

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 67

Santiago de Cali, cinco (5) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Acción	Tutela
Radicación	76-001-33 33-005-2017-00102-00
Actor	BASILIA CAICEDO SAAC
Accionado	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

El Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sede de jurisdicción constitucional, decide la acción de tutela instaurada por la señora **BASILIA CAICEDO SAAC**, a través de apoderado judicial, en contra del **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política.

La solicitud de amparo se basó en los siguientes,

1. HECHOS

1.1.- Indica la accionante que el Ejército Nacional pensionó por invalidez al señor Juan Pelegrino Hurtado Ruiz, a raíz de haber recibido accidentalmente un proyectil que impactó en una de sus extremidades superiores.

1.2.- Manifiesta que convivió con el señor Hurtado desde 1964 hasta la fecha de su fallecimiento ocurrida el 4 de abril de 1976, por espacio de doce años, con quien procrearon a cuatro de sus hijos, que hoy en día son mayores de edad.

1.3.- Señala que la pensión de sobreviviente poco después del fallecimiento del señor Hurtado le fue reconocida a sus menores hijos, la cual disfrutaron hasta que alcanzaron la mayoría de edad. Indica que en cambio la sustitución pensional no le fue reconocida en su

calidad de compañera permanente, presumiblemente porque en aquella época la normatividad no le reconocía derecho alguno a la compañera, pero que ello no obsta para que por no haber solicitado en ese entonces la sustitución pensional, ello no quiere decir que hoy no pueda reclamar dicho derecho que es cierto irrenunciable.

1.4.- Explica, que en ejercicio del derecho de petición solicito a la Caja de Retiro de las Fuerzas Armadas “CREMIL” el reconocimiento de la sustitución pensional, la cual le fue negada mediante Resolución No. 137 de fecha 3 de enero de 2017, teniendo en cuenta que en su momento se había resuelto acerca de la sustitución pensional concedida por el fallecimiento del señor Hurtado con fundamento en la pruebas aportadas, además que la accionante se había presentado en calidad de representante legal de sus hijos menores, sin que existiera para esa época pruebas que permitieran determinar la calidad de compañera respecto del causante.

Igualmente indicó que en el acto administrativo se dijo: *“... es preciso advertir que el acto administrativo No. 1388 del 09 de julio de 1982 cumple con los requisitos de ejecutoria teniendo en cuenta que fue debidamente notificado a los interesados y sobre ese se abrieron términos para agotar los recursos procedentes en cumplimiento del debido proceso, otorgando por consiguiente oportunidad para manifestar los hechos que hoy, transcurridos más de 40 años, el peticionario pone en conocimiento razón por la cual no es procedente el reconocimiento y pago de suma alguna a favor de la señora Basilia Caicedo Saac por concepto de sustitución pensional”*

1.5.- Alega que en ningún caso promovieron recurso en contra de la resolución 1388 del 9 de junio de 1982, por medio de la cual le otorgaron la pensión sustitutiva a sus hijos menores y que tampoco pretendía que dicho acto fuera adicionado después de 40 años de su notificación.

1.6.- Que contra la decisión que le negó el reconocimiento pensional interpuso recurso de reposición que le fue resuelto mediante acto No. 1298 del 27 de marzo de 2017, que dispuso confirmar la decisión recurrida.

1.7.- Considera que tiene derecho a la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente y padre de sus hijos, quien gozaba de la pensión de invalidez antes de su fallecimiento, dada la edad con la que cuenta, 74 años, no percibe pensión, ni devenga renta de ninguna clase, además que padece problemas de circulación y venas varice, por lo cual no se puede ver sometida a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

Estima que la negativa en el reconocimiento y pago de la pensión sustitución, vulnera el derecho fundamental dignidad humana, mínimo vital, seguridad social, debido proceso e igualdad.

3. PRETENSIONES

Solicita lo siguiente:

Que se protejan los derechos fundamentales antes mencionados y que en consecuencia, se ordene a la entidad accionada le reconozca y pague la sustitución pensional a que tiene derecho con ocasión del fallecimiento del señor Juan Peregrino Hurtado Ruíz, con sus correspondientes reajustes, mesadas ordinarias y adicionales de junio y diciembre, desde el 5 de abril de 1976, junto con los incrementos de ley y el retroactivo.

4. SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: la señora BASILIA CAICEDO SAAC, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.988.161 de Cali.

