

Sentencia T-894/10

ACCION DE TUTELA CONTRA EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-Caso en que se niega acrecimiento de pensión de sobrevivientes a madre, argumentando que el artículo 188 del Decreto 1211 de 1990, lo estableció únicamente para el cónyuge y los hijos del causante

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para controvertir actos administrativos que vulneren derechos fundamentales

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL REGIMEN PENSIONAL DE MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA CONTRA EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-Procede acrecimiento de la mesada pensional

Referencia: Expediente T-2734393.

Acción de tutela instaurada por María Luz Deli Osorio Mejía, contra el Ministerio de Defensa Nacional.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., once (11) de noviembre de dos mil diez (2010).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, dentro de la acción de tutela instaurada por María Luz Deli Osorio, contra el Ministerio de Defensa Nacional.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo la mencionada corporación, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, y la Sala de Selección N° 7 de la Corte, el 22 de julio de 2010, lo eligió para su revisión.

## I. ANTECEDENTES.

María Luz Deli Osorio Mejía elevó acción de tutela en abril 21 de 2010, que le correspondió a la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio, aduciendo violación de los derechos al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso, a la vida digna y a la seguridad social por los hechos resumidos a continuación.

### A. Hechos y relato efectuado por la parte demandante.

1. María Luz Deli Osorio Mejía, actuando en nombre propio, manifestó que su hijo Rubén Darío Díaz Osorio, se desempeñaba como Cabo Segundo de Infantería de Marina de la Armada Nacional, hasta que en noviembre 17 de 1999, falleció prestando “los servicios a la patria” (fs. 1 y 7 cd. inicial).

Posteriormente, el Ministerio de Defensa Nacional a través de Resolución N° 000095 de marzo 22 de 2000, reconoció a la actora y a su cónyuge Darío Díaz Puerta, también padre del occiso, una pensión compartida, correspondiéndole el 50% a cada uno de ellos.

2. El esposo de la accionante murió en julio 2 de 2000, por lo que mediante Resolución N° 698 de febrero 28 de 2002, se le reconoció nuevamente a la actora la pensión, en la misma proporción antes indicada, pero declarando la extinción del “porcentaje de la pensión reconocida a favor” del cónyuge “por fallecimiento” (f. 63 ib.).

En consecuencia, la accionante, a través de abogado, elevó derecho de petición en mayo 4 de 2009, requiriendo “el acrecimiento de la mesada pensional”; sin embargo, en junio 5 siguiente, la entidad demandada negó lo solicitado indicando que de conformidad con la normatividad vigente para esa época no era posible el reconocimiento del incremento pretendido (f. 31 ib.).

3. Refirió que es una persona de bajos recursos, está a cargo de 3 nietos menores de edad y actualmente tiene una mesada pensional de \$285.000. Igualmente, anotó que recibió una “indemnización, con lo cual compré un lote... hice la casa pero no la he terminado por falta

de recursos” (f. 1 ib.).

4. Por todo lo anterior, solicitó “que se me ascienda a un salario mínimo” la pensión y “que se tenga en cuenta las obligaciones que respondía mi hijo” (fs. 1 y 2 ib.).

B. Documentos que en copia obran en el expediente.

1. Respuesta de junio 5 de 2009, al derecho petición de la actora, en el cual el Ministerio de Defensa Nacional negó el aumento de la mesada pensional pedida por la actora (f. 3 cd. inicial).

2. Carta de abril 21 de 2004, mediante la cual el Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio, indicó que a través de la Resolución Nº 698 de febrero 28 de 2002, se “resolvió la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de muerte, que se consolidó con motivo del fallecimiento del citado suboficial, a favor de los señores María Luz Deli Osorio Mejía y Darío Díaz Puerta” (f. 4 ib.).

4. Carta de julio 29 de 2008, elevada por la actora, donde solicitó a la accionada: i) las Resoluciones números 073 de febrero 14, 449 de septiembre 1º y 2267 de noviembre 30 del 2000; y ii) “copia de la liquidación realizada por ese Ministerio para fijar el valor de la mesada pensional a que tenía derecho... lo anterior con el fin de establecer la forma como fue liquidada tanto las prestaciones sociales como la pensión” (f. 7 ib.).

