



Sentencia T-360/19

Referencia: Expediente: T-7228837

Accionante: Luz Amparo Méndez López en calidad de curadora de su hermano, el señor Carlos Arturo Méndez López.

Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL.

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., nueve (9) de agosto dos mil diecinueve (2019).

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las decisiones judiciales proferidas, en primera instancia, por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, el dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)¹ y, en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el dieciocho (18) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)², en el proceso de tutela promovido, a través de apoderado judicial, por la señora Luz Amparo Méndez López en calidad de curadora de su hermano, el señor Carlos Arturo Méndez López, en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL.

¹ Ver a folios 136 a 139 del cuaderno principal.

² Ver a folios 219 a 226 del cuaderno principal.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Tres³ de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia. De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. De los hechos y las pretensiones

La señora Luz Amparo Méndez López, en calidad de curadora legítima y definitiva de su hermano, el señor Carlos Arturo Méndez López de 70 años de edad⁴, actuando mediante apoderado judicial, instauró acción de tutela contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -en adelante CREMIL- por considerar que ha vulnerado los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al mínimo vital y a la dignidad humana de su pupilo⁵. Lo anterior, por cuanto la accionada se ha negado a reconocer el derecho a la asignación de retiro a favor a su hermano, quien aduce, es sustituto de su padre fallecido, Sargento Segundo (r) del Ejército Nacional, y que padece de una discapacidad mental absoluta desde que era menor de edad, razón por la que dependía económicamente del causante.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas que obran en el expediente, las pretensiones del amparo invocado se sustentan en los siguientes hechos:

1.1 Manifiesta la accionante que el señor Méndez López junto con sus 8 hermanos fueron concebidos de la unión marital entre la señora Marina López de Méndez (Q.E.P.D) y José Manuel Méndez Ayerbe (Q.E.P.D). Sobre el particular, sostiene que en vida, desde **el 25 de abril de 1946**, su padre gozaba de una asignación de retiro en su condición de Sargento Segundo (r) de las Fuerzas Militares de Colombia.

1.2 Refiere que una vez se produjo la muerte de su padre, el 16 de mayo de 1960, la aludida prestación económica fue sustituida, **a partir del 16 de agosto del mismo año**, a la señora López de Méndez quien “(...) *gracias al apoyo económico por la Sustitución de Asignación de Retiro; logró sostener el grupo familiar (...)*”⁶ hasta que cada hijo fue adquiriendo su mayoría de edad e independencia económica.

1.3 No obstante lo anterior, aduce que, dada su condición de salud, Carlos Arturo siempre permaneció bajo el cuidado y manutención de su madre, **hasta el día 28 de octubre de 2017**, fecha en que esta falleció con 94 años de edad.

³ Sala de Selección Número Once, conformada por las magistradas Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado. Auto del 15 de marzo de 2019, notificado el 01 de abril de 2019.

⁴ Ver a folio 14 del cuaderno principal. Donde se verifica que la fecha de nacimiento del mismo es el 2 de mayo de 1949.

⁵ Prevé el artículo 436 del Código Civil Colombiano que “*Los individuos sujetos a tutela o curaduría se llaman pupilos*”.

⁶ Ver a folio 2 del cuaderno principal.

Ello, en razón a que desde los 11 años de edad presentaba episodios de esquizofrenia⁷.

1.4 Precisa la actora que con el dinero de la sustitución de asignación de retiro que recibía su madre, ella misma se ocupada de cancelar la UPC adicional en salud a favor de su hermano, quien estuvo afiliado a COOMEVA EPS en calidad de beneficiario suyo.

1.5 Señala que a pesar de los esfuerzos que realizó en vida la señora Marina López de Méndez por solicitar la inclusión del accionante como beneficiario de los servicios de salud a la Dirección General de Sanidad Militar – en adelante DGSM-, dicho requerimiento le fue negado⁸.

1.6 Pone de presente que después del deceso de su madre, Carlos Arturo quedó bajo su cuidado. No obstante, asegura que el cuidado de su hermano “(...) *se ha tornado difícil e insostenible*”, dado que, mediante resolución N° 9711 del 7 de diciembre de 2017, la CREMIL le notificó que, a partir del 28 de octubre del mismo año, se extinguía la sustitución de la asignación de retiro del Sargento Segundo (r) del Ejército “(...) *como consecuencia del fallecimiento de su única beneficiaria la señora Marina López de Méndez (...)*”⁹.