Entidad accionada:

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

5. TRÁMITE PROCESAL

Mediante escrito radicado en la Oficina de Apoyo Judicial con fecha 20 de abril de 2017 y a su vez en la secretaría de éste Despacho el 21 del mismo mes y año, se instauró la presente acción de tutela; fecha en la que igualmente por auto interlocutorio No. 300, se avocó su conocimiento y se dispuso correr traslado de la misma al ente accionado por el término de dos días, para que ejercieran el derecho de defensa y contradicción, si a bien lo tuviere. Las notificaciones respectivas se produjeron según consta en oficios visibles a folios 62 a 65 del expediente.

6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1.- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, contesto el requerimiento realizado por el juzgado indicando que la competencia para resolver lo relacionado con la sustitución pensional de las pensiones por invalidez que vienen siendo pagadas por el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa radica en esta entidad.

Señala que existe una falta de legitimación de la causa por pasiva, puesto que el objeto de la Caja, es reconocer y pagar la asignación de retiro de los Oficiales, Suboficiales y soldados profesionales de las “Fuerzas Militares” y en este caso la accionante está reclamando la sustitución pensional de un ex - soldado pensionado por invalidez, que viene siendo pagada por Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa y no por la Caja, por lo cual no son se encuentran legitimados para defender los intereses de la entidad.

6.2.- MINISTERIO DE DEFENSA - GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES. No contestó la presente acción de tutela.

7. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

7.1. Competencia

Este Despacho judicial es competente para conocer de la presente acción de Tutela, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con artículo 1º numeral 1º inciso 3º del Decreto 1382 de 2000.

7.2. Acción de tutela – Marco general

La tutela es una acción pública de carácter subsidiaria, residual y autónoma, por medio de la cual es posible ejercer el control judicial de los actos u omisiones de los órganos públicos o de los entes privados que puedan vulnerar derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente y sumario, salvo las excepciones establecidas en la ley para su procedencia.

Este mecanismo fue introducido a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, según el cual toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá

“en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”.

Según el texto constitucional, para que el amparo proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable¹.

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria² y no está diseñada para reemplazar las acciones judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

7.3. Presupuestos para la procedencia de la acción de tutela:

Ahora bien, los presupuestos para que proceda la acción de tutela son tres:

7.3.1 Que se esté ante la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en este evento en los casos señalados en la Ley.

7.3.2. Es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y,

7.3.3. Que en caso que el afectado cuente con otro medio de defensa judicial, la acción de tutela se interponga como un mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable.

8. Problema Jurídico

De acuerdo a lo expuesto, corresponde a este Despacho judicial, determinar si en el presente caso la entidad accionada, vulneró los derechos fundamentales invocados por la accionante al negarle el reconocimiento de la sustitución pensional, dado que

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

² Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

mediante Resolución No. 1388 del 9 de junio de 1982, dicha prestación económica le fue reconocida a sus menores hijos, sin que ésta hubiere presentado reclamación alguna.

Para poder definir lo anterior, se hará referencia a:

Inicialmente, para efectos de resolver el problema jurídico planteado, se realizará una reseña de **(i)** la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, asimismo, **(ii)** se tendrá en cuenta el precedente jurisprudencial, sobre la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, **(iii)** se analizará jurisprudencia sobre el requisito de inmediatez y, finalmente **(iv)** se determinará la procedencia del amparo constitucional en el caso concreto.

(i). Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes la Corte concluyó³:

“Así, pues, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes adquiere carácter fundamental cuando: i) está dirigida a garantizar el mínimo vital de las personas que se encontraban al cuidado del causante⁴; ii) se trata de proteger los derechos de sujetos de especial protección del Estado, como es el caso de menores de 18 años de edad, personas de tercera edad, desplazados o madres cabeza de familia, que se encuentran en situación de debilidad manifiesta⁵; cuando iii) existe íntima relación entre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida.⁶

Se tiene entonces que **(i) el derecho a la pensión de sobrevivientes integra el derecho a la seguridad social**, (ii) tiene un contenido patrimonial, (iii) para su reconocimiento se deben cumplir los requisitos y condiciones señalados por la ley (iv) existe un nexo entre el derecho a la pensión de sobrevivientes y la eficacia de derechos fundamentales, razón por la que la jurisprudencia ha considerado que el reconocimiento de esa prestación económica adquiere el rango de fundamental cuando ésta constituye la única fuente de ingreso o la principal de la familia del causante”. (Subraya el Juzgado).

