de resolver el problema jurídico planteado, la Sala analizará la procedencia del reconocimiento de la prestación pretendida por la señora María Excelina Valencia de Estévez, primera pareja del señor Carlos Alirio Estévez Villamizar.

6.6. Para comenzar el análisis, lo primero que advierte la Sala es que la negativa de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de reconocer a la accionante como beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro estuvo basada en una interpretación equivocada de la norma aplicable, que en este caso era el inciso tercero del literal b) del párrafo 2° del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 y no el numeral 12.5 del artículo 12 del mismo decreto.

6.7. En efecto, no existe discusión acerca de que la señora María Excelina Valencia de Estévez tiene derecho a la sustitución de la cuota parte de la asignación de retiro que disfrutaba en vida su pareja. No es posible extraer una conclusión diferente del segundo supuesto de hecho del inciso tercero del literal b) del párrafo 2° del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004:

“(…) 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.”

6.8. Así mismo, el numeral 12.5 del artículo 12 del Decreto 4433 2004 resulta incompatible con la disposición antes citada, así como con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, por lo que no puede ser utilizado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares como fundamento para negar la sustitución de la asignación de retiro a la accionante. En particular, la Corte Constitucional ha sido enfática al reiterar que los dos únicos requisitos exigibles al cónyuge superviviente separado de hecho para acceder a la sustitución pensional son: (i) la vigencia de la sociedad conyugal al momento del fallecimiento del causante y (ii) la acreditación de haber convivido con éste como mínimo durante cinco (5) años en cualquier momento.[63]

6.9. De acuerdo con lo anterior, la Sala observa que la señora María Excelina Valencia de Estévez cumple plenamente con los mencionados requisitos y tiene el legítimo derecho de sustituir una cuota parte de la asignación de retiro del señor Carlos Alirio Estévez Villamizar, pues convivió efectivamente con él durante 40 años –desde su matrimonio en 1960 hasta

la separación de hecho en el año 2000- y mantuvo vigente la sociedad conyugal.

6.10. Ahora bien, en la parte motiva de la presente sentencia la Sala enfatizó la importancia central de la convivencia efectiva y la contribución del trabajo doméstico al proceso de construcción del derecho a la pensión. El sistema de seguridad social funciona en torno a una noción tradicional del trabajo (remunerado y de tiempo completo como base de los aportes al sistema) que no tiene en cuenta el valor de las labores domésticas que generalmente realiza la mujer.[64] Por ello, más allá del requisito exigido por la ley de mantener vigente la sociedad conyugal para obtener el derecho a la sustitución pensional, en este caso resulta importante resaltar la convivencia de 40 años y el apoyo brindado por la accionante a su pareja como madre de sus siete hijos y encargada del hogar para obtener el derecho a la asignación de retiro.

6.11. Cabe aclarar, en todo caso, que la exigencia de haber convivido durante los años inmediatamente anteriores a la muerte del causante no es aplicable al presente asunto en tanto no existió una relación simultánea entre el señor Carlos Alirio Estévez Villamizar y las señoras María Excelina Valencia de Estévez y Mireya Gómez Argüello. De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, la convivencia entre el causante y sus dos parejas fue sucesiva, por lo que no tiene cabida exigir a la primera pareja, es decir a la accionante, la convivencia inmediata.

6.12. En ese orden de ideas, contrario a lo que afirmó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en sus resoluciones, una relación de pareja de 40 años en la que perduró el afecto y el cuidado mutuo luego de la separación de hecho sí es un factor determinante que demuestra la convivencia real y efectiva. El hecho de que en dicha relación no hubiera existido convivencia durante los años anteriores al fallecimiento del causante resulta irrelevante. Por ello, lo que en este caso resulta meramente formalista y contrario a los derechos fundamentales de la señora María Excelina Valencia de Estévez es la aplicación que hizo la entidad accionada del numeral 12.5 del artículo 12 del Decreto 4433 de 2004.

6.13. En un caso similar donde la accionante reclamaba el reconocimiento del derecho a la sustitución de la asignación de retiro, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

“[L]a negativa de la entidad encargada de reconocer [el derecho a la sustitución pensional] 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.”[65]

6.14. Así mismo, en el expediente se encuentra plenamente probado que el señor Carlos Alirio Estévez Villamizar giró mensualmente una suma de dinero a la accionante luego de su separación de hecho y hasta el final de sus días. Lo anterior demuestra que la subsistencia y condiciones de vida de la señora María Excelina Valencia de Estévez se vieron seriamente afectadas luego de que el causante muriera y dejara de brindarle apoyo económico.