1.7 Así las cosas, sostiene que con la precitada decisión adoptada por la CREMIL “(...) *se evidencia un desamparo TOTAL para con persona mayor adulta, en estado de discapacidad*”, ya que, era con la aludida asignación de retiro que, en vida, su madre suministró todo lo necesario para la subsistencia de Carlos Arturo.

1.8 Dado lo anterior, adelantó ante el Juzgado Segundo de Familia de Popayán (Cauca) proceso de interdicción judicial por discapacidad mental absoluta, el cual concluyó con el auto de sustanciación número 035 del 17 de enero de 2018, mediante el cual se le designó como curadora definitiva de su hermano¹⁰.

1.9 Precisa que tanto sus hermanos como ella misma ya “*son adultos mayores, viven con sus familias y mantienen padecimientos de salud propios de la edad; ninguno está en condiciones económicas y emocionales*” para asumir el cuidado de Carlos Arturo, máxime cuando es claro que este requiere de un acompañamiento profesional permanente.

1.10 Alega que para el momento de la muerte de su madre, la señora *Marina López de Méndez*, “*ignoraba el derecho que le asistía a su hijo discapacitado (...)*”¹¹ en calidad de sustituto de su padre en lo correspondiente a la asignación

⁷ Ver a folio 2 del cuaderno principal. Hecho décimo.

⁸ Al respecto precisa la accionante que mediante derecho de petición radicado 25 de noviembre de 2016 solicitó a la Dirección General de Sanidad Militar la inclusión del señor Carlos Arturo Méndez López, requerimiento que le fue negado en respuesta del 6 de diciembre de 2016. Ver a folio 66 del cuaderno principal.

⁹ Ver a folios 74 a 75 del cuaderno principal.

¹⁰ Ver a folios 60 y 61 del cuaderno principal.

¹¹ Ver a folio 2 del cuaderno principal.

de retiro. Motivo por el cual trascurrieron 57 años para solicitar la misma en debida forma.

1.11 Informa la accionante que, ante el escenario descrito anteriormente, en el mes de abril de 2017 interpuso acción de tutela contra la DGSM, la CREMIL y otros. De la referida acción conoció en única instancia el Juzgado Quinto Civil de Oralidad del Circuito de Popayán (Cauca) que, mediante sentencia del 27 de abril de la precitada anualidad, resolvió declarar la improcedencia del amparo en tanto estimó que la tutelante no había adelantado previamente, ante la CREMIL, los trámites previstos para reclamar los derechos pensionales y de salud invocados.

1.12 Agrega que, mediante certificado del 16 de mayo de 2018, la Junta Regional de Invalidez del Valle del Cauca, a petición de parte, calificó al señor Méndez López con un 65 % de PCL, con fecha de estructuración del 02 de mayo de 1961¹².

1.13 Con fundamento en ello, la actora presentó ante la CREMIL “*solicitud de sustitución de asignación de retiro*”. Requerimiento que fue negado a través de Resolución N° 16496 del 19 de julio de 2018¹³ y confirmada mediante Resolución N° 19709 del 22 de octubre del mismo año, previa impugnación de la parte interesada. Las decisiones adoptadas por la accionada se sustentaron, entre otras razones, en el hecho de que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de Carlos Arturo fue posterior a la muerte del causante. Adicionalmente, indicó que trascurrió un periodo de “*tiempo muy largo*” desde cuando el señor Méndez López perdió el derecho dentro de la sustitución de retiro de su padre, hasta cuando se allegó la sentencia de interdicción¹⁴.

1.14 Asegura que la negativa de la demandada vulnera los derechos invocados de Carlos Arturo comoquiera que, (...) *para el momento del fallecimiento de su padre, este tenía 11 años de vida y cuando se le diagnosticó la enfermedad de esquizofrenia seguía siendo menor de edad, bajo la dependencia económica de su madre (...)*”, quien en vida tuvo la capacidad económica de responder y cuidar del mismo gracias a la sustitución de la asignación de retiro de su cónyuge fallecido.

1.15 Finalmente, la parte actora sostiene que el señor Méndez López requiere de la asignación de retiro de su padre fallecido para efectos de que se pueda proveer su manutención y cuidado, en particular, la atención especializada o compañía permanente que deviene imprescindible para tratar su patología así como también, cubrir sus gastos básicos de alimentación, vivienda, vestuario, entre otros.¹⁵

¹² Ver a folios 55 y 56 del cuaderno de revisión.

¹³ Ver a folios 79 y 79 del cuaderno principal.

¹⁴ Ver a folios 78 – 85 del cuaderno principal.

¹⁵ Ver a folio 6 del cuaderno principal.