Se desprende entonces, que el derecho a la pensión de sobrevivientes y a la sustitución pensional, alcanzan el carácter fundamental cuando está relacionado con **la protección del mínimo vital de las personas** que dependían económicamente del causante; cuando se trata de proteger los derechos de sujetos de especial protección del Estado, como lo son los menores de edad, personas de la tercera edad, desplazados o madres cabeza de familia; y cuando se relaciona con otros derechos fundamentales.

La Alta Corte en sentencia T-236 de 2007, señaló:

³ Sentencia T-584 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Sentencias T-1229 de 2003, T-701 de 2006 y T-996 de 2005.

⁵ Sentencias T-701 de 2006, T-1221 de 2004, T-111 de 1994 y T-076 de 2003, entre otras.

⁶ Sentencias T-235 de 2002, T-789 de 2003, T-482 de 2001 y T-1752 de 2000.

“Esta Corporación ha reiterado que la acción de tutela, dado su carácter subsidiario y residual⁷, no es el mecanismo idóneo para acceder al pago y al reconocimiento de acreencias laborales; la jurisprudencia constitucional tiene definido que le corresponde a la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo, según el caso, resolver los litigios que se susciten entre los afiliados del Sistema de Seguridad Social o sus causahabientes, con las entidades administradoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación y de los actos jurídicos que se controvierten.

De esta forma, la tutela no sustituye los mecanismos ordinarios judiciales a los cuales puede acudir cualquier persona para satisfacer sus pretensiones, para que, dentro de las formalidades del proceso se discutan y definan las controversias que se susciten alrededor del reconocimiento de un derecho. Específicamente, cuando se trata del reconocimiento de una pensión, el legislador tiene previstos mecanismos ante los jueces ordinarios para tal fin, toda vez que este derecho está supeditado al cumplimiento de requisitos y condiciones señalados en la ley⁸. (...).

Sin embargo, la Corte Constitucional ha sostenido que, en situaciones particulares es deber de los jueces de tutela apreciar en concreto, en cuanto su eficacia, la idoneidad de los mecanismos ordinarios con el objetivo de restablecer los derechos fundamentales quebrantados, atendiendo así las especiales circunstancias que afronta el solicitante.

Así se indicó en la sentencia T- 836 de 2006⁹ en los siguientes términos:

“Igualmente, el juez de tutela debe mostrarse especialmente atento a estas amenazas cuando los beneficiarios de este derecho sean sujetos de especial protección, como miembros de la tercera edad, niños, población desplazada y madres cabeza de familia, pues en estos casos la lesión a sus derechos fundamentales tiene un efecto particularmente severo en la medida en que estos sujetos se encuentran previamente en una especial condición de desamparo, la cual se hace mucho más gravosa ante el no reconocimiento del derecho pensional.”

“Adicional a lo anterior, resulta necesario que de las pruebas obrantes en el expediente se demuestre que se reúnen los requisitos necesarios para acceder al derecho a la pensión de sobrevivientes, sin importar que la entidad a cargo de la prestación niegue el reconocimiento o si la solicitud hecha por el interesado no se ha resuelto.(...)”.

Las anteriores providencias permiten concluir que la jurisprudencia constitucional ha contemplado de manera excepcional la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento del derecho de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa afecte de manera directa el mínimo vital de la familia del causante, puesto que la ausencia deja sin manutención el hogar, y sin recursos para proveer éste por otros medios, lo que repercute directamente en las personas que dependían del causante al no tener los recursos para satisfacer sus necesidades básicas¹⁰.

⁷ Artículos 86 de la C.P. y 6 del Decreto 2591 de 1991.

⁸ Sentencia T-740-07 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ Sentencia T-836 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ Sentencia T-497 de 2008, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Así las cosas, la improcedencia de la acción de tutela para reconocer la pensión de sobrevivientes no es una regla absoluta, pues admite excepciones que deben ser valoradas en el caso concreto y no pueden interpretarse en abstracto, pues dependerá del análisis fáctico de las condiciones individuales en las que se encuentre la persona que ha solicitado la protección constitucional". (Subraya el Juzgado).

