

Sentencia T-856/14

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural que actúa en defensa de sus propios intereses

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidad pública

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

La Corte Constitucional ha reiterado que cuando se pretenda resolver este tipo de conflictos se debe, por regla general, acudir a la jurisdicción ordinaria laboral o a la contencioso administrativa, pues son las encargadas de recibir las solicitudes pensionales, estudiar el cumplimiento de los requisitos legales y dirimir las controversias que surjan entre las partes. Por tal motivo, la acción tuitiva no es la vía adecuada para lograr hacer efectiva la resolución de esta clase de solicitudes, en razón de su carácter subsidiario y residual.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional por ser sujetos de especial protección

El mecanismo constitucional resulta procedente frente a aquellos casos en que existiendo medios ordinarios de defensa judicial, estos se tornan ineficaces y no están en capacidad de otorgar una pronta solución para evitar un perjuicio irremediable, o cuando recae sobre un sujeto de especial protección, verbigracia, individuos de la tercera edad, personas en condición de discapacidad, o las madres cabeza de familia, entre otras.

ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA COMO DERECHO DE NATURALEZA PENSIONAL

Se trata de una prestación de carácter económico a favor de los oficiales, suboficiales y soldados profesionales que adquirieron ese derecho por haber prestado sus servicios al país durante un prolongado lapso de actividad militar bajo las condiciones consagradas en las normas que fijan el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Se trata de un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable, es decir, que

respecto de su reconocimiento no opera el fenómeno de la caducidad ya sea en sede administrativa o judicial, motivo por el cual su reclamación puede realizarse en cualquier momento, teniendo en cuenta que se trata de una prestación periódica, resultando únicamente aplicable la prescripción de las mesadas pensionales no recibidas, en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

SUSTITUCION DE ASIGNACION DE RETIRO-Naturaleza jurídica

La finalidad de la sustitución de la asignación mensual de retiro es asimilable a la de la pensión de sobrevivientes contemplada en el Sistema General de Pensiones, es decir, garantizar el mínimo vital y las condiciones materiales de supervivencia de las personas que estaban a cargo del fallecido, habiendo cumplido con una carga determinada de aportes al sistema. Es decir, ello no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para sustituir a la persona que venía disfrutando de esta prestación.

DERECHO A LA SUSTITUCION DE LA ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO PARA EL CONYUGE SUPERSTITE SEPARADO DE HECHO QUE CONSERVE VIGENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL

PENSION DE SOBREVIVIENTES Y REQUISITO DE CONVIVENCIA-Reconocimiento al cónyuge supérstite aunque no haya habitado bajo el mismo techo del causante siempre que exista causa justificada para la separación aparente de cuerpos

DERECHO AL MINIMO VITAL, A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LA IGUALDAD-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-4.386.693

Demandante: Anita Rueda de Rojas

Demandado: Ministerio de Defensa Nacional y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014)

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido el 14 de mayo de 2014 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mediante el cual se confirmó la providencia dictada el 10 de abril de 2014 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Laboral, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Anita Rueda de Rojas, en contra del Ministerio de Defensa Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección número Siete, por medio de Auto de 25 de julio de 2014, y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Anita Rueda de Rojas, actuando en nombre propio, impetró la presente acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa Nacional y de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CASUR-, en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital, los cuales considera conculcados como consecuencia de la negativa de dichas entidades a reconocer a su favor la sustitución de la asignación mensual de retiro en calidad de cónyuge supérstite del sargento segundo del Ejército Nacional, Gonzalo Rojas Rodríguez.

La situación fáctica que fundamenta la invocación del amparo constitucional, es la que a continuación se expone:

2. Hechos

2.1. El señor Gonzalo Rojas Rodríguez, quien falleció el 11 de febrero de 2006, gozaba de una asignación mensual de retiro a cargo de CASUR, en cuantía del 70%, la cual fue reconocida mediante Acuerdo No. 328 de 31 de agosto de 1964, aprobado por Resolución No. 5131 de 30 de noviembre de 1964 del Ministerio de Defensa Nacional.

2.2. En razón del deceso del citado militar, ocurrido el 11 de marzo de 2006, la demandante solicitó la consecuente sustitución pensional, invocando la calidad de cónyuge supérstite, ya que contrajo matrimonio con el causante el 3 de septiembre de 1955, convivieron cuarenta

y seis años y procrearon seis hijos.

2.3. Mediante Resolución No. 3383 de 19 de octubre de 2006, CASUR resolvió negativamente el pedimento, con fundamento en que la actora no acreditó haber convivido con el causante bajo un mismo techo, hasta el momento de su fallecimiento, procurando una relación de afecto y ayuda mutua.

2.4. Inconforme con la anterior decisión, la accionante instauró recurso de reposición, al estimar que si bien no convivió con el señor Rojas Rodríguez durante los cinco años anteriores a su deceso, ello se debió a que éste, después de cuatro décadas de convivencia, abandonó el hogar. Agrega que pese a la ausencia de cohabitación, siempre mantuvo una buena relación con su esposo, tanto así que i) el vínculo matrimonial jamás se disolvió, ii) ninguno de los dos formó hogar por separado, y iii) él le brindaba el apoyo económico necesario para suplir su mínimo vital.