Con fundamento en lo expuesto, la tutelante solicita que se protejan los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al mínimo vital y a la dignidad humana de Carlos Arturo Méndez López y que, como consecuencia de ello, se le ordene a la CREMIL reconocer en favor de este último la sustitución de la asignación de retiro de su padre fallecido, el señor José Manuel Méndez Ayerbe, con el retroactivo correspondiente desde al mes siguiente al fallecimiento de su madre, la señora Marina López Torres. Así mismo, solicitó que se le ordene a la DGSM la inclusión de su hermano como beneficiario de sistema de salud de las Fuerzas Armadas.

2. Contestación de la acción de tutela

2.1 Mediante auto del 02 de noviembre de 2018¹⁶, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán (Cauca) admitió la acción de tutela y le solicitó a la CREMIL y a la Dirección de Sanidad Militar - Batallón de ASPC N° 29 “*General Enrique Arboleda Cortes*” que, en un término de tres (3) días, rindieran informe sobre los hechos y pretensiones en los que se fundamenta la misma.

2.3 Intervención de la parte accionada y la vinculada

2.3.1 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de Colombia – CREMIL-.¹⁷

2.3.1.1 Lyda Yarleny Martínez Morera, actuando en calidad de apoderada judicial de la CREMIL, mediante escrito allegado el 9 de noviembre de 2018, intervino en la presente causa solicitando que, inicialmente, se declarara la improcedencia del amparo invocado comoquiera que la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través del cual es posible controvertir los actos administrativos proferidos por la demandada y que ahora, son objeto de cuestionamiento.

Por otro lado, explicó que, en atención a lo previsto en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004¹⁸, la CREMIL no está en la obligación de reconocer a favor de Carlos Arturo Méndez López la sustitución de asignación de retiro de su padre fallecido. Ello, en tanto la fecha de estructuración de su condición de discapacidad es posterior a la muerte del causante del derecho pensional que reclama. De allí que, a su juicio, no existan fundamentos legales, fácticos ni jurídicos que permitan determinar que “(...) *el peticionario dependía económicamente del militar al momento de su muerte (...)*”.

¹⁶ Ver a folio 91 del cuaderno principal.

¹⁷ Ver a folios 99 a 102 del cuaderno principal.

¹⁸ ARTÍCULO 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

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

En razón de lo expuesto, concluyó que por parte de la accionada no se advierte vulneración alguna a los derechos solicitados comoquiera que la misma actuó conforme los lineamientos normativos vigentes en la materia.

2.3.2 Batallón de Apoyo y Servicios para Combate N° 29 “General Enrique Arboleda Cortés”¹⁹ – Dirección de Sanidad Militar

2.3.2.1 Mediante escrito del 08 de noviembre de 2018, el Comandante del Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate - en adelante ASPEC- N° 29, Coronel Andrés Leonardo David Bastidas, manifestó que dicha Unidad Táctica carece de legitimación por pasiva dentro del presente trámite comoquiera que no cuenta con el personal idóneo, la infraestructura y el presupuesto que se requiere para reconocer y pagar oportunamente las asignaciones de retiro y sustituciones pensionales, en tanto dicha tarea es propia de la CREMIL.

En ese orden, precisó que para el caso concreto, las pretensiones de la actora “(...) *se escapan del marco funcional*” del Batallón N° 29; lo que en consecuencia, implica reconocer que por parte del mismo no se materializó afectación alguna a los derechos que reclama la actora a favor del señor Carlos Arturo Méndez López.

3. Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Copia del poder judicial conferido por la accionante al profesional José Eduardo Maya Ayubi para que dentro de la presente acción constitucional actué en representación de los intereses de su hermano, el señor Carlos Arturo Méndez López²⁰.
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Carlos Arturo Méndez López²¹.
- Copia del registro civil de nacimiento del señor Méndez López mediante el cual se puede establecer su vínculo familiar con la señora Marina López de Méndez (Q.E.P.D) y el señor José Manuel Méndez Ayerbe (Q.E.P.D). Se advierte que el referido documento presenta anotación de curaduría²².
- Copia del registro civil de defunción de la señora Marina López de Méndez (Q.E.P.D), mediante el cual se registra como fecha de deceso el 28 de octubre de 2017²³

¹⁹ Ver a folios 104 a 106 del cuaderno principal.

²⁰ Ver a folio 13 del cuaderno principal.

²¹ Ver a folio 14 del cuaderno principal.

²² Ver a folio 15 del cuaderno principal.

²³ Ver a folio 17 del cuaderno principal.