5. Certificado expedido por la oficina de atención al usuario de la entidad demandada en febrero 7 de 2003, en la cual se puntualizó que la señora María Luz Deli Osorio Mejía “devenga una pensión \$178.444.44” (f. 8 ib.).

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

1. Mediante auto de abril 21 de 2010, el Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Civil Familia Laboral, admitió la tutela y dispuso dar traslado al Ministerio de Defensa Nacional, para que ejerciera su derecho “y solicite las pruebas que estime pertinentes. Igualmente... deberá remitir copia del derecho de petición presentado por la aquí tutelante ante el Grupo de Prestaciones Sociales de ese Ministerio” (fs. 14 a 18 cd. inicial).

2. La Secretaría de la antes mencionada corporación, informó en abril 27 de 2010, que “el

término concedido a la entidad se encuentra vencido y esta guardó silencio” (f. 35 ib.).

3. Posteriormente, mediante fax de abril 27 de 2010, la demandada habiendo superado los términos concedidos por el Tribunal para dar respuesta, incorporó las pruebas solicitadas y pidió que se rechace por improcedente dicha acción, al considerar que: “no es posible acceder a su solicitud teniendo en cuenta que para el reconocimiento pensional otorgado en el acto administrativo citado se tuvo como fundamento jurídico el Decreto 1211 de 1990, el cual se encontraba vigente para la fecha del fallecimiento del señor Darío Díaz Puerta, quien al igual que la señora María Luz Deli Osorio, tenía la calidad de beneficiario de una pensión por muerte.” (F. 20 ib.)

Adicionalmente, anotó que el Decreto 4433 de 2004, mencionado por la recurrente no es aplicable al caso, por cuanto la sustitución pensional ocurrió en vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990.

A. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Civil Familia Laboral, negó el amparo en mayo 4 de 2010, al estimar que (f. 44 ib.):

“Si la actora esta inconforme con tal determinación... ha debido agotar la vía gubernativa... para con ello abrir pasó a la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho.

Empero como nada de ello ocurrió, le feneció el término de que disponía para invocar tales mecanismos de defensa y le ha caducado el derecho, acorde a lo dispuesto por el artículo 136 del C. C. A.”

Expresó, además que “la tutela no es otra instancia, ni un mecanismo adicional para controvertir las decisiones que se hubiesen podido presentar en la actuación” (f. 44 ib.).

Adicionalmente, señaló que el requisito “relativo a la inmediatez de la acción constitucional tampoco se encuentra satisfecho, pues siendo que el acto administrativo censurado data de 5 de junio de 2009, resulta poco menos que infundado que luego de fenecerse el plazo para invocar la acción contenciosa pretenda reabrir etapas ya precluidas” (f. 47 ib.).

## B. Sentencia de segunda instancia.

Impugnada en tiempo la referida decisión por la actora, quien señaló que tiene “derecho a la igualdad”, sin esgrimir mayores argumentos (f. 77 ib). La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, confirmó la decisión del a quo en junio 18 de 2010, aduciendo los mismos argumentos del Tribunal.

## III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### Segunda. Lo que se debate.

Debe esta Sala de Revisión determinar si los derechos al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso, a la vida digna y a la seguridad social, fueron vulnerados por Ministerio de Defensa Nacional, puesto que éste negó a la actora el acrecimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida por la muerte de su hijo, el Cabo Segundo de Infantería de Marina de la Armada Nacional, en proporción del 50% para cada uno de los padres, por considerarse con derecho, en razón a que su cónyuge falleció y era beneficiario del otro 50% de la pensión.

Así, la demandada argumentó que el artículo 188 del Decreto 1211 de 1990, únicamente estableció el acrecimiento de la cuota pensional, entre el cónyuge y los hijos del causante, más no entre los padres del mismo, y agregó que el Decreto 4433 de 2004, alegado por la recurrente no le es aplicable por cuanto la sustitución pensional ocurrió en vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990.