6.15. 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 vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la salud y a la vida en condiciones dignas, por lo cual revocará los fallos de instancia y accederá a la protección solicitada, dejando sin efectos las resoluciones cuestionadas, así como ordenándole al director general de la entidad accionada que proceda a reconocer, liquidar y pagar de manera proporcional al tiempo de convivencia la sustitución de la asignación de retiro que disfrutaba en vida el señor Carlos Alirio Estévez Villamizar, junto con el respectivo retroactivo.

6.16. Finalmente, la Sala también observa que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares además de negar el derecho a la sustitución de la asignación de retiro de la accionante también la desafilió del sistema de salud, al cual estaba vinculada en calidad de beneficiaria del señor Carlos Alirio Estévez Villamizar. Por ello, como el propósito de la sustitución de las prestaciones de la seguridad social es mantener para los familiares dependientes del causante unas condiciones similares a las que presentaban antes de su fallecimiento, en el caso concreto la Sala ordenará afiliar nuevamente a la señora María Excelina Valencia al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, si ella así lo desea.[66]

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el asunto de la referencia.

SEGUNDO.- REVOCAR las sentencias proferidas el 11 de enero de 2019 por el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga y el 22 de marzo de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en primera y segunda instancia respectivamente, que declararon improcedente la acción de tutela de la referencia. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, salud y vida en condiciones dignas de la señora María Excelina Valencia de Estévez.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS la Resolución No. 18834 del 17 de septiembre de 2018 y la Resolución No. 21323 del 06 de diciembre de 2018 expedidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

CUARTO.- ORDENAR al director general de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a expedir un nuevo acto administrativo reconociendo a la señora María Excelina Valencia de Estévez el pago de una cuota parte (en proporción al tiempo de convivencia) de la asignación de retiro que disfrutaba en vida el señor Carlos Alirio Estévez Villamizar, junto con su respectivo retroactivo. Lo anterior, de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de esta sentencia y en el segundo supuesto de hecho del inciso tercero del literal b) del parágrafo 2° del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

SEXTO.- ORDENAR al director general de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que, dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, pregunte a la señora María Excelina Valencia de Estévez si desea afiliarse nuevamente al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares.

SÉPTIMO.- En caso de que la respuesta emitida por la accionante a la pregunta del numeral anterior sea afirmativa, ORDENAR al director general de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que, dentro de los ocho (8) días siguientes a la recepción de la respuesta, afilie nuevamente a la señora María Excelina Valencia de Estévez al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares como beneficiaria de del señor Carlos Alirio Estévez Villamizar.

OCTAVO.- Por Secretaría General de esta Corporación, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Registro Civil de Matrimonio No. 05503502 y Registro de Defunción No. 09533959. Cuaderno principal del expediente, folios 14 y 15.

[2] Cuaderno principal del expediente, folio 16.

[3] Cuaderno principal del expediente, folio 115.

[4] Según el certificado de EFECTY, los giros mensuales enviados por el señor Carlos Alirio Estévez Villamizar a la accionante entre los años 2002 y 2018 eran en promedio de 1 smlmv. Cuaderno principal del expediente, folios 51 – 60.

[5] Cuaderno principal del expediente, folio 4.

[6] Cuaderno principal del expediente, folio 67.

[7] Cuaderno principal del expediente, folios 77 y ss.

[8] Cuaderno principal del expediente, folio 14.

[9] Cuaderno principal del expediente, folio 15.

[10] Cuaderno principal del expediente, folio 16.

[12] Cuaderno principal del expediente, folio 43.

[13] Cuaderno principal del expediente, folios 113 y 114.

[14] Cuaderno principal del expediente, folios 51 – 60.

[15] Cuaderno principal del expediente, folios 77 y ss.

[16] Cuaderno principal del expediente, folios 67 – 69.