- Copia del informe pericial de trabajo social adelantado en el marco del proceso de interdicción judicial del señor Méndez López donde quedó establecido, entre otras cosas, que el sostenimiento de este último se encontraba a cargo de su madre, quien era beneficiaria de la pensión de su cónyuge fallecido. Sobre el particular, se evidencia que la aludida prestación social ascendía a una suma mensual de \$ 800.000²⁴.
- Copia de la historia clínica del señor Méndez López mediante la cual consta se le diagnosticó con “*esquizofrenia desde hace más de 50 años*”. Se precisa que el último reporte médico que obra en el expediente es del 21 de junio de 2017²⁵.
- Copia del certificado de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido por COOMEVA EPS el día 21 de diciembre de 2015 que registra un porcentaje del 61.30 % por enfermedad de origen común denominada “*esquizofrenia paranoide*”, sin que se refiera fecha de estructuración de la misma²⁶.
- Copia del proceso de interdicción judicial con fecha del 5 de febrero de 2018 adelantado ante el Juzgado Segundo de Familia de Popayán – Cauca, en donde se designó como curadora legítima y definitiva del señor Carlos Arturo a su hermana Luz Amparo Méndez López²⁷.
- Copia del derecho de petición presentado por la señora Marina López de Méndez (Q.E.P.D) el día 25 de noviembre de 2016 ante la Dirección General de Sanidad Militar mediante el cual solicitó la inclusión de su hijo Carlos Arturo Méndez López como beneficiario del sistema de salud de las Fuerzas Armadas de Colombia.
- Copia de la respuesta al precitado derecho de petición con fecha 2 de diciembre de 2016, a través del cual se le informó a la curadora de Carlos Arturo Méndez López, que su solicitud fue resuelta desfavorablemente²⁸.
- Copia de seis (6) declaraciones extra proceso rendidas por hermanos de Carlos Arturo Méndez López, quienes manifestaron no contar con las condiciones económicas, de salud y tiempo para hacerse cargo de su hermano²⁹.
- Copia de la Resolución No. 9711 del día 7 de diciembre de 2017, mediante la cual la CREMIL declaró la extinción del derecho de

²⁴ Ver a folios 18 a 21 del cuaderno principal.

²⁵ Ver a folios 22 a 53 del cuaderno principal.

²⁶ Ver a folios 54 y 55 del cuaderno principal.

²⁷ Ver a folios 56 a 61 del cuaderno principal.

²⁸ Ver a folios 66 y 67 del cuaderno principal.

²⁹ Ver a folios 54 a 59 del cuaderno principal.

sustitución de asignación de retiro del que era titular la señora Marina López de Méndez (Q.E.P.D) a partir del día 28 de octubre de 2017³⁰.

- Copia del certificado de semanas cotizadas en el Régimen Contributivo por Carlos Arturo Méndez López, en calidad de “*adicional hermano*”, de fecha 20 de febrero de 2018 y con estado de afiliación retirado³¹.
- Copia del oficio del 5 de abril de 2018, suscrito por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la CREMIL, en el que solicitó a la señora Luz Amparo Méndez López pruebas de la dependencia económica, copia del dictamen de pérdida de la capacidad laboral y de la sentencia que declaró la interdicción de Carlos Arturo Méndez López, así como el acta de posesión de la curadora³².
- Copia de la Resolución No. 16496 de 2018 expedida por la CREMIL, mediante la cual negó a Carlos Arturo Méndez López el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro³³.
- Copia del recurso de reposición presentado en contra de la resolución mencionada en el numeral anterior³⁴.
- Copia de la resolución No. 19709 de 2018 expedida por la CREMIL, en la cual resolvió el precitado recurso de reposición y confirmó la decisión tomada en la resolución No. 16496 de 2018³⁵.
- Copia del certificado de la ESS EMSSANAR del día 16 de octubre de 2018, en el cual Carlos Arturo Méndez López registra como afiliado al régimen subsidiado con estado de afiliación activo³⁶.
- Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional No. 4611991-2540, realizado el día 16 de mayo de 2018 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, en el que consta que Carlos Arturo Méndez López tiene una PCL de 65%, con fecha de estructuración del 2 de mayo de 1961³⁷.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Sentencia de primera instancia³⁸

³⁰ Ver a folios 74 y 75 del cuaderno principal.

³¹ Ver a folio 76 del cuaderno principal.

³² Ver a folio 77 del cuaderno principal.

³³ Ver a folio 79 del cuaderno principal.

³⁴ Ver a folios 80, 81, 82 y 83 del cuaderno principal.

³⁵ Ver a folios 84 y 85 del cuaderno principal.