Tercera. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que vulneren derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. La jurisprudencia constitucional ha reiterado en varias oportunidades el carácter subsidiario de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales. En este sentido en sentencia SU-544 de mayo 24 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, indicó:

“1º) Los medios y recursos judiciales ordinarios constituyen los mecanismos preferentes a los cuales deben acudir las personas para invocar la protección de sus derechos; 2º) En los procesos ordinarios se debe garantizar la supremacía de los derechos constitucionales y la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. arts. 4º y 5º); 3º) La tutela adquiere el carácter de mecanismo subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial; su objeto no es desplazar los otros mecanismos de protección judicial, ‘sino fungir como último recurso (...) para lograr la protección de los derechos fundamentales’.”

Así, una pretensión pensional desborda, en principio, el objeto del amparo constitucional, de manera que las controversias suscitadas por su reconocimiento no son competencia del juez de tutela, debido a que el ordenamiento jurídico ha dispuesto medios judiciales específicos para la solución de esta clase de conflictos.

3.2. Sin embargo, esta corporación<sup>1</sup> conforme al artículo 86 de la Constitución, también ha indicado que la acción de tutela sí procederá:

i) En el evento en que el medio judicial previsto para dirimir este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto, un ejemplo de ellos, se encuentra en sentencia T-141 de febrero 19 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, en la cual se señaló que para que proceda el acrecimiento de una pensión “es necesario que la falta de pago de las cuotas extintas para los otros órdenes (sic) vulnere o amenace gravemente el derechos a la vida digna del demandante. Si el mencionado daño no se encuentra suficientemente acreditado, la protección del derecho a la seguridad social en materia pensional no está en relación de conexidad necesaria con el derecho al mínimo vital y, en consecuencia, cualquier reclamo al respecto deberá ser planteado ante el juez ordinario competente”.

Debe así tenerse en cuenta la idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario para reclamar el reconocimiento de la pensión, según el caso concreto.

ii) Igualmente, puede proceder como mecanismo transitorio o definitivo, cuando sea

necesario evitar un perjuicio irremediable.

En fallo T-090 de febrero 17 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, se puntualizó que “con el fin de comprobar la presencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto, que en la mayoría de los casos consiste en la afectación del mínimo vital del peticionario(a) y de su familia, ha utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario(a)<sup>2</sup>. Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a)<sup>3</sup>”.

Es necesario aclarar que si se alega como perjuicio irremediable la vulneración al mínimo vital, puede inferirse su afectación de la edad, las condiciones de salud y la ausencia de alguna fuente de sustento, sin perjuicio de que, en general, quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, acompañe su afirmación con alguna prueba, al menos sumaria, porque así la tutela tenga un carácter informal, no exonera al actor de acreditar los hechos en los que basa sus pretensiones<sup>4</sup>.

Al evidenciarse alguno de los dos supuestos explicados, la acción de tutela resulta procedente y la autoridad judicial debe estudiar entonces si es real la violación o amenaza al derecho fundamental reclamado.

3.3. Por otra parte, es importante aclarar que el derecho a la pensión es imprescriptible, en principio, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política que establece entre otras cosas, que el derecho a la seguridad social es imprescriptible; y por su parte, el artículo 53 superior dispone, con respecto a las pensiones, que corresponde al Estado la garantía del derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de estas prestaciones.

Igualmente, la jurisprudencia de esta corporación ha mantenido una posición uniforme en cuanto a considerar la pensión como un derecho imprescriptible<sup>5</sup>. Así en sentencia C-198 de 1999, ya citada, se expresó:

“El Legislador puede entonces consagrar la prescripción extintiva de derechos patrimoniales que surgen del ejercicio de un derecho constitucional, incluso si éste es fundamental, siempre y cuando el término sea proporcionado y no afecte el contenido esencial mismo del

derecho constitucional. Aplicando estos criterios, esta Corte concluyó que la ley no podía consagrar la prescripción del derecho a la pensión como tal, aunque sí podía establecer un término temporal para la reclamación de las distintas mesadas.”

El carácter imprescriptible del derecho a la pensión se deriva directamente de principios y valores constitucionales, que garantizan la solidaridad que debe regir la sociedad, y además, se constituye en un instrumento para garantizar la especial protección que el Estado debe a las personas de la tercera edad, con el propósito de asegurar el mantenimiento de unas condiciones de vida digna.