2.5. Mediante Resolución No. 290 de 13 de febrero de 2007, la entidad rechazó el recurso al considerarlo extemporáneo.

2.6. Expresa que su condición económica y física es precaria, por cuanto carece de fuente de ingresos alguna, dependía económicamente de su cónyuge, cuenta con ochenta años de edad y padece de hipertensión arterial, diabetes, dislipidemia y riesgo cardiovascular alto. Adicionalmente, señala que ninguno de sus hijos tiene la suficiencia económica para suministrarle una vida digna, pues ellos cuentan con sus propios hogares.

2.7. Indica que el 9 de enero de 2014 solicitó nuevamente la sustitución en comento. Petición que fue resuelta negativamente por CASUR el 7 de marzo de 2014, con fundamento en lo resuelto en la Resolución No. 3383 de 2006.

3. Pretensiones

La demandante pretende que por medio de la acción de tutela le sean amparados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital y, en consecuencia, se ordene a la entidad accionada que corresponda, el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la que considera tiene derecho, dada su condición de cónyuge superviviente del señor Gonzalo Rojas Rodríguez.

4. Pruebas

A continuación se relacionan las pruebas relevantes que reposan en el expediente:

- Copia de la partida de bautismo de la accionante, en la que consta que nació el 16 de noviembre de 1934 (folio 12 del cuaderno 2).
- Copia de la partida de matrimonio, en la que se verifica que la actora y el causante contrajeron nupcias el 3 de septiembre de 1955 en la Iglesia La Paz de la ciudad de Bogotá D.C. (folio 13 del cuaderno 2).
- Copia del registro civil de defunción del señor Gonzalo Rojas Ramírez que certifica que su fallecimiento acaeció el 11 de marzo de 2006 (folio 14 del cuaderno 2).
- Copia del acta de declaración juramentada No. 434, proferida por la Notaría 73 del Círculo de Bogotá D.C. el 22 de enero de 2014, en la que se evidencia que la accionante manifestó haber contraído matrimonio con el señor Gonzalo Rojas Rodríguez el 3 de septiembre de 1955; que convivieron por más de 46 años, formando una familia y; que por motivos “propios de la convivencia” decidieron separarse en el 2002, manteniendo siempre una buena relación, pues ninguno constituyó un nuevo hogar, nunca disolvieron el vínculo matrimonial y él era quien le proveía ayuda económica para suplir su mínimo vital (folio 15 del cuaderno 2).
- Copia del acta de declaración con fines extraprocesales No. 105, rendida ante la Notaría Quince del Círculo de Bogotá D.C., de fecha 30 de enero de 2014, en la que se indica que la señora Diana Marsela Gil Gallo aseveró que conoce a la señora Anita hace más de veinticinco años, motivo por el cual le consta que ésta contrajo nupcias con el señor Gonzalo Rojas Rodríguez desde hace más de cuarenta años y que por motivos personales de él se separaron. Asimismo, sostiene que ella dependía económica del fallecido y que ninguno formó vínculo con persona diferente. Finalmente, expresa que el matrimonio siempre estuvo vigente (folio 16 del cuaderno 2).
- Copia del acta de declaración juramentada No. 433, rendida ante la Notaría 73 del Círculo de Bogotá D.C., el 22 de enero de 2014, en la que se verifica que la señora María Ruby Marín Ospina conoce a la demandante desde hace más de cuarenta años, y que por

ello le consta que contrajo matrimonio con el señor Gonzalo Rojas Rodríguez, con quien convivió por más de cuarenta años, durante los cuales formaron una familia. Sumado a ello, indica que en el 2002, por motivos propios de la convivencia, decidieron separarse, sin que alguno de los dos formara un nuevo hogar. Añade que nunca quisieron divorciarse y que el difunto la apoyaba económicamente (folio 17 del cuaderno 2).

- Copia de la historia clínica que reposa en el “Programa de Atención Integral de Enfermedades Crónicas” -PAIEC-, en el que consta que la actora padece de hipertensión arterial, diabetes mellitus, dislipidemia y que clasifica como paciente con riesgo cardiovascular alto (folio 19 del cuaderno 2).

- Copia de la Resolución No. 3383 de 19 de octubre de 2006, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en la que se niega el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro del sargento segundo del Ejército, Gonzalo Rojas Rodríguez, a la señora Anita Rueda de Rojas y que extingue la asignación de retiro del mentado sargento por su fallecimiento y por no existir beneficiarios que acrediten el derecho a acceder a la sustitución pensional (folio 20 del cuaderno 2).

- Copia de la Resolución No. 0290 de 13 de febrero de 2007, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se rechaza por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 3383 de 19 de octubre de 2006 (folio 21 del cuaderno 2).

- Copia de la carta dirigida por la accionante al Presidente de la República, de fecha 13 de marzo de 2012, en la que solicitó su colaboración para que la Caja de Sueldos y Retiro del Ministerio de Defensa estudiara su solicitud de reconocimiento y pago de la sustitución pensional (folio 22 del cuaderno).

- Comunicación dirigida por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a la secretaria privada de la Presidencia de la República, el 4 de mayo de 2012, en la que informa que mediante la Resolución No. 3383 de 19 de octubre de 2006 se resolvió negar el reconocimiento y pago de la sustitución pensional del señor Gonzalo Rojas Rodríguez, por establecerse que la actora no mantenía convivencia al momento del fallecimiento con el suboficial (folio 23 del cuaderno 2).