³⁶ Ver a folio 86 del cuaderno principal.

³⁷ Ver a folio 87 y 88 del cuaderno principal. Sobre el particular se advierte que dicho certificado no se encontraba completo, sin que fuera posible verificar la fecha de estructuración de la PCL del señor Méndez López. De allí que, en sede de revisión, la Magistrada sustanciadora haya requerido a la parte accionante para allegar el aludido documento de manera completa.

³⁸ Ver a folios 136, 137, 138 y 139 del cuaderno principal.

Mediante providencia del 16 de noviembre de 2018, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán resolvió declarar la improcedencia de la acción de tutela de la referencia.

Para sustentar su decisión, el *a quo* argumentó que se hizo uso del amparo como si fuese una acción ordinaria, pues a su juicio los accionantes efectivamente disponían de otro mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin que se hubiese justificado la configuración de algún perjuicio irremediable para fundamentar la procedencia excepcional de la acción constitucional. En el mismo sentido, indicó que existen las medidas cautelares que pueden solicitarse según el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

Agregó que la acción de tutela es improcedente para controvertir actos administrativos, dado que existen otros mecanismos de defensa tanto en la vía gubernativa como en escenarios judiciales, salvo que se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Luego de citar varias sentencias de la Corte Constitucional en las que se estudió las condiciones para su configuración, estimó que en este caso se pretende el pago de sumas retroactivas, asunto que *“no está dentro de la órbita del Juez constitucional porque el actor, como se dijo, tiene otra vía como la ordinaria y/o administrativa, como lo es la nulidad y restablecimiento del Derecho, en la cual tiene las medidas cautelares del caso”*.

Por último, sostuvo que Carlos Arturo Méndez López cuenta con una curadora, quien *“ha respondido desde la muerte de su madre, al (sic) cual le proporciona el cuidado respectivo, no es cierto que haya quedado desprotegido”*. Finalmente, señaló que si la situación es *“tan crítica económicamente, que se desafilió a salud, se puede por el sistema subsidiado de salud, SISBEN, al cual se insta se afilie, previo los procedimientos para ello”*.

3.2. Impugnación contra el fallo de primera instancia³⁹

El apoderado de la parte actora presentó escrito de impugnación dentro del término legalmente establecido para el efecto. Consideró que si bien la señora Luz Amparo Méndez López es la curadora, no tiene la obligación de *“financiar”* los bienes y servicios necesarios para la subsistencia de su hermano con discapacidad. Añadió que este permanece solo durante las noches y en el día recibe visitas ocasionales de familiares quienes *“proveen con lo poco que pueden ofrecer”*. Por tanto, el peligro inminente es que se trata de una persona que requiere cuidado las 24 horas del día y alta disponibilidad de dinero para medicina, artículos de aseo, alimentación y acompañamiento profesional, recursos que no pueden suministrar sus hermanos, dado que son adultos mayores que superan los 65 años y se encuentran enfermos.

³⁹ Ver a folios 194 a 204 del cuaderno principal.

De igual manera, señaló que la madre de Carlos Arturo era quien lo sostenía gracias a *“la capacidad económica proveniente de la asignación de retiro”*, de modo que otro mecanismo implica tiempo que *“hacen tortuosa la situación del accionante”*. Destacó que el juez de primera instancia no consideró que se trata de un sujeto de especial protección constitucional y tampoco valoró el grado de discapacidad, la dependencia económica, edad, estado de necesidad o requerimientos urgentes, así como tampoco las declaraciones extra proceso que exponen la situación real en el que se encuentra el señor Carlos Arturo.

Con fundamento en lo anterior, solicitó revocar la decisión proferida por el Juez Primero de Ejecución de Penas de Popayán, y en su lugar, se tutelen los derechos invocados en el escrito de tutela.

3.3. Sentencia de segunda instancia⁴⁰

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante sentencia del 18 de diciembre de 2018, decidió confirmar el fallo impugnado. Coincidió en estimar que, para el caso concreto, existen otros mecanismos judiciales dado que no es verificable la existencia de un perjuicio irremediable. Añadió que las razones con base a las cuales la CREMIL negó el pago y reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro al accionante, no son contrarias al ordenamiento constitucional, debido a que dicha prestación es un *“auxilio económico”* para la familia del pensionado fallecido, de modo que su subsistencia sea garantizada, *“y es por eso que para la accionada refulge incoherente que el deceso haya ocurrido en el año 1960 y luego de 57 años en 2017 se acuda al Juez natural a pedir la interdicción del agenciado para lograr acreditar los requisitos para el reconocimiento de esta prestación”*. Por tanto, esta situación fáctica *“impidió a la accionada un estudio de fondo”*.