Sin embargo, es importante precisar que la imprescriptibilidad de la pensión, se predica del derecho considerado en sí mismo, pero no de las prestaciones periódicas o mesadas que él implica y que no han sido cobradas, las cuales se encuentran sometidas a la regla general de prescripción de las acreencias laborales de 3 (tres) años, prevista en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social<sup>6</sup>.

3.4. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>7</sup>, ha señalado que de conformidad con el principio contenido en el artículo 2° de la Constitución Política, según el cual todas las autoridades deben garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales, el debido proceso es un derecho fundamental exigible en las decisiones administrativas.

Por tal razón, el debido proceso administrativo presupone que las autoridades actúen respetando y garantizando el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción, la imparcialidad en sus determinaciones, el principio de legalidad y en materia laboral y pensional, el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la carta, para garantizar así su ordenado funcionamiento, el principio de la seguridad jurídica de los administrados y la validez de sus propias actuaciones<sup>8</sup>.

En aquellos casos en que la actuación de la autoridad administrativa carezca de fundamento objetivo, y sus decisiones sean el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que traiga como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales de la persona, la acción de tutela resulta excepcionalmente procedente contra las actuaciones administrativas<sup>9</sup>, para lo cual deberá acreditarse en cada caso la existencia de un perjuicio irremediable.

4.1. El derecho a la pensión especial es de carácter constitucional, como quiera que emana directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social y al trabajo, pues “nace y se consolida ligado a una relación laboral”<sup>10</sup>, además de su inmanente conexión con la dignidad humana y la vida misma.

4.2. La Ley 100 de 1993 es el núcleo temático de la seguridad social, aplicable para todos los individuos del territorio nacional<sup>11</sup>, salvo las excepciones mencionadas en dicha ley, las cuales se encuentran consagradas en su artículo 279, donde se indica que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e)<sup>12</sup> y 217<sup>13</sup> de la Constitución Política, en los cuales estableció que la Ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan<sup>14</sup>.

La Jurisprudencia de esta corporación ha precisado que cuando se hace referencia a la expresión régimen prestacional, se incluyen tanto las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo, como todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el auxilio funerario, y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud<sup>15</sup>.

4.3. En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta, también es posible considerar, la aplicación de la normatividad que más favorezca al trabajador, “...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la

norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”, se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador<sup>16</sup>.

Por su parte, el artículo 2° del Decreto 4433 de 2004<sup>17</sup>, que regula el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública contiene una finalidad protectora de los derechos adquiridos en materia prestacional, para ampararlos contra los efectos negativos del tránsito de legislación. Así, las situaciones consolidadas bajo el imperio de una legislación, no quedan afectadas por la nueva normatividad.

También ha considerado esta corporación que la obligación constitucional de interpretar las normas legales del modo más favorable al trabajador y, de esta forma, garantizar el derecho al debido proceso, conduce a inferir la imposibilidad de la “exclusión de beneficios en el caso de regímenes especiales porque si la norma señala varios aspectos beneficiosos, no se puede decir que unos se aplican y otros no. Tal proceder afecta el carácter inescindible de las normas y viola los principios constitucionales antes referidos” <sup>18</sup> (está en negrillas en el texto original).

En conclusión, ha dicho la Corte que en la determinación del régimen o la normatividad aplicable al reconocimiento de una pensión o al reajuste de la misma correspondiente a una persona que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 pertenezca a un régimen especial o tenga derecho a la aplicación del régimen de transición allí previsto, la autoridad administrativa deberá respetar los principios de favorabilidad y la garantía de los derechos adquiridos, en especial si se trata de aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, con el fin de preservar, en todo caso, el derecho fundamental al debido proceso<sup>19</sup>.

Quinta. El caso concreto.

Por lo anterior, la señora María Luz Deli Osorio Mejía indicó que se protejan los derechos al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso, a la vida digna y a la seguridad social.

5.2. Corresponde a esta Sala de Revisión determinar la viabilidad de la tutela pedida, teniendo en cuenta los antecedentes expuestos y a la luz de la jurisprudencia trazada por esta corporación.