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Anita Rueda de Rojas, en la que consta que nació el 15 de noviembre de 1933, es decir, actualmente cuenta con 80 años de edad (folio 25 del cuaderno 2).

5. Respuesta de la entidad accionada

5.1. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la representante legal de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitó se declarara improcedente el amparo pretendido por la accionante, por los motivos que a continuación se exponen.

Aseveró que los actos administrativos proferidos por la entidad gozan de presunción de legalidad, razón por la cual y ante el agotamiento de la vía gubernativa, solo pueden ser atacados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sumado a esto, sostuvo que no le corresponde al juez de tutela reconocer las prestaciones económicas solicitadas, pues para ello existen mecanismos ordinarios de defensa idóneos.

Asimismo, señaló que la actora no probó haber convivido con Gonzalo Rojas Rodríguez, en los términos señalados en el literal a), parágrafo 2º, del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, pues si bien ella estaba casada con el militar al momento del fallecimiento, no existen elementos de juicio que prueben la convivencia efectiva durante los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Por último, manifestó que la acción constitucional es improcedente, por cuanto esta solo puede ser incoada como mecanismo subsidiario y excepcional para evitar un perjuicio irremediable, situación que no ha sido probada por la accionante.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 10 de abril de 2014, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. declaró improcedente la acción de tutela por no cumplir con el requisito de la inmediatez, teniendo en cuenta que transcurrió un periodo de más de siete años entre la fecha en que CASUR resolvió el recurso de reposición -13 de febrero de

2007-, presentado por la actora contra la resolución que negó la sustitución pensional y el momento en el cual se interpuso la acción tuitiva, sin que la accionante hubiera iniciado actuación judicial alguna, omisión que en su concepto no fue justificada por la peticionaria.

2. Impugnación

Mediante escrito de 24 de abril de 2014, la demandante presentó impugnación al fallo, argumentando que aun cuando la negativa de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá se cimentó en la falta de inmediatez, no se tuvo en cuenta que con posterioridad al 13 de febrero de 2007 requirió en varias oportunidades a la entidad demandada, en aras de lograr el reconocimiento de su derecho pensional, verbigracia, la solicitud presentada el 12 de marzo de 2012 ante la Presidencia de la República para que interviniera en la resolución de su caso, la cual fue trasladada por dicha entidad a CASUR el 4 de mayo de 2012, y resuelta desfavorablemente y; la solicitud dirigida el 9 de enero de 2014 a CASUR, resuelta negativamente el 7 de marzo de 2014, con fundamento en lo decidido el 28 de noviembre de 2006.

Así las cosas, consideró que, a diferencia de lo aducido por el a quo, sí desplegó una actitud diligente en distintas instancias con miras a lograr el reconocimiento de la sustitución pensional.

Por otra parte, afirmó que el juez de primera instancia negó el amparo de sus garantías, sin siquiera ahondar en la esencia de las mismas, dándole prevalencia al transcurso del tiempo sobre su condición de indefensión, toda vez que desconoció que dado a que cuenta con ochenta años de edad y debido a sus precarias condiciones económicas y de salud, es un sujeto de especial protección constitucional.

Ahora bien, sostuvo que la decisión del a quo, al desconocer la convivencia ininterrumpida con el causante por más de cuarenta y seis años, desatendió el precedente constitucional, toda vez que cumple con los requisitos consagrados en la Sentencia T-037 de 2013, puesto que i) no incurrió en inactividad; ii) la vulneración de sus derechos fundamentales persiste en el tiempo y; iii) se encuentra inmersa dentro de una situación de debilidad manifiesta, ya que cuenta con más de ochenta años de edad y su estado de salud es precario.

Para concluir, manifestó que es de origen campesino, con un grado mínimo de instrucción educativa y, que debido a su desconocimiento legal y a su condición económica no ha contado con asistencia jurídica.

3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia proferida el 14 de mayo de 2014, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desestimó las razones de la alzada y confirmó el fallo de primera instancia, al considerar que la acción constitucional resulta improcedente en el presente caso, por cuanto la actora no agotó previamente los mecanismos ordinarios de defensa judicial con que contaba.

De igual manera, estimó que la tutela sub examine no cumple con el requisito de inmediatez, pues si bien es cierto que después de que CASUR resolviera negativamente la solicitud pensional en 2007, la accionante solicitó en dos oportunidades un nuevo estudio de su caso, siendo resuelta la última petición en marzo de 2014, también es cierto que dicha respuesta se limitó a ratificar el contenido del acto administrativo que negó la prestación, expedido en octubre de 2006. Por ende, al haber sido promovida la tutela transcurridos más de siete años desde que ello ocurrió, el ad quem compartió el argumento esgrimido por el juez de primera instancia.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1.- Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar la sentencia proferida por el juez de segunda instancia, dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de lo ordenado por el Auto de 25 de julio de 2014, proferido por la Sala de Selección número Siete.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el caso bajo estudio, la accionante, mayor de edad, actúa en defensa de sus derechos fundamentales, razón por la cual se encuentra legitimada para presentar la acción.

2.2. Legitimación pasiva

El Ministerio de Defensa Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, demandadas, se encuentran legitimadas en la causa como parte pasiva, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 5 y 42 del Decreto 2591 de 1991, en la medida en que se les atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se demanda.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Anita Rueda de Rojas, al negarle el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro en calidad de cónyuge supérstite del señor Gonzalo Rojas Rodríguez, por no haber convivido con éste bajo un mismo techo durante los cinco años anteriores a su fallecimiento.