En el mismo sentido, sostuvo que el señor Carlos Arturo Méndez fue declarado en interdicción judicial cuando tenía 68 años y el certificado de pérdida de capacidad laboral de la Junta Regional de calificación de invalidez del Valle del Cauca, dejó constancia de que el diagnóstico ha tenido una evolución de 30 años, con fecha de estructuración a los 12 años, *“lo que deja en evidencia que no se trata de un padecimiento congénito”*.

En consecuencia, concluyó que los fundamentos con base a los cuales la CREMIL negó la solicitud de la accionante son respetuosos del ordenamiento jurídico y su actuación fue diligente, con acceso a la doble instancia y debido proceso, *“quedando en este caso una controversia que amerita ser dilucidada por el Juez Natural”*, ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Finalmente, respecto de la debida protección que debe darse a las personas de la tercera edad, argumentó que según la jurisprudencia constitucional *“esa sola y única circunstancia no hace procedentes las acciones de tutela que versen sobre derechos pensionales”*, pues es necesario acreditar el daño, y en el caso concreto no se evidencian las circunstancias de urgencia o amenaza de

⁴⁰ Ver a folio 219 a 226 del cuaderno principal.

vulneración que harían viable el amparo, pues *“la accionante a pesar de que refiere que no cuenta con el sustento económico para solventar las necesidades de su hermano y las condiciones de salud que padece; así lo ha hecho desde la muerte de su progenitora en octubre de 2017, amén que el agenciado cuenta con afiliación al régimen subsidiado en salud, acude a los respectivos controles, le suplen los medicamentos, y sus hermanos quienes lo visitan constantemente le proveen lo necesario para subsistir”*.

4. Actuaciones en sede de revisión

4.1. Mediante auto del 29 de abril de 2019, la magistrada sustanciadora dispuso que, por Secretaría General de esta Corporación, se le requiriera a la parte accionante que allegara copia completa del Dictamen de Determinación y/o Pérdida de Capacidad Laboral y ocupacional, expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, del señor Carlos Arturo Méndez López.

En cumplimiento de lo ordenado en el precitado auto, la parte accionante allegó dicho documento en los términos allí dispuestos⁴¹. Adicionalmente, adjuntó los siguientes escritos:

1. Copia del certificado de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, de 7 de julio de 2018, en el que declaró en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral⁴².
2. Copia de la Resolución No. 3644 de 2019, a través de la cual la CREMIL declaró una deuda a su favor por los dineros pagados con posterioridad a la fecha de fallecimiento de la señora Marina López de Méndez⁴³.
3. Copia de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Oralidad del día 27 de abril de 2018, en la que se declaró improcedente la acción de tutela formulada por la curadora de Carlos Arturo Méndez López⁴⁴.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y en virtud de la selección y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de esta Corporación, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte

⁴¹ Ver a folios 39 y 40 del cuaderno de revisión.

⁴² Ver a folio 41 del cuaderno de revisión.

⁴³ Ver a folios 43 y 44 del cuaderno de revisión.

⁴⁴ Ver a folios 46 a 52 del cuaderno de revisión.

Constitucional⁴⁵ es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de la referencia.

2. Presentación del caso

2.1 La señora Luz Amparo Méndez López, actuando en calidad de curadora legítima y definitiva de su hermano Carlos Arturo Méndez López de 70 años de edad, actuando mediante apoderado judicial, promovió acción de tutela contra la CREMIL por considerar vulnerados los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de su pupilo. Sostuvo que la afectación de las garantías invocadas se produjo como consecuencia de la negativa de la accionada a reconocer a favor del referido señor Méndez López la sustitución de asignación de retiro a la que, aduce, tiene derecho en su condición de hijo, en situación de invalidez, del causante el señor José Manuel Méndez Ayerbe.

2.2 La accionada sostuvo que a Carlos Arturo Méndez López no le asiste la sustitución de asignación de retiro de su padre fallecido en tanto la fecha de estructuración de su condición de discapacidad es posterior a la muerte del causante del derecho pensional que reclama. De allí que no existan fundamentos legales, fácticos ni jurídicos que permitan determinar que “(...) *el peticionario dependía económicamente del militar al momento de su muerte (...)*”.

2.3 Al presente trámite de tutela fue vinculada la Dirección General de Sanidad Militar que, a través del Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate N° 29, manifestó que carece de legitimación por pasiva en tanto es competencia de la CREMIL conocer sobre el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro y sus sustituciones.