Por ello, es importante verificar en este caso la procedibilidad de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución señala que ésta sólo resultaría apropiada en caso de no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Adicionalmente, de conformidad con la jurisprudencia de esta corporación, como ya se señaló, dicha acción no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión, pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto, el cual es la jurisdicción laboral, ordinaria o contencioso, según el caso. De tal modo, es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna de las excepciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado para el reconocimiento de la pensión, por vía de tutela.

Como se señaló en los fundamentos del presente caso, dicha discusión gira en torno a la negativa al reconocimiento de un derecho prestacional por la controversia surgida en torno a la determinación de la norma aplicable, en principio, existiendo la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho que, prima facie, resulta idónea y efectiva para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos que negaron el acrecimiento, por lo que la procedibilidad de la acción se considera excepcional y su examen debe hacerse a la luz de la vulneración de los derechos fundamentales y la determinación de la existencia de un perjuicio irremediable.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se evidencia la amenaza de un perjuicio irremediable que hace posible la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de la señora María Luz Deli Osorio Mejía, pues se trata de una persona que tiene a cargo 3 nietos menores de edad y no cuenta con ningún otro ingreso familiar diferente a la pensión que le había sido otorgada por sustitución a la muerte de su hijo, además de que dependía económicamente de su fallecido esposo y ambos a su vez derivaban su sustento de la pensión otorgada por sustitución.

Así, es evidente la afectación al mínimo vital de la accionante, puesto que el valor de su mesada pensional se vio disminuida a la mitad, ya que mediante Resolución N° 698 de febrero 28 de 2002, el Ministerio de Defensa Nacional ordenó extinguir el porcentaje pensional que devengaba su fallecido cónyuge. Por lo cual, la actora recibe una pensión inferior al salario mínimo legal mensual vigente<sup>20</sup>, suma que no cubre sus necesidades básicas, ni las de los menores a cargo, lo que resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, que estipula que en ningún caso las pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente<sup>21</sup>.

En estos eventos, la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, no excluye el amparo, puesto que dadas las condiciones personales y materiales de la accionante, esperar por más tiempo los resultados de un proceso ordinario, el cual feneció, para que le sea reconocido su derecho, le ocasiona un perjuicio irremediable, grave e inminente, que debe ser evitado mediante la acción de tutela.

5.3. Frente a la norma aplicable para resolver la solicitud de acrecimiento del monto de la pensión de sustitución<sup>22</sup>, la Sala encuentra que tal como lo afirmó el Ministerio en oficio de junio 5 de 2009, mediante el cual negó el aumento pensional (f. 30 cd. inicial.), en efecto el Decreto 1211 de 1990<sup>23</sup> no contempla la figura del acrecimiento de la cuota pensional entre los padres del causante. Así, el artículo 185 del mencionado Decreto<sup>24</sup>, dispone el orden preferencial de beneficiarios y prevé que en el evento de que no hubiere cónyuge ni hijos a la muerte de un Suboficial que pertenezca a las Fuerzas Militares, las prestaciones sociales a que tiene derecho o la pensión que venía recibiendo, se dividirá en partes iguales entre los padres del causante, en proporción del 50% para cada uno de ellos.

Por su parte, el artículo 188 del Decreto 1211 de 1990<sup>25</sup>, que consagra las causales de extinción de las pensiones que se causen por el fallecimiento de un Suboficial de las Fuerzas Militares en goce de una pensión, prevé la figura del acrecimiento de la cuota pensional, entre el cónyuge y los hijos del causante, pero no la consagra entre los padres del mismo.

Con la expedición de la Ley 923 de 2004<sup>26</sup> y el Decreto 4433 de 2004<sup>27</sup>, esta situación cambió, ya que el artículo 11, numeral 5° del citado Decreto<sup>28</sup>, dispuso expresamente el acrecimiento de la cuota pensional de los padres entre sí. Adicionalmente el artículo 6° de la Ley 923 de 2004<sup>29</sup>, consagró el reconocimiento de los beneficios establecidos en dicha

norma, con retroactividad al 7 de agosto de 2002, para garantizar las situaciones jurídicas consolidadas derivadas de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

Por lo anterior, es claro para la Sala que el Ministerio accionado al expedir el oficio de junio 5 de 2009 y la Resolución N° 698 de febrero 28 de 2002, mediante la cual se negó a la peticionaria el aumento de su pensión de sustitución y se ordenó la extinción de la porción de la pensión que le correspondía a su fallecido cónyuge, vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, desconoció los principios de legalidad y de favorabilidad en la interpretación y aplicación de las normas laborales, puesto que siendo la Ley 904 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año, las disposiciones que le resultan más favorables a su situación, decidió negar su derecho con base en el Decreto 1211 de 1990, que no contempla dicho beneficio.