Antes de abordar el caso concreto, se realizará un análisis jurisprudencial de temas como: i) casos en los que se justifica que el juez constitucional desplace al juez natural llamado a resolver el mecanismo ordinario existente para conceder directamente y de manera definitiva el amparo que de manera urgente se requiere; ii) la asignación mensual de retiro para los miembros de la fuerza pública; iii) derecho a la sustitución de la asignación mensual de retiro para el cónyuge supérstite separado de hecho que conserve vigente la sociedad conyugal; y iv) el requisito legal exigido a la cónyuge supérstite para el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional, relativo a hacer vida marital durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, en algunos casos no implica la compartir un mismo techo y lecho, siempre y cuando exista una justa causa que lo justifique.

4. Casos en los que se justifica que el juez constitucional desplace al juez natural llamado a

resolver el mecanismo ordinario existente para conceder directamente y de manera definitiva el amparo que de manera urgente se requiere

Debido a que el ordenamiento jurídico colombiano consagra mecanismos judiciales específicos para la solución de controversias relativas al reconocimiento de derechos pensionales y al pago de prestaciones sociales, la Corte Constitucional ha reiterado que cuando se pretenda resolver este tipo de conflictos se debe, por regla general, acudir a la jurisdicción ordinaria laboral o a la contencioso administrativa, pues son las encargadas de recibir las solicitudes pensionales, estudiar el cumplimiento de los requisitos legales y dirimir las controversias que surjan entre las partes. Por tal motivo, la acción tuitiva no es la vía adecuada para lograr hacer efectiva la resolución de esta clase de solicitudes, en razón de su carácter subsidiario y residual.

Sin embargo, las consideraciones anteriores no son absolutas, toda vez que el mecanismo constitucional resulta procedente frente a aquellos casos en que existiendo medios ordinarios de defensa judicial, estos se tornan ineficaces y no están en capacidad de otorgar una pronta solución para evitar un perjuicio irremediable, o cuando recae sobre un sujeto de especial protección, verbigracia, individuos de la tercera edad, personas en condición de discapacidad, o las madres cabeza de familia, entre otras.

Al respecto, la Corporación ha señalado:

“(…) tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto” [1].

En ese orden, el Tribunal Constitucional ha admitido la procedencia de la tutela para el reconocimiento de prestaciones de carácter pensional, cuando el titular del derecho en juego es una persona de la tercera edad que por su condición económica, física o mental se encuentra en situación de debilidad manifiesta, circunstancia que permite brindarle un tratamiento especial y preferente respecto de los demás miembros de la sociedad, habida cuenta que someterla a los rigores de un proceso judicial puede resultar desproporcionado

y altamente lesivo de sus derechos fundamentales.

Pese a ello, es necesario destacar que la condición de sujeto de la tercera edad no implica per se, motivo suficiente para admitir la procedencia de la acción tuitiva. En efecto, la Corte ha considerado que es necesario acreditar el cumplimiento de dos requisitos para que el juez constitucional pueda desplazar la labor del juez ordinario o contencioso, a saber: (i) la ocurrencia de un perjuicio irremediable derivado de la amenaza, vulneración o afectación de garantías de raigambre fundamental como la vida digna, el mínimo vital y la salud; y, (ii) la circunstancia de que someterlo a la rigurosidad de un proceso judicial puede resultar aún más lesivo de sus derechos fundamentales[2].

Asimismo, este Tribunal Constitucional también ha indicado que para efectos de la procedencia del mecanismo constitucional en los asuntos en mención, habrá de tenerse en cuenta el despliegue de cierta actividad administrativa y jurisdiccional por parte del accionante, encaminada a obtener la protección de las garantías que reclama por vía tutelar.

5. La asignación mensual de retiro para los miembros de la fuerza pública

Como es bien sabido, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Seguridad Social Integral, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que la misma define.

El sistema en mención, de acuerdo con el artículo 10º de la ley en cita, tiene como objeto i) garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que dicha norma determina - dentro de las cuales se encuentran las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivientes, así como también, la sustitución pensional y la indemnización sustitutiva, entre otras - y ii) propender hacia la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos poblacionales no cubiertos con un sistema de pensiones.

De conformidad con lo consagrado en el artículo 279, la Ley 100 establece una serie de gremios frente a los cuales no resulta aplicable el Sistema Integral de Seguridad Social. Entre ellos, y dada su pertinencia para el estudio del caso en concreto, se encuentra el relativo a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuya única

excepción es para quienes se vinculen a partir de la entrada en vigor de la normativa en comento.

Así las cosas, el régimen de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional consagra diversos tipos de prestaciones, entre las que cabe mencionar, dada la pertinencia para la solución del caso en concreto, la asignación mensual de retiro.

Dicha figura se trata de una prestación de carácter económico a favor de los oficiales, suboficiales y soldados profesionales que adquirieron ese derecho por haber prestado sus servicios al país durante un prolongado lapso de actividad militar bajo las condiciones consagradas en las normas que fijan el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Este Tribunal la ha definido como “una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo a la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce” [3].