De conformidad con los apartes jurisprudenciales anotados, la tutela no es el mecanismo idóneo para lograr el reconocimiento y pago de derechos pensionales, dado el carácter de mecanismo residual de protección de los derechos fundamentales, por lo tanto, dichas controversias, por regla general, deben ser sometidas al Juez ordinario para efectos de que las dilucide por no constituir *prima facie* un conflicto de naturaleza constitucional, empero, será la acción de tutela procedente cuando se demuestre que los mecanismos de protección ordinarios no son eficaces para proteger el derecho invocado, o cuando se demuestra los factores de afectación de las condiciones de vida del actor que comprometa su mínimo vital.

(ii) Consideraciones respecto a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable – Jurisprudencia Corte Constitucional.

Como bien se indicó, la naturaleza residual y subsidiaria de la tutela y el carácter legal de la pensión de sobreviviente determinan la improcedencia de dicha acción, ya que no puede desplazar ni reemplazar los mecanismos ordinarios consagrados en la Ley para hacer valer derechos pensionales. Sin embargo, los medios de defensa judicial ordinarios en algunas circunstancias resultan ineficaces o generadores de un perjuicio irremediable, haciendo que la acción de tutela resulta procedente en el caso concreto.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha indicado en qué casos y de qué forma excepcionalmente se torna procedente el ejercicio de la acción de tutela para el efecto de realizar un reconocimiento pensional; en tal sentido dispuso¹¹:

"3.5. Adicionalmente, la jurisprudencia esta Corporación¹² ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia: (i) cuando se interpone como mecanismo principal o; (ii) se ejercita como medio de defensa *iustificadamente* transitorio, a efectos de evitar un perjuicio irremediable.

Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, **o teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados**¹³. **A su turno, procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un perjuicio irremediable.**

La jurisprudencia constitucional, **con el fin de comprobar la presencia de un perjuicio irremediable, que en la mayoría de los casos consiste en la afectación del mínimo vital del peticionario y de su familia**, ha utilizado criterios como (i) la edad del actor para ser considerado sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) **el estado de salud del**

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-637 del 25 de agosto de 2011, M.P. Luis Ernesto Vergara Silva, expediente: T-3005709

¹² Ver sentencias T-762 de 2008, T-286 de 2008, T-239 de 2008, T-052 de 2008, T-691A de 2007, T-376 de 2007, T-284 de 2007, T-529 de 2007, T-149 de 2007, T-229 de 2006, entre otras.

¹³ Ver, entre otras sentencias T-239 de 2008, T-414 de 2009, T-004 de 2009.

solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario¹⁴, entre otras. Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado¹⁵.” (se resalta).

Sobre la acreditación de la existencia del perjuicio irremediable, la misma corporación al reiterar su jurisprudencia, en la providencia antes citada mencionó:

“3.8. Por otra parte, quien pretenda acudir a la tutela, debe presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la misma. Esta tesis fue desarrollada en la sentencia T-436 de 2007, en la cual se consideró:

“En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

“La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en un distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”¹⁶.” (se resalta).

Finalmente la referida sentencia constitucional concluyó:

“3.9. En conclusión, tratándose del reconocimiento de pensiones, la acción de tutela procederá (i) de forma definitiva, cuando no exista otro medio de defensa judicial, o existiendo, éste no resulta idóneo y eficaz para garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales. **En igual sentido, procederá (ii) de forma transitoria, cuando a pesar de existir un medio ordinario de protección judicial idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la consumación de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del accionante; en ambos casos debe (iii) existir prueba de la titularidad del derecho pensional reclamado y del ejercicio de cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección demandada.**” (se resalta).

¹⁴ Sentencia T-762 de 2008, T-376 de 2007, T-607 de 2007, T-652 de 2007, T-529 de 2007, T-935 de 2006 y T-229 de 2006, entre otras.

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ Sentencia T-290 de 2005.

De todo lo anterior se colige, que inicialmente y por regla general la acción de tutela comporta un carácter residual y subsidiario que impide que a través de ella se pueda lograr algún tipo de reconocimiento pensional, no obstante, tal regla admite dos excepciones:

1. Cuando la acción se interpone como mecanismo principal (definitivo), caso en el cual la parte actora deberá acreditar una de las dos siguientes circunstancias: **i)** que no tiene a su disposición otro mecanismo judicial distinto a la acción de tutela para lograr la protección del derecho fundamental presuntamente vulnerado; o **ii)** que teniendo tales mecanismos judiciales, los mismos no son idóneos o devienen ineficaces para proteger el derecho fundamental conculcado.
2. Cuando la acción se interpone como mecanismo transitorio (por un tiempo determinado), caso en el cual se debe acreditar que a pesar de que exista un mecanismo judicial idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, es necesario evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