2.4 Los jueces que conocieron de la acción de la referencia declararon la improcedencia de la misma por considerar que existen otros mecanismos judiciales previstos para reclamar los derechos invocados. Ello, aunado a que no fue posible verificar la existencia de un perjuicio irremediable que legitimara la procedencia excepcional del amparo.

3. Cuestión previa

3.1 Comoquiera que en el presente caso obra como antecedente la interposición previa de una acción de tutela por parte de la señora Luz Amparo Méndez López, en representación de su hermano, contra la Dirección General de Sanidad Militar, la CREMIL y otros⁴⁶; la Sala estima pertinente evaluar la posible existencia de una temeridad; no obstante dicho asunto no haya sido considerado en ninguna de las instancias del proceso.

⁴⁵ La Sala Séptima de Revisión de Tutelas conformada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos.

⁴⁶ Única instancia ante el Juzgado Quinto del Circuito de Oralidad de Popayán (Cauca), 27 de abril de 2018, ver a folios 46-52 del cuaderno de revisión.

3.2 En ese orden, inicia la Sala por señalar que el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 dispone que, cuando sin motivo justificado sea presentada la misma acción de tutela por la misma persona ante varios jueces, se rechazarán todas las solicitudes. En desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia de este Tribunal ha precisado que “...se configura una actuación temeraria cuando al presentarse dos o más tutelas, se reúnen los siguientes requisitos: (i) identidad en el accionante; (ii) identidad en el accionado; (iii) identidad de causa petendi; y (iv) ausencia de justificación para interponer la nueva acción, es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia.”⁴⁷

Ahora bien, respecto de la “ausencia de justificación para interponer la nueva acción”, ha considerado la Corte que cualquier hecho sobreviniente que haya sido nuevo y desconocido por el accionante, o que se haya presentado con posterioridad a la acción inicialmente presentada debe ser entendido como un “motivo justificado” para acudir nuevamente al amparo. Sobre el particular, ha agregado esta Corporación que para efectos de que se configure una actuación temeraria es indispensable que:“(...) el tutelante actúe de mala fe, vulnerando los principios constitucionales de la buena fe, eficacia y eficiencia, al abusar del derecho al acceso a la administración de justicia interponiendo la acción de tutela en repetidas ocasiones”⁴⁸.

3.3 Bajo esa línea, la propia jurisprudencia ha estimado que la duplicidad en la interposición de acciones de tutela no implica *per se* la actuación temeraria, pues una vez determinado que se trata de los mismos sujetos procesales, los mismos hechos y las mismas pretensiones, debe verificarse que no exista una justificación, en los términos señalados en precedencia⁴⁹.

Con fundamento en lo expuesto, procede la Sala a establecer si en el caso objeto de revisión se configuró o no un actuación temeraria que descarte la viabilidad de la acción impetrada.

3.4 Para empezar se advierte que, mediante sentencia del 27 de abril de 2018, el Juzgado Quinto del Circuito de Oralidad de Popayán (Cauca) se pronunció, en única instancia, respecto de la acción de tutela incoada por la señora Luz Amparo Méndez, López, en representación de su hermano, contra la Dirección General de Sanidad Militar, la CREMIL y otros. En el marco del aludido trámite constitucional, la parte actora solicitó la inclusión de su hermano en los servicios de salud de las Fuerzas Militares y el otorgamiento de la sustitución de asignación de retiro a favor del mismo con ocasión de la muerte de su padre, causante del derecho pensional.

3.5 Mediante la comentada providencia judicial, se declaró la improcedencia del amparo por considerar que la peticionaria no había adelantado trámite

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencias T-184 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), SU-439 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos), T- 314 de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencias T-770 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T- 314 de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T- 314 de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

administrativo alguno ante la accionada para solicitar los derechos reclamados en sede de tutela (pensión y salud). De allí, que no fuera posible endilgar responsabilidad alguna a las autoridades demandadas respecto de la presunta vulneración de los derechos invocados.

3.6 Posteriormente, como se adujo, la señora Méndez López presentó nueva acción de amparo constitucional contra una de las mismas entidades, con idénticas peticiones, pero, invocando como hechos nuevos, las siguientes situaciones: (i) copia de la resolución No. 16496 de 2018 expedida por la CREMIL, mediante la cual negó a Carlos Arturo Méndez López el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro⁵⁰; (ii) copia del recurso de reposición presentado en contra de la precitada resolución⁵¹; (iii) Copia de la resolución No. 19709 de 2018 expedida por la CREMIL, en la cual resolvió el precitado recurso de reposición y confirmó la decisión tomada en la resolución No. 16496 de 2018⁵² y (iv) Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional No. 4611991-2540, realizado el día 16 de mayo de 2018 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, en el que consta que Carlos Arturo Méndez López tiene una PCL de 65%, con fecha de estructuración del 2 de mayo de 1961⁵³.