De igual manera, es de señalar que la circunstancia de que la asignación mensual de retiro sea un derecho pensional, implica per se que se trata de un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable (art. 48 de la Constitución), es decir, que respecto de su reconocimiento no opera el fenómeno de la caducidad ya sea en sede administrativa o judicial, motivo por el cual su reclamación puede realizarse en cualquier momento, teniendo en cuenta que se trata de una prestación periódica, resultando únicamente aplicable la prescripción de las mesadas pensionales no recibidas, en los términos previstos en el ordenamiento jurídico[4].

Frente al marco normativo de esta prestación, cabe recalcar que inicialmente fue regulada en los artículos 174 y 175 del Decreto 2062 de 1984:

“Artículo 174. Muerte en goce de asignación de retiro o pensión. A la muerte de un Oficial o Suboficial de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en este estatuto, tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía gozando el

causante.

Así mismo, el cónyuge, los hijos hasta la edad de veintiún (21) o veinticuatro (24) años si fueren estudiantes, las hijas célibes, los inválidos absolutos cualquiera sea su edad, siempre y cuando posean la calidad de hijos legítimos, tendrán derecho a que el Gobierno les suministre asistencia médica, quirúrgica, odontológica, servicios hospitalarios y farmacéuticos, mientras disfruten de pensión decretada con base en los servicios del fallecido. El Gobierno establecerá tarifas para la prestación de estos servicios.

a). La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley;

b). Si no hubiere cónyuge sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos;

c). A falta de hijos las prestaciones corresponden al cónyuge;

d). Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, las prestaciones se dividirán entre los padres, así:

-Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres.

-Si el causante es hijo adoptivo pleno, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

-Si el causante es hijo adoptivo simple, la prestación se dividirá proporcionalmente entre los padres adoptantes y los padres de sangre.

-Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.

-Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción plena, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.

-Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamados en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a los hermanos menores de edad del Oficial o Suboficial.

-Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

-A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponderá a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional”.

Posteriormente, fue regulada por el Decreto 1213 de 1990[5], el cual, en su artículo 104 determinó:

“Asignación de retiro. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de la actividad.

Parágrafo 1º. La asignación de retiro de los Agentes que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 100, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

Parágrafo 2º. Los Agentes retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación”.

De igual manera, los artículos 130 y 132 establecían que en caso de muerte del agente de la Policía Nacional, la mencionada asignación podía sustituirse al cónyuge sobreviviente y a los hijos del causante en partes iguales. Dichas normas establecían lo siguiente:

“Artículo 130. Muerte en goce de asignación mensual de retiro o pensión. A la muerte de un Agente de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y promoción establecidos en el presente Estatuto, tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía gozando el causante. // Así mismo, el cónyuge y los hijos hasta la edad de veintiún (21) años tendrán derecho a que el Gobierno les suministre asistencia médica, quirúrgica, odontológica, servicios hospitalarios y farmacéuticos mientras disfruten de la pensión decretada con base en los servicios del Agente fallecido (...)”.

“Artículo 132. Orden de beneficiarios. Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley.

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos.

c. Si no hubiere hijos, la prestación se dividirá así:

- Cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.

- Cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, las prestaciones se dividirán entre los padres, así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres.

- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

- Si el causante es hijo extramatrimonial la prestación se dividirá en partes iguales entre los padres.

- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptivos en igual proporción.
- Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a sus hermanos menores de dieciocho (18) años.
- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.
- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuge, la prestación corresponderá a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional”.

En Sentencia C-127 de 1996, la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de la expresión “cónyuge sobreviviente”, contenida en el literal a) del citado artículo 132 y concluyó que “la situación discriminatoria que podía deducirse del texto de la disposición acusada en relación con los preceptos constitucionales ha desaparecido, en virtud de la derogatoria de la disposición mencionada (Decreto 1029 de 1994)”.

En dicha providencia, esta Corporación expresó:

“Así pues, mientras que el artículo 132 del Decreto 1213 de 1990 establece como beneficiarios de las prestaciones sociales por causa de muerte de un agente de la Policía Nacional al cónyuge sobreviviente en concurrencia con los hijos del causante, el artículo 111 del Decreto 1029 de 1994 extiende tal reconocimiento al compañero permanente del agente fallecido, al ampliar el pago de las prestaciones sociales adeudadas a la familia, dentro de la cual se incluye a quienes han tenido dicha condición en relación con los miembros de la Policía Nacional.

Posteriormente, el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por el numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, profirió el Decreto Ley 2070 de 2003[6].

Dicho decreto fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-432 de 2004, con fundamento en que el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública es un

tema de reserva de ley marco o cuadro, lo que significa que es el Congreso de la República el competente para fijar los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional en este tema.

Frente al particular, el Tribunal Constitucional señaló:

“Por consiguiente, las obligaciones que surgen del régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, son susceptibles de regulación exclusivamente mediante ley marco y no admiten, en su desarrollo, otra modalidad normativa, principalmente, a través del ejercicio de facultades extraordinarias por expresa prohibición constitucional (C.P. art. 150, num. 10).

En efecto, el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para regular de manera general y abstracta un asunto sometido a reserva de ley marco, desconocería el ejercicio de la competencia concurrente que para la regulación de dichas materias ha establecido el Constituyente: Entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

Es evidente para la Corte que las normas acusadas previstas en el Decreto-Ley 2070 de 2003, al regular el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública y, en especial, la asignación de retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconocen lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, en cuanto el régimen prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias”.