En cualquiera de los anteriores supuestos, debe acreditarse con el material probatorio obrante en el expediente la titularidad del derecho pensional reclamado y haber ejercido cierta actividad administrativa o judicial encaminada a obtener el mismo derecho que a través de tutela se reclama; lo que indica que el hecho de que la acción de tutela supere el estudio de procedibilidad y por ende se torne procedente para analizar la situación pensional del demandante, no significa *per se* que deba accederse al reconocimiento de tal prestación, pues siempre la decisión en sede de tutela deberá estar estrechamente ligada al material probatorio existente.

(iii) Reglas precisas sobre causales de exclusión de la aplicación estricta de la regla de inmediatez.

Al respecto, la sentencia T-158/06, al estudiar el caso de la protección constitucional requerida por un adulto mayor que pretendía la reliquidación de su mesada pensional, llevó a cabo un análisis del precedente aplicable al principio de inmediatez, con base en el cual concluyó que esta condición no era exigible en aquellos casos en que se comprobara que *(i)* la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual;¹⁷ y *(ii)* que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.

Caso concreto

1.- Descendiendo al estudio del caso concreto, se tiene que la señora BASILIA CAICEDO SAAC, considera que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales al negarse a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la que considera tener derecho por el fallecimiento del señor Juan Peregrino Hurtado Ruiz, ocurrido el 4 de abril de 1976.

¹⁷ Cr. Por ejemplo la sentencia T- 1110 de 2005 (F.J # 46), entre otras.

Por su parte la entidad demandada, en contrario, advierte que no es posible conceder la pensión, puesto que en su momento se le había reconocido la pensión sustitutiva a los hijos menores del soldado fallecido y la demandante no reclamó la prestación, así como tampoco existió en esa época material probatorio que permitieran determinar la calidad de compañera permanente que ahora alega la demandante.

2.- Así las cosas, teniendo en cuenta la anterior reseña fáctica y las pruebas obrantes en el expediente es necesario realizar un estudio sobre la comprobación de los requisitos de procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Así como dada las características del caso deberá realizarse un análisis separado en relación con el cumplimiento del requisito jurisprudencial de la inmediatez. Luego, se determinará si la accionante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes solicitada.

Como bien se expresó anteriormente, el derecho a la pensión de sobrevivientes adquiere el carácter de fundamental cuando está relacionado con la protección del mínimo vital de las personas que dependían económicamente del causante; cuando se trata de proteger los derechos de sujetos de especial protección del Estado, y cuando se relaciona con otros derechos fundamentales.

No obstante, la acción de tutela es de carácter residual, lo que significa que inicialmente a través de ella no se podría solicitar un reconocimiento pensional ya que existen mecanismos ordinarios judiciales establecidos para tal fin; pero, según se indicó, una de las excepciones a dicha regla de improcedencia está dada cuando la acción se interpone como mecanismo transitorio, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

Así las cosas, respecto al perjuicio irremediable es dable concluir, según lo probado en el expediente, que la señora BASILIA SAAC CAICEDO, de 74 años de edad, posee un diagnóstico de “*venas varicosas de los miembros inferiores con ulcera e inflamación*” (f. 20), que si bien cotiza al sistema de seguridad social en salud como afiliada al grupo de ingresos A, lo cierto es que se ocupa de las labores del hogar (fl. 13), y dice no percibir ingreso alguno que le permita solventar sus necesidades básicas.

En consideración a lo anterior, el Despacho evidencia que la accionante es una persona que por su avanzada edad, encontrarse enferma y no contar con ninguna clase de ingresos se establece que concurren los presupuestos de la inminencia de un perjuicio irremediable, que permitirían el amparo transitorio de los derechos invocados.

Bajo las anteriores consideraciones, la acción de tutela resulta procedente, en el caso concreto, ello, teniendo en cuenta la falta de un ingreso mensual que le impide a ésta garantizar un mínimo vital, así como solventar los gastos de servicios, alimentación, salud, vestuario, recreación entre otros. Por tanto, el perjuicio irremediable se encuentra probado, pues el mismo es verificable, es inminente, es urgente y exige medidas inmediatas que prevengan la prolongación del daño a causa del no reconocimiento de la pensión de sobreviviente, en razón de su estado de debilidad manifiesta, por lo cual adquiere especial protección constitucional.