5.4. Por otra parte, es importante anotar que frente a lo indicado por las diferentes instancias judiciales en cuanto a que el requisito de “inmediatez de la acción constitucional tampoco se encuentra satisfecho” y la actora no interpuso los recursos (fs. 44 a 47 ib.), esta Sala aclara que: i) las pensiones son imprescriptible, de acuerdo con los artículos 48 y 53 de la Carta y con la jurisprudencia de esta corporación, por lo que el accionante en este caso tiene derecho al acrecimiento de la pensión; y ii) que si la interesada ha “desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima” (T-586 de julio 26 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla y T-090 de 2009, precitada), procede la solicitud de pensión, en consecuencia, se observa dentro del expediente (fs. 5 a 11 y 22 a 33.), que la actora constantemente actuó para que se le otorgará el aumento de la mesada, tantas veces mencionada.

5.5. De acuerdo a lo anterior, se revocará el fallo dictado en junio 18 de 2010, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la denegación del amparo proferida en mayo 4 de esa anualidad por el Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Civil Familia Laboral, en la tutela instaurada por María Luz Deli Osorio Mejía, contra el Ministerio de Defensa Nacional, que en su lugar será concedida, ante lo anteriormente expuesto.

En consecuencia, como la prestación ya había sido reconocida, se ordenará al Ministerio de Defensa Nacional, o a quien corresponda, que proceda a reajustar la sustitución pensional que le fue otorgada a la actora, ordenando en su favor el acrecimiento de la mesa pensional, con el cubrimiento de la diferencia ya causada, en lo aún no prescrito, en los términos

estipulados en la Ley 923 de 2004 y en el Decreto 4433 de 2004.

Igualmente, se ordenará a la accionada que inicien los trámites pertinentes para dar cumplimiento a lo dispuesto dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, a fin de que a la mayor brevedad posible reajuste el pago de la pensión.

#### IV.- DECISIÓN.

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo dictado en junio 18 de 2010, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la denegación del amparo proferida en mayo 4 de esa anualidad, por el Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Civil Familia Laboral, en la acción de tutela instaurada por María Luz Deli Osorio Mejía, contra el Ministerio de Defensa Nacional; en su lugar, se resuelve CONCEDER, la protección de sus derechos al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso, a la vida digna y a la seguridad social.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR al Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha realizado, que en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, como la prestación ya había sido reconocida, proceda a reajustar la sustitución pensional que le fue otorgada a la señora María Luz Deli Osorio Mejía, ordenando en su favor el acrecimiento de la mesada pensional, con el cubrimiento de la diferencia ya causada, en lo aún no prescrito, en los términos estipulados en la Ley 923 de 2004 y en el Decreto 4433 de 2004.

Tercero. Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-894 de 2010

ACCION DE TUTELA CONTRA EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-Improcedencia por cuanto la Ley 923 de 2004, que permite el acrecimiento entre cónyuges, no es aplicable al presente caso (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expedientes T-2.734.393

Acción de tutela instaurada por María Luz Deli Osorio Mejía contra el Ministerio de Defensa Nacional.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA.

Con el respeto acostumbrado, haré una exposición de los motivos que justifican la suscripción de un salvamento parcial de voto respecto de la sentencia de la referencia.

i. Contenido de la sentencia

Mediante el fallo en cuestión se abordó el estudio del caso de la señora María Luz Deli Osorio Mejía, quien consideraba vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso, a la vida digna y a la seguridad social.

En el escrito de tutela la accionante, quien es una persona de escasos recursos, manifestó que su hijo se desempeñaba como Cabo Segundo de Infantería de Marina de la Armada Nacional, hasta que en noviembre 17 de 1999 falleció prestando el servicio.