Como consecuencia de este fallo, las disposiciones relativas al régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública que habían sido derogadas recobraron vigencia porque, según la Corte, ello “...permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental[7]”.

Así las cosas, el Congreso de la República, adoptando los parámetros de la mencionada sentencia, aprobó la Ley 923 de 2004[8], la cual se constituyó en el marco para que el Gobierno Nacional fijara el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones correspondientes a estos servidores.

Frente a quiénes pueden concurrir como beneficiarios de la pensión por causa de muerte del servidor, dicha ley estableció, en el artículo 3º, el siguiente orden:

“3.7. El orden de beneficiarios (...) de la sustitución de la asignación de retiro (...) será establecido teniendo en cuenta los miembros del grupo familiar y el parentesco con el titular. // En todo caso tendrán la calidad de beneficiarios, para la sustitución de la asignación de retiro (...):

3.7.1. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro (...) 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.

3.7.2. 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 éste. La sustitución de la asignación de retiro (...) 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 aplicará el numeral 3.7.1.

Si respecto de un titular de asignación de retiro (...) hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los numerales 3.7.1 y 3.7.2. del presente numeral, 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 (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una 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 numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra

cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

3.8. Las asignaciones de retiro (...) y su sustitución, (...) en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Por su parte, el Decreto Ejecutivo 4433 de 2004[9], en el párrafo 2°, del artículo 11, reiteró el orden de beneficiarios anteriormente señalado y estableció, en el artículo 40, que a la muerte de un miembro de las fuerzas militares en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios “tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante”[10].

En consonancia con lo anterior, es viable concluir que la finalidad de la sustitución de la asignación mensual de retiro es asimilable a la de la pensión de sobrevivientes contemplada en el Sistema General de Pensiones, es decir, garantizar el mínimo vital y las condiciones materiales de supervivencia de las personas que estaban a cargo del fallecido, habiendo cumplido con una carga determinada de aportes al sistema. Es decir, ello no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para sustituir a la persona que venía disfrutando de esta prestación[11].

6. Derecho a la sustitución de la asignación mensual de retiro para el cónyuge supérstite separado de hecho que conserve vigente la sociedad conyugal

Como quedó claro en líneas anteriores, la Ley 923 de 2004 y el Decreto Nacional 4433 de 31 de diciembre de 2004 consagran el derecho a la sustitución de la asignación mensual de retiro que se da ante la muerte del servidor pensionado por la Fuerza Pública, generando la subrogación del pago de la prestación económica que venía recibiendo, en cabeza de los miembros del grupo familiar.

El párrafo 2º, del artículo 11, del mencionado decreto, consagró la manera cómo se debe

proceder para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente.

Parágrafo 2º. 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 (Resaltado fuera del texto original);

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior.

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

7. El requisito legal exigido a la cónyuge supérstite para el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional, relativo a hacer vida marital durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, en algunos casos no implica compartir un mismo techo y lecho, siempre y cuando exista una justa causa que lo justifique

Como es bien sabido, el propósito de la pensión de sobrevivientes y de la sustitución pensional es proteger a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas que se derivan de su muerte. Por ello, dichas figuras son de innegable relevancia para la materialización del derecho fundamental al mínimo vital de los beneficiarios del causante.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano existen diversas disposiciones que hacen depender la titularidad de la sustitución pensional de la circunstancia de que la cónyuge supérstite acredite haber estado “haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su deceso”.

Dada la naturaleza del origen de la sustitución pensional que en el sub examine se reclama, es pertinente traer a colación el literal a), parágrafo 2º, del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004[12].

“(…) Parágrafo 2º. 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 (...).”.

Respecto a dicha exigencia, tanto la jurisprudencia constitucional como la de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, han señalado que, en tratándose de razones justificables, no es válido sostener que la convivencia entre los cónyuges desaparece por la mera ausencia física de alguno. Ejemplos de dichos motivos razonables resultan ser cuestiones de salud, oportunidades laborales, imperativos legales o económicos, entre otros.

Por consiguiente, el requisito de convivencia no exige que ambos cónyuges compartan el mismo techo y lecho, pues ello implicaría desconocer que en algunos casos, sobre todo, en

los de parejas de avanzada edad, existen rasgos, tratos y relaciones que permiten suponer convivencia sin necesidad de que exista cohabitación.

Es por ello que la dependencia económica, la ayuda mutua y la asistencia compartida evidencia una situación de convivencia predicable de las personas que han alcanzado una edad tan avanzada.

De igual manera, es de tener en cuenta que, hay eventos en los que la ausencia de cohabitación de la pareja durante los cinco años anteriores al fallecimiento del pensionado, nada dice acerca de la dependencia económica del uno respecto del otro.

En efecto, cabe recordar lo resuelto por esta Corporación mediante Sentencia T-787 de 2004[13], con ocasión a la negativa del Instituto de Seguros Sociales frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge supérstite de uno de sus afiliados, por no haber acreditado la convivencia con el causante hasta el momento de su muerte, pues los meses inmediatamente anteriores al deceso del pensionado, los cónyuges no habitaron bajo el mismo techo. La Corte resolvió tutelar transitoriamente los derechos de la accionante y ordenó al Instituto de Seguros Sociales reconocer la pensión de sobrevivientes, con fundamento en que en ese caso no hubo interrupción de la convivencia entre los cónyuges pese a que no hubieran habitado bajo el mismo techo hasta la muerte del pensionado, ya que dentro del proceso se acreditó que la cónyuge supérstite dependía económicamente de éste y no se vislumbró el propósito de la accionante de obtener el reconocimiento de la pensión de manera fraudulenta.