3.- En cuanto al requisito de inmediatez la jurisprudencia ha dicho que aunque el amparo constitucional carece de un término de caducidad, es claro que la vulneración que se pretende proteger debe tener condición de actualidad. En ese sentido, decisiones anteriores de la Corte estipulan que *“el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela¹⁸, de tal suerte que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno. Con tal exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica. (...) el respeto por la seguridad jurídica y la efectividad de los derechos fundamentales de los asociados, no puede convertir la acción de tutela en un instrumento que desestabilice el orden institucional y que sea fuente de caos. Lo anterior resulta especialmente relevante frente a la tutela contra providencias judiciales, pues mientras no se enerve la presunción de constitucionalidad de la providencia, esta surte efectos. Mediante la introducción del principio de inmediatez, la Corte ha pretendido resolver la tensión existente entre orden y seguridad, entre protección efectiva de los derechos y estabilidad.”¹⁹*

La jurisprudencia constitucional ha otorgado un tratamiento excepcional en aquellos casos que la ausencia de la pensión de sobrevivientes reclamada ocasiona un perjuicio actual y concreto, en la medida que priva de los recursos mínimos para

¹⁸ Cfr. Sentencia T-575/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-570/05, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. A su vez, esta sentencia reitera las reglas fijadas en las decisiones C-542/92, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-961/99, Vladimiro Naranjo Mesa y T-575/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

garantizar la subsistencia digna; de forma tal que en la actualidad, resulten gravemente vulnerados derechos constitucionales que dependen de los recursos para la satisfacción de las necesidades básicas. En el caso bajo estudio se tiene que la ausencia actual de recursos económicos constituye una vulneración vigente del derecho al mínimo vital para un sujeto de especial protección por parte del Estado debido a las condiciones particulares que padece la accionante, lo que hacen procedente este mecanismo constitucional.

4.- Teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento del señor JUAN PEREGRINO HURTADO, esto es, 4 de abril de 1976 (f. 25), quien para aquella época disfrutaba de la pensión de invalidez reconocida por el Ministerio de Defensa mediante resolución 5612 del 17 de diciembre de 1964 (fl. 28), la normatividad aplicable para efectos de realizar el estudio de la pensión sustitución que presuntamente le corresponde a la accionante, es el Decreto 1305 de 1975 *“Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones sociales del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Agentes, Soldados, Grumetes y Personal Civil del Ministerio de Defensa y Servidores de las entidades adscritas o vinculadas a éste”*.

La citada disposición regula lo pertinente a las prestaciones por muerte y en sus apartes pertinentes menciona:

“Artículo 4º A partir de la vigencia del presente decreto los beneficiarios de los agentes fallecidos que al entrar a regir el decreto 2340 de 1791, se encontraban gozando de las pensiones de que tratan los artículos 76 y 77 del Decreto 3187 de 1968, tendrán derecho a los beneficios pensionales consagrados en los artículos 79 y 80 del decreto 2340 de 1971.

Artículo 5º A la muerte de un soldado o grumete en goce de pensión, su esposa e hijos inválidos absolutos en forma vitalicia, y sus hijos menores legítimos o naturales, hasta cuando cumplan la mayor edad o se emancipen, tendrán derecho a devengar la totalidad de la prestación que venía percibiendo el causante. A falta de esposa e hijos menores, la prestación corresponderá a los padres legítimos o naturales del causante únicamente por el término de cinco (5) años.

Parágrafo. A las viudas y a los hijos inválidos absolutos de los soldados o grumetes que se encuentren en la actualidad en la actualidad devengando o tengan derecho causado a disfrutar los cinco (5) años de sustitución pensional, les queda prorrogado en forma vitalicia a partir de la vigencia del presente decreto en derecho consagrado en este artículo y para los hijos menores hasta cuando se emancipen o cumplan la mayor edad.

Artículo 6º La pensión de que trata el artículo anterior se reconocerá así:

La mitad para la viuda y la otra mitad para los hijos menores legítimos o naturales en la proporción establecida por la ley para estos últimos. “

Luego, entonces el Despacho considera que en este caso en concreto a pesar que la accionante no cumple con los requisitos de la mencionada norma, como quiera que solamente se contemplaba como uno de los beneficiarios a la esposa y no a la

compañera permanente, se aclara, que ésta tiene derecho al reconocimiento de la pensión sustitutiva de conformidad con la interpretación de la Constitución de 1991, en el entendido, que dicha prestación reconocida en la norma transcrita se extiende también a la compañera permanente en iguales condiciones que a la cónyuge supérstite²⁰.