[17] Cuaderno principal del expediente, folio 119 (reverso). En la Resolución 18834 de 2018, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó a la señora María Excelina Valencia de Estévez la condición de beneficiaria de la asignación de retiro del señor Carlos Alirio Estévez Villamizar, así mismo, la desvinculó del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares (SSFM). En su lugar, la entidad accionada reconoció a la señora Mireya Gómez Argüello la totalidad de la asignación de retiro del fallecido y le informó que como nueva beneficiaria tenía derecho a afiliarse al SSFM, en remplazo de la accionante.

[18] Cuaderno principal del expediente, folio 122.

[19] Cuaderno principal del expediente, folio 124 (reverso).

[20] Cuaderno principal del expediente, folio 125 (reverso).

[21] Cuaderno principal del expediente, folio 130.

[22] En sede de revisión la magistrada ponente no observó la necesidad de decretar medidas provisionales de protección a favor de la accionante debido a que ésta se encuentra afiliada desde 03 de marzo de 2019 a la E.P.S. Salud Mía del régimen contributivo en calidad de beneficiaria. Esta información fue obtenida por el despacho el 03 de septiembre de 2019 luego de consultar la base de datos de la Administradora de los

Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES) con el número de cédula de la señora María Excelina Valencia de Estévez.

[23] Corte Constitucional, Auto 583 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas.

[24] Decreto 2591 de 1991, art. 13.

[25] Corte Constitucional, sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[26] Corte Constitucional, sentencias T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y SU-772 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[27] En la sentencia C-177 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se describe la línea jurisprudencial a través de la cual la Corte reconoció y estableció la condición de sujetos de especial protección de los adultos mayores. Entre las diferentes sentencias citadas, se destacan las siguientes: T-738 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-801 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-481 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-042A de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y T-458 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[28] Corte Constitucional, sentencia T-736 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[29] Corte Constitucional, sentencia T-1093 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[30] Según la tesis de la vida probable desarrollada por la esta Corporación, “cuando una persona sobrepasa la esperanza de vida, podría presumirse que a la fecha de una decisión dentro de un proceso ordinario su vida se habrá extinguido, razón por la que dichos mecanismos no serían eficaces”. Corte Constitucional, sentencia T-683 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera. En el mismo sentido, 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-113 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[31] Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo de protección, la Corte ha señalado: “en principio, respecto de las prestaciones que se derivan del derecho a la seguridad social el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así

como las autoridades y jueces competentes. Sin embargo, puede ocurrir que aunque dicho medio exista, luego de analizar las circunstancias especiales que fundamentan el caso concreto se concluya que éste no es idóneo o eficaz para garantizar la protección constitucional reclamada, comprobación da lugar a que la acción de tutela sea concedida como mecanismo definitivo”. Corte Constitucional, sentencia T-414 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas. En igual sentido, las sentencias T-621 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-090 de 2009, M.P. Humberto Sierra y T-651 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas.

[32] Corte Constitucional, sentencia T-396 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto. Reiterada en las sentencias T-1045 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-395 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza y T-316 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, entre otras.

[33] La esperanza de vida representa el número de años que en promedio vive una persona desde el nacimiento hasta el final de la vida. En Colombia, 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 los hombres es de 73.1 y de las mujeres es de 79.4 años. DANE, Proyecciones de Población 2005-2020, septiembre de 2007, p. 5. En: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/8Tablasvida1985_2020.

[34] Corte Constitucional, sentencia T-015 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[35] La Ley 1251 de 2008, “por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores”, señala en su artículo 3° que adulto mayor es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más.

[36] Corte Constitucional, sentencia T-651 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En el mismo sentido, y de manera reciente, las sentencias T-015 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-245 de 2017, M.P. José Antonio Cepeda Amarís y T-314 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[37] Organización Internacional del Trabajo, Seguridad social: un nuevo conceso, Ginebra,

Oficina Internacional del Trabajo, 2002, p. 5. En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_protect/—soc_sec/documents/publication/wcms_220095.pdf. Así mismo, la Corte Constitucional ha definido la seguridad social como “un instituto jurídico de naturaleza dual que tiene la condición tanto de derecho fundamental como de servicio público esencial, (...) que surge como un instrumento para garantizar a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que afecte su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”. Corte Constitucional, sentencia SU-057 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[39] Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

[40] Corte Constitucional, sentencia T-802 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

[41] Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[42] Esta Corporación ha señalado que la finalidad directa de la pensión de vejez es “garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas, traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna”. Corte Constitucional, sentencia T-398 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[43] Gerardo Arenas Monsalve, El derecho colombiano de la seguridad social, Legis Editores, Bogotá, 2018, p. 344.