Justamente en este punto juega un papel de enorme importancia lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[14], acerca de la materia en comento:

“(…) el concepto de convivencia o de vida marital, para efectos de determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes del cónyuge o compañera permanente o compañero permanente del afiliado o del pensionado fallecido, esta desaparece cuando los esposos o compañeros permanente no pueden vivir bajo el mismo techo por circunstancias particulares originadas en el trabajo, la salud, la fuerza mayor, etc., que no impidan ni signifiquen la pérdida de la comunidad de vida ni la vocación de la vida en común, pues lo que interesa para que esa convivencia exista es que en realidad se mantengan, el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico, y el acompañamiento espiritual, característicos de la

vida en pareja”.

En ese orden de ideas, no es constitucionalmente admisible que aun ante la existencia de una circunstancia razonable que justifique la separación de cuerpos entre los cónyuges, se niegue el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, pues en caso de que la posibilidad real del cónyuge supérstite de proveerse las condiciones para llevar una vida digna dependiera de la pensión percibida por el causante, se estaría frente a una indiscutible vulneración de su garantía fundamental al mínimo vital.

CASO CONCRETO

Como quedó expuesto, la señora Anita Rueda de Rojas solicita la protección de sus garantías constitucionales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital, las cuales considera vulneradas por las entidades accionadas al negarle el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro en calidad de cónyuge supérstite del señor Gonzalo Rojas Rodríguez -pensionado por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares desde 1964- bajo el argumento de que no acreditó haber convivido con el causante dentro de los cinco años anteriores al momento de su fallecimiento.

La actora, de 80 años de edad, manifiesta que tal como se infiere del registro civil de matrimonio allegado al expediente, contrajo nupcias con el de cujus el 3 de septiembre de 1955. Agrega que de dicha unión nacieron seis hijos, de los cuales dos ya fallecieron.

Sostiene que cohabitaron físicamente durante cuarenta y seis años, es decir, desde la fecha del matrimonio hasta el momento en que su esposo decidió abandonar el hogar “por razones propias de la convivencia”, época para la cual ella contaba con setenta años de edad. Pese a ello, asegura que el señor Rojas era quien le suministraba los recursos necesarios para garantizar su mínimo vital.

Debido al fallecimiento de su cónyuge, acontecido el 11 de marzo de 2006, solicitó ante CASUR el reconocimiento y pago de la correspondiente sustitución, petición que fue resuelta de manera desfavorable a sus intereses mediante Resolución No. 3383 de 19 de octubre de 2006, confirmada a través de la Resolución No. 290 de 13 de febrero de 2007, con fundamento en que la pareja no convivió bajo el mismo techo durante los últimos cinco años de vida del causante.

Sumado a ello, indica que los gastos para su manutención los suplía gracias a la ayuda económica que su esposo le proveía, dado que éste era quien le suministraba el dinero necesario para su subsistencia, pues si bien cuenta con hijos, ellos, a su vez, tienen obligaciones a cargo para con sus propias familias, y sus trabajos son de índole ocasional.

Asevera que el 9 de enero de 2014 presentó nueva solicitud de reconocimiento pensional, la cual fue resuelta de manera desfavorable a sus intereses el 7 de marzo de 2014, con fundamento en lo resuelto en la Resolución No. 3383 de 2006.

Por último, indica que dada su avanzada edad, su crítica situación económica y la gravedad de las patologías que padece, a saber, hipertensión arterial, diabetes mellitus, dislipidemia y alto riesgo cardiovascular, requiere con urgencia el pago de la prestación en comento.

Por su parte, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares señaló que no ha conculcado derecho fundamental alguno, pues la actora no cumple los requisitos legales exigidos para que la sustitución sea reconocida a su favor, habida cuenta que, pese a que el vínculo matrimonial se encontraba vigente al momento del fallecimiento de su cónyuge, no existió convivencia efectiva en los últimos cinco años de vida de éste, tal como lo exige el literal a), parágrafo 2º, del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

De igual manera, la Caja accionada considera que la presente tutela es improcedente, pues la demandante no agotó los mecanismos ordinarios de defensa judicial que tenía a su alcance ni tampoco acreditó encontrarse ante la inminente ocurrencia de un perjuicio iusfundamental irremediable.

Para esta Sala es indiscutible que en el presente asunto la tutela es formalmente procedente, toda vez que a la accionante, a diferencia de lo considerado por CASUR y por los jueces de instancia, podría irrogársele un perjuicio irremediable.

Exigirle agotar los medios de defensa ordinarios resulta desproporcionado, por cuanto i) es una persona acreedora de especial protección constitucional al pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad, aspecto que flexibiliza ostensiblemente el análisis de los requisitos formales de procedibilidad[15]; ii) supera el índice de expectativa de vida de los colombianos al contar con 80 años de edad; iii) no se encuentra en condiciones aptas para laborar; iv) padece serios problemas de salud -hipertensión, dislipidemia, diabetes mellitus,

riesgo cardiovascular alto- y; iv) no posee renta alguna. Igualmente, aunque sus hijos contribuyen a su cuidado y atención, lo hacen de forma modesta, pues tienen obligaciones con sus propias familias.