5.- Ahora bien, para efectos de verificar la situación de convivencia, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que esta debe perseguir una comunidad de vida o vida en común en la que de manera real se mantengan el afecto, auxilio mutuo, el apoyo económico y el acompañamiento espiritual, aun cuando por razones de fuerza mayor, de salud o trabajo, no compartan techo.

En la Sentencia del 22 de julio de 2008 con radicado No. 31.921, señaló:

“Es cierto, como se afirma en el cargo, que al precisar el concepto de convivencia o vida marital, para efectos de determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado o del pensionado fallecido, esta Sala de la Corte ha proclamado que esa convivencia no desaparece cuando los esposos o compañeros permanentes 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, característico de la vida en pareja.”

Requisito que se encuentra satisfecho en la medida que se establece que la actora procreo con el causante 4 hijos en los años 1965, 1966 y 1970, seis años antes de su fallecimiento y que en la declaración extrajuicio rendida por unas vecinas y amigas allegada al expediente como prueba (fl. 26) se constata que al momento de la muerte del causante, estos tenían una relación de pareja y si bien antes no había realizado los trámites pertinentes para la reclamación de la pensión, quizás se debió a su desconocimiento frente al tema.

6.- Adicionalmente, este censor no comparte la negativa de la entidad, soportada en que el reconocimiento de la pensión se hizo en su momento a los hijos menores del causante, debido que claramente desconoce mandatos constitucionales, en tanto se trata de un derecho pensional imprescriptible, de tracto sucesivo e irrenunciable, es decir, que puede ser solicitado y reconocido en cualquier tiempo ya sea en sede administrativa o judicial. Por lo cual era deber de la demandada estudiar de fondo la solicitud y decidir sin consideraciones de naturaleza formal, acerca de la titularidad

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-620/14.

del derecho pedido por la accionante.

En conclusión, teniendo en cuenta que la demandante no tiene otro medio financiero que le permita suplir sus necesidades básicas y que además demostró que mantuvo con el causante unos vínculos que permiten inferir que convivió con el causante por lo menos once años anteriores a su fallecimiento, se procede a la protección de sus derechos fundamentales de forma transitoria, ordenando el reconocimiento y pago únicamente de la pensión de sustitución, pues con ello se estima que se protegen los derechos vulnerados a la actora, por lo cual los demás factores que se reclaman deberán ser objeto de debate mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral .

En ese sentido, se dictará una medida de protección transitoria, de conformidad con lo señalado en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, para ordenar al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de la Defensa, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo ha efectuado, reconozca y pague la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del señor JUAN PEREGRINO HURTADO RUIZ, en favor de la señora BASILIA CAICEDO SAAC, como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente define la existencia del derecho en cuestión.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- TUTELAR de forma transitoria los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la señora BASILIA CAICEDO SAAC, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.988.161

SEGUNDO.- ORDENAR a Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de la Defensa, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo ha efectuado, reconozca y pague la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del señor JUAN PEREGRINO HURTADO RUIZ, en favor de la señora BASILIA CAICEDO SAAC, como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente define la existencia del derecho en cuestión.

TERCERO.- ADVERTIR a la señora BASILIA CAICEDO SAAC sobre su obligación de instaurar, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, si aún no la ha iniciado, so pena de que cesen los efectos del amparo transitorio concedido.

CUARTO.- NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- En caso de no ser impugnada la presente tutela dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación, REMÍTASE a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión (Art. 31 y 32 del decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Carrera 5 No.12-42, Edificio Banco de Occidente piso 7
Telefax 896 24 14
Santiago de Cali- Valle del Cauca

Oficio No. 546

SIN COSTO

Santiago de Cali, 5 de mayo de 2017

SEÑORES

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
CRA. 13 No. 27-00 EDIF. BOCHICA INTERIOR 2
Notificaciones.cali@mindefensa.gov.co
BOGOTÁ D.C.