[44] Gerardo Arenas Monsalve, El derecho colombiano de la seguridad social, Legis Editores, Bogotá, 2018, p. 343.

[45] Corte Constitucional, sentencia SU-337 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo.

[46] La equivalencia entre la asignación de retiro y la pensión de vejez llevaron a la Corte a señalar que “las consideraciones jurisprudenciales en lo que respecta a la pensión de sobrevivientes instituida en la ley 100 de 1993 le son aplicables a la asignación de retiro consagrada en la normatividad especial que rige para los miembros de la fuerza pública”. Corte Constitucional, sentencia T-578 de 2012, M.P.

[47] Corte Constitucional, sentencia T-578 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto.

[48] Corte Constitucional, sentencia T-616 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera.

[49] En este caso la conjunción “o” funciona de manera excluyente entre las dos alternativas, siendo el cónyuge y no la compañera permanente, o al revés, quien solicita la sustitución de la asignación de retiro.

[50] En este caso la conjunción “y” supone la suma de los dos sujetos, es decir, que el cónyuge y la compañera/o permanente del causante solicitan el derecho a sustituir la asignación de retiro.

[51] Esta interpretación ha sido ampliamente reiterada por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos. Al respecto, las siguientes sentencias: T-578 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto, T-113 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero y T-616 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia 2016-01576 del 24 de agosto de 2016, M.P. Sandra Ibarra Vélez y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SI2610-2019/65683 del 7 de Mayo de 2019, M.P. Carlos Arturo Guarín.

[52] Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

[53] Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado: 11001-03-25-000-2010-00236-00(1974-10), sentencia del 12 de febrero de 2015, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

[54] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicado No. 40055, sentencia del 29 de noviembre de 2011, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

[55] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicado No. 47173, sentencia del 15 de septiembre de 2015, M.P. José Mauricio Burgos Ruiz.

[56] Corte Constitucional, sentencia T-504 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero. Este criterio ya había sido expuesto por esta Corporación en los siguientes términos: “Si bien, la legislación privilegia el elemento sociológico, material y real de la convivencia durante los años previos al fallecimiento, como criterio para la determinación del beneficiario de la

sustitución pensional, ello no puede dar pábulo a la discriminación. Por tanto, en el caso de quien está separado de hecho, conserve su vínculo matrimonial y depende económicamente del causante, la convivencia con éste durante más de cinco años en cualquier tiempo será suficiente para reconocer su derecho a la pensión de sobrevivientes”. Corte Constitucional, sentencia T-856 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[57] En ese punto es necesario mencionar la sentencia T-494 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, la cual fue pionera en el reconocimiento del valor económico del trabajo doméstico de la mujer.

[58] Beth Goldbart, *Developing the Right to Social Security – A Gender Perspective*, Routledge Taylor & Francis Group, Londres, 2016, p. 10.

[59] Esta concepción se encuentra ampliamente desarrollada en las aclaraciones de voto de los magistrados Luis Ernesto Vargas y María Victoria Calle a la sentencia C-336 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

[60] Corte Constitucional, sentencia T-076 de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

[61] Corte Constitucional, sentencia T-409 de 2018, M.P. José Franciasco Reyes Cuartas.

[62] Cuaderno principal del expediente, folio 67.

[63] En la sentencia T-409 de 2018, M.P. José Fernando Reyes, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional reiteró estos requisitos al analizar un caso similar al que ahora se estudia.

[64] En la sentencia T-494 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, se precisó: “Esta Corte no puede menos que manifestar su total desacuerdo con dicha visión [la que estima que el trabajo doméstico es invisible y carece de significado económico] por cuanto ella estimula y profundiza la desigualdad y la injusticia en las relaciones sociales, hace inequitativo el desarrollo económico y vulnera derechos fundamentales de la persona humana”.

[65] Corte Constitucional, sentencia T-113 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

[66] Esta orden supone para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares consultar

previamente a la accionante si desea afiliarse nuevamente al servicio de salud de la fuerza pública, pues según la base de datos de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES) la señora María Excelina Valencia de Estévez actualmente se encuentra afiliada a la E.P.S. Salud Mía del régimen contributivo en calidad de beneficiaria y puede no estar de acuerdo con el traslado.