Por lo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional a través de Resolución de marzo 22 de 2000, reconoció a la actora y a su cónyuge, padre del occiso, una pensión compartida, correspondiéndole el 50% a cada uno de ellos.

El 2 de julio del 2000, falleció el esposo de la accionante, por lo que el 28 de febrero de 2002, se le reconoció nuevamente a la actora la pensión, en las misma proporción anterior, pero declarando la extinción del porcentaje de la pensión reconocida a favor del cónyuge.

El 4 de mayo de 2009 la actora presentó derecho de petición solicitando el acrecimiento de la mesada pensional. El 5 de junio del mismo año, la entidad demandada negó lo solicitado indicando que de conformidad con la normatividad vigente para esa época no era posible el reconocimiento del incremento pretendido.

El Ministerio accionado, negó lo solicitado por la actora, argumentando que el artículo 188 del Decreto Ley 1211 de 1990, vigente al momento del reconocimiento de la sustitución, únicamente estableció el acrecimiento de la cuota pensional, entre el cónyuge y los hijos del causante, más no entre los padres del mismo; y señaló que es el Decreto 4433 de 2004 el que permite el acrecimiento de los padres entre sí.

Por lo anterior, la accionante solicitó a través de la tutela se le incrementara la pensión.

En la Sentencia se estudió si los derechos fundamentales de la actora fueron vulnerados por Ministerio de Defensa Nacional, al negarle el acrecimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida por la muerte de su hijo, en proporción del 50% para cada uno de los padres, por considerarse con derecho, en razón a que su cónyuge falleció y era beneficiario del otro 50% de la pensión. Para resolver el problema jurídico se abordaron

los siguientes tópicos: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que vulneren derechos fundamentales y (ii) el principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de la fuerza pública.

Finalmente, se concede el amparo solicitado, y en consecuencia se ordena al Ministerio de Defensa Nacional que, como la prestación ya ha sido reconocida, proceda a reajustar la sustitución pensional que le fue otorgada a la actora, ordenando a su favor el acrecimiento de la cuota pensional en los términos estipulados en la Ley 923 de 2004 y en Decreto 4433 de 2004.

ii Motivos del Salvamento de Voto.

No comparto la decisión final a la cual llegó la Sala Sexta de Revisión en la sentencia T-894 de 2010 por las siguientes razones:

La normatividad aplicada al caso de la accionante, Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, no se encontraban vigentes al momento de los hechos, pues el fallecimiento del hijo de la accionante se dio el 17 de noviembre de 1999, la muerte de su esposo el 2 de julio del 2000 y el acto administrativo que declara la extinción del porcentaje de la pensión reconocida a este último día del 28 de febrero de 2002.

La ley 923 de 2004, que permite el acrecimiento entre cónyuges, entró en vigencia el 30 de diciembre de 2004 y el Decreto Reglamentario 4433 de 2004 el 31 de diciembre del mismo año. En el proyecto se indica que la accionante tiene derecho al acrecimiento de la pensión, por cuanto el artículo 6 de la ley 923 dispone:

“El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley”.

Como se observa, la misma ley está indicando que la fecha a partir de la cual el gobierno Nacional debe aplicar las disposiciones en materia de pensión de vejez y sobrevivencia es el 7 de agosto de 2002, momento en el cual ya se encontraba consolidada la situación de la accionante, pues todos los hechos y los actos en derecho ya habían ocurrido para esa fecha.

Al no existir duda sobre la norma vigente al momento de ocurrencia de los hechos, Decreto Ley 1211 de 1990, no era procedente aplicar en virtud del principio de favorabilidad la ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año.

Así dejo expresados los argumentos que me llevan a Salvar el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Cfr. T-762 de julio 31 de 2008, T-376 de mayo 17 y T-149 de marzo 2 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-286 de marzo 23 de 2008 y T-284 de abril 19 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-239 de marzo 6 de 2008, M. P. Marco Gerado Monroy Cabra; T-052 de enero 24 de 2008 y T-691A de septiembre 5 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-529 de julio 10 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-229 de marzo 24 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

2 “Sentencia T-762-08, T-376-07, T-607-07, T-652-07, T-529-07, T-935-06 y T-229-06, entre otras.”

3 “Ibídem.”