Acción	Tutela
Radicación	76-001-33 33-005-2017-00102-00
Actor	BASILIA CAICEDO SAAC
Accionado	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

Por medio del presente notificó a usted la sentencia No. 67 de la fecha, en la acción de la referencia y que sobre el particular dispone:

“JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI Santiago de Cali, cinco (5) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- TUTELAR de forma transitoria los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la señora BASILIA CAICEDO SAAC, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.988.161

SEGUNDO.- ORDENAR a Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de la Defensa, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo ha efectuado, reconozca y pague la sustitución pensional

con ocasión al fallecimiento del señor JUAN PEREGRINO HURTADO RUIZ, en favor de la señora BASILIA CAICEDO SAAC, como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente define la existencia del derecho en cuestión.

TERCERO.- ADVERTIR a la señora BASILIA CAICEDO SAAC sobre su obligación de instaurar, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, si aún no la ha iniciado, so pena de que cesen los efectos del amparo transitorio concedido.

CUARTO.- NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- En caso de no ser impugnada la presente tutela dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación, REMÍTASE a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión (Art. 31 y 32 del decreto 2591 de 1991). **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE. CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ. Juez”**

Con el recibimiento del presente, se considera notificada la presente decisión.

Atentamente,

**Rubi Derly Muñoz Urcuqui
Profesional Universitario**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Carrera 5 No.12-42, Edificio Banco de Occidente piso 7
Telefax 896 24 14
Santiago de Cali- Valle del Cauca

Oficio No. 547

SIN COSTO

Santiago de Cali, 5 de mayo de 2017

SEÑORES

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
CRA. 10 No. 27-27 OFICINA 2014
notificacionesjudiciales@cremil.gov.co
BOGOTÁ D.C.

Acción	Tutela
Radicación	76-001-33 33-005-2017-00102-00
Actor	BASILIA CAICEDO SAAC
Accionado	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

Por medio del presente notificó a usted la sentencia No. 67 de la fecha, en la acción de la referencia y que sobre el particular dispone:

“JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI Santiago de Cali, cinco (5) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- TUTELAR de forma transitoria los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la señora BASILIA CAICEDO SAAC, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.988.161

SEGUNDO.- ORDENAR a Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de la Defensa, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente

providencia, si aún no lo ha efectuado, reconozca y pague la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del señor JUAN PEREGRINO HURTADO RUIZ, en favor de la señora BASILIA CAICEDO SAAC, como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente define la existencia del derecho en cuestión.

TERCERO.- ADVERTIR a la señora BASILIA CAICEDO SAAC sobre su obligación de instaurar, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, si aún no la ha iniciado, so pena de que cesen los efectos del amparo transitorio concedido.

CUARTO.- NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- En caso de no ser impugnada la presente tutela dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación, REMÍTASE a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión (Art. 31 y 32 del decreto 2591 de 1991). **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE. CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ. Juez”**

Con el recibimiento del presente, se considera notificada la presente decisión.

Atentamente,

**Rubi Derly Muñoz Urcuqui
Profesional Universitario**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Carrera 5 No.12-42, Edificio Banco de Occidente piso 7
Telefax 896 24 14
Santiago de Cali- Valle del Cauca

Oficio No. 548

SIN COSTO

Santiago de Cali, 5 de mayo de 2017

DOCTOR

DIEGO GERMAN SÁNCHEZ ARGUELLO
CRA. 83 A No. 48-45 BLOQUE G, APTO 201
CIUDAD

Acción	Tutela
Radicación	76-001-33 33-005-2017-00102-00
Actor	BASILIA CAICEDO SAAC
Accionado	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

Por medio del presente notificó a usted la sentencia No. 67 de la fecha, en la acción de la referencia y que sobre el particular dispone:

“JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI Santiago de Cali, cinco (5) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- TUTELAR de forma transitoria los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la señora BASILIA CAICEDO SAAC, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.988.161

SEGUNDO.- ORDENAR a Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de la

Defensa, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo ha efectuado, reconozca y pague la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del señor JUAN PEREGRINO HURTADO RUIZ, en favor de la señora BASILIA CAICEDO SAAC, como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente define la existencia del derecho en cuestión.

TERCERO.- ADVERTIR a la señora BASILIA CAICEDO SAAC sobre su obligación de instaurar, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, si aún no la ha iniciado, so pena de que cesen los efectos del amparo transitorio concedido.

CUARTO.- NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- En caso de no ser impugnada la presente tutela dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación, REMÍTASE a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión (Art. 31 y 32 del decreto 2591 de 1991). **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE. CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ. Juez”**

Con el recibimiento del presente, se considera notificada la presente decisión.

Atentamente,

**Rubi Derly Muñoz Urcuqui
Profesional Universitario**