En conclusión, la superación del índice de expectativa de vida de los colombianos por parte de la accionante, su delicado estado de salud y la insuficiencia de sus recursos e ingresos económicos, tornan procedente el amparo constitucional.

En lo que concierne al requisito de subsidiariedad, es de destacar que la petente agotó previamente la vía gubernativa, pues instauró recurso de reposición contra la resolución que negó la sustitución de la asignación mensual de retiro y presentó reiteradas solicitudes de estudio pensional antes de acudir al juez de tutela.

Asimismo, cabe subrayar que si bien no promovió el respectivo proceso contencioso, esto puede justificarse en la larga duración que tomaría ser resuelto.

Ahora bien, en aras de resolver el problema jurídico planteado, esta Sala analizará la procedencia del reconocimiento de la prestación pretendida por la señora Anita Rueda de Rojas, cónyuge separada de hecho del extinto sargento al momento de la muerte.

Al respecto, es de tener en cuenta que la normatividad aplicable en el sub lite es el literal a), parágrafo 2º, del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, disposición que hace depender la titularidad del derecho a la sustitución de la asignación mensual de retiro de que la cónyuge supérstite acredite haber estado haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él no menos de cinco años continuos con anterioridad a su deceso, requisito que, a consideración de la caja demandada, la señora Rueda de Rojas no satisfizo.

De lo dicho por las partes en el trámite de la acción tuitiva y de las pruebas que obran en el plenario, verbigracia, el registro civil de matrimonio y las declaraciones extra procesales de diferentes personas, esta Sala advierte que, en efecto, i) la accionante contrajo matrimonio con el causante en el año 1955; ii) convivieron durante cuarenta y seis años; iii) el fallecido decidió abandonar el hogar por “razones propias de la convivencia”, momento para el cual la actora contaba con setenta años de edad; iv) pese a la falta de cohabitación, la pareja siempre mantuvo una buena relación; v) el vínculo matrimonial jamás se disolvió;

vi) el único hogar que el causante tuvo fue el formado con la actora y; vii) él era quien le suministraba el apoyo económico necesario para suplir su mínimo vital.

Así las cosas, es indiscutible que el sargento compartía sus ingresos y prodigaba manifestaciones de solidaridad y apoyo con su esposa. Es decir, constituye un hecho cierto y probado el apoyo mutuo y el respaldo económico.

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.

De igual manera, es claro que en sub examine, en razón de la avanzada edad de la pareja al momento del fallecimiento del pensionado, resultaría desproporcionado exigir que compartiera el mismo techo y lecho para que se predicara la existencia de la convivencia, pues la circunstancia de que el causante fuera quien le suministraba el dinero necesario para satisfacer su mínimo vital, prueba la dependencia económica de ella respecto de él. Además, es de mayúscula importancia en la solución del presente, tener en cuenta que el vínculo matrimonial jamás se disolvió, ninguno de los dos formó un nuevo hogar y mantenían una buena relación, compartiendo en familia.

En ese orden de ideas, esta Sala de Revisión se aparta de lo decidido por los jueces de instancia, habida cuenta que a partir del acervo probatorio se advierte que la negativa del reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro de que era beneficiario el señor Gonzalo Rojas Rodríguez en favor de la accionante, implicaría la vulneración de la garantía fundamental al mínimo vital de ésta, pues es claro que su subsistencia dependía de la ayuda que le prodigaba aquél y, finalmente, postraría en un estado de desprotección a una persona de avanzada edad, carente de recursos económicos y afectada seriamente en su estado de salud.

Por estas razones, bajo un criterio de igualdad y, en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que

dependen patrimonialmente del causante puedan quedar inmersas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado la dependencia económica, el auxilio o apoyo mutuo, se reconocerá la sustitución de la asignación mensual de retiro en comentario en favor de la actora, toda vez que estos son factores que legitiman el derecho reclamado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 14 de mayo de 2014, que, a su vez, confirmó la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá del 10 de abril de 2014, que declaró improcedente el amparo deprecado por la señora Anita Rueda de Rojas y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital de la actora.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, expida las resoluciones definitivas de reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro que corresponda, a favor de la señora Anita Rueda de Rojas, cónyuge supérstite del pensionado Gonzalo Rojas Rodríguez.

TERCERO.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Corte Constitucional, Sentencia T-839 de 27 de octubre de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[2] Al respecto, véase la sentencia T-391 de 2 de julio de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[3] Al respecto, ver la sentencia T-578 de 19 de julio de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[4] Al respecto, ver la sentencia T-578 de 19 de julio de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[5] “Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional”.

[6] “Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las fuerzas militares y de la policía nacional”.

[8] “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

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

[10] Artículo 40 del Decreto 4433 de 2004.

[11] Ver, entre otras, la sentencia T-553 de 2 de diciembre de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

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

[13] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[14] Sentencia de 22 de julio de 2008, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Radicación No. 31921.

[15] El artículo 1° de la Ley 1276 de 2009 consigna como sinónimas las expresiones “personas de la tercera edad” y “adultos mayores”; mientras que el artículo 7° del mismo cuerpo normativo define como adulto mayor a “aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen”.