4 En sentencia SU-995 de diciembre 9 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte señaló que “en esta clase de procesos preferentes y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991.”

5 En sede de control abstracto de constitucionalidad en las sentencias C-230 de mayo 20 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara; C-198 de abril 7 de 1999 M. P. Alejandro Martínez; entre otras. Y en control concreto en las sentencias SU-430 de agosto 19 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-274 de abril 17 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; entre otras.

6 Cfr. T-932 de septiembre 19 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

7 Cfr. T-457 de octubre 20 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía; T-1016 de diciembre 13 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-1061 de octubre 5 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-611 de agosto 5 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-214 de marzo 8 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; y T-581 de junio 10 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

8 Cfr. T-550 de octubre 7 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

10 T-970 de septiembre 22 de 2005, M. P. Marco Gerado Monroy Cabra; T-1067 de noviembre 12 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-682 de agosto 22 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-684 de junio 29 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1354 de octubre 4 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-982 de diciembre 9 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; C-179 de abril 10 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz; T-516 de noviembre 10 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara.

11 En sentencia C-850 de septiembre 3 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, se recordó que la Ley 100 de 1993 “versa sobre la seguridad social en su amplia significación, como lo corrobora su título ‘Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones’ y el preámbulo, al disponer que ‘la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.

12 El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar

las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública”.

13 El artículo 17 de la Constitución Política, consagra: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. // Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. // La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”

14 Cfr. C-432 de mayo 6 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-372 de mayo 11 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

15 Cfr. C-654 de diciembre 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-835 de octubre 8 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-101 de febrero 11 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, las cuales además indican que el fundamento jurídico de las prestaciones derivadas de las contingencias propias de la seguridad social, se encuentran en el artículo 150, num. 19, lit. e) de la Constitución, que corresponde a las materias sujetas a ley marco.

16 Sentencia C-168 de abril 20 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

17 El artículo 2° del Decreto 4433 de 2004, establece: “Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.”

18 Cfr. T-631 de agosto 8 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

19 Cfr. T-235 de abril 4 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-251 de abril 12 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-625 de julio 1° de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-008 de enero 19 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-631 de agosto 3 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-595 de agosto 3 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

20 Actualmente la mesada pensional de la demandante es de \$285.000 (f. 1 cd. inicial).

21 El artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 dispone: “Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.”

22 En la Sentencia T-141 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte afirmó que la solicitud del beneficiario de una pensión a acrecer su cuota, hace parte del género de las peticiones que buscan el reajuste de la pensión, toda vez que su objeto es la reconsideración del monto de la mesada pensional y no el reconocimiento del derecho pensional.

23 El Decreto 1211 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”.

24 El artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, indica: “ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial: // a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley. // b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley. // c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así: // - El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge. // - El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales. // d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se divide entre los padres así: // - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres. // - Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción. // - Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres. // - Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a

sus padres adoptivos en igual proporción. // - Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años. // - Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos. // - A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

25 El Artículo 188 estipula lo siguiente: “EXTINCIÓN DE PENSIONES. A partir de la vigencia del presente Decreto, las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión militar, se extinguen para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital y para los hijos, por muerte, independencia económica, matrimonio o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los hijos inválidos absolutos de cualquier edad y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro años (24), cuando unos y otros hayan dependido económicamente del Oficial o Suboficial y mientras subsistan las condiciones de invalidez y estudios. // El cónyuge sobreviviente no tiene derecho al otorgamiento de la pensión cuando exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial no hiciera vida en común con él, salvo fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobados. // La extinción se irá decretando a partir de la fecha del hecho que la motive y por la cuota parte correspondiente. // La porción del cónyuge acrecer a la de los hijos y la de éstos entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá derecho a acrecimiento.”

26 Ley 923 de diciembre 30 de 2004 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.

27 Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004 “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

28 El artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, consagra: “Artículo 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales,

Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:...

11.5 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, ni padres, la pensión le corresponderá previa comprobación de que el causante era su único sostén, a los hermanos menores de dieciocho (18) años o inválidos. // La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de estos entre sí y a la del cónyuge, y la de los padres entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá lugar a acrecimiento.”

29 La Ley 923 de 2004, art. 6, señala: “El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley.”