3.7 A la luz de los hechos descritos, encuentra la Sala que con posterioridad a la acción de tutela que inicialmente se interpuso se llevaron a cabo una serie de actos que no fueron considerados en aquella y que, en consecuencia, modificaron sustantivamente el debate que ahora es objeto de revisión.

3.8 Con fundamento en lo expuesto, descarta la Sala la posible existencia de una temeridad en el presente caso. Ello, toda vez que, como quedó referenciado en precedencia, aun cuando en este trámite se abordan asuntos similares a aquellos que ya fueron objeto de pronunciamiento, en todo caso, la ocurrencia de hechos nuevos justifica que el juez constitucional analice y emita, si es el caso, un pronunciamiento de fondo, previa, verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto.

4. Estudio de procedencia de la acción de tutela

4.1 De la legitimación en la causa y la inmediatez

4.1.1 Sobre la legitimación de las partes

4.1.1.1 Legitimación en la causa por activa. De acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política, toda persona tiene derecho a interponer acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre⁵⁴. En desarrollo de dicho

⁵⁰ Ver a folio 79 del cuaderno principal.

⁵¹ Ver a folios 80, 81, 82 y 83 del cuaderno principal.

⁵² Ver a folios 84 y 85 del cuaderno principal.

⁵³ Ver a folios 39, 40 y 55 a 56 del cuaderno de revisión.

⁵⁴ Constitución Política, artículo 86. “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales

mandato Constitucional, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁵⁵ dispone que la referida acción de amparo: *“podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”*.

Por su parte, el artículo 52 de la Ley 1306 de 2009⁵⁶ dispone que a las personas con discapacidad mental absoluta mayores de edad, que no estén sometidas a patria potestad, se les debe nombrar un curador, que se denomina guardador, el cual tiene a su cargo el cuidado del pupilo y la administración de sus bienes. Sobre el particular, los artículos 88 y 89 de la precitada norma, prevén que el curador tiene la obligación de representar al pupilo en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernen, y realizar todas las actuaciones que se requieran en su representación⁵⁷.

En la presente causa, se advierte que el titular de los derechos presuntamente conculcados es el señor Carlos Arturo Méndez López, quien se encuentra legalmente representado por su curadora, en virtud de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Popayán (Cauca) el 18 de octubre de 2017, mediante la cual se le declaró interdicto por discapacidad mental absoluta y designó como guardadora legítima y definitiva a su hermana, la señora Luz Amparo Méndez López⁵⁸. Esta, a su vez, acude al trámite de tutela que se revisa, mediante abogado con poder debidamente otorgado que obra en el expediente⁵⁹.

En ese orden, encuentra la Sala acreditado el cumplimiento del requisito que en esta oportunidad se analiza.

4.1.1.2 *Legitimación en la causa por pasiva* El mismo artículo 86 superior dispone que la acción de tutela procede frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, cuando la transgresión de los mismos proviene de la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley. Dicho mandato guarda correspondencia con lo previsto en los artículos 5° y 13 del Decreto 2591 de 1991.

De acuerdo con los hechos y pretensiones⁶⁰ expuestos en el escrito de tutela y, atendiendo a lo previsto en el auto admisorio proferido por el juez que conoció en primera instancia⁶¹ del trámite constitucional objeto de revisión, se entiende

fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

⁵⁵ *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*.

⁵⁶ *“Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.”*

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencias T-373 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), T- 273 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

⁵⁸ Ver a folios 56 y 57 del cuaderno principal.

⁵⁹ Ver a folio 14 del cuaderno principal.

⁶⁰ Sobre el particular, ver folio 5, numeral 4° de las pretensiones de la acción de tutela.

⁶¹ Ver a folio 91 del cuaderno principal – auto admisorio.

que las entidades accionadas en la presente causa son la CREMIL⁶² y la Dirección de Sanidad Militar - Batallón de ASPC N° 29 “*General Enrique Arboleda Cortes*”; estas dos entidades integran, en distintas materias, el régimen especial de seguridad social de las Fuerzas Militares y, en consecuencia, se encuentran, a juicio de esta Sala, legitimadas por pasiva dentro de la acción de tutela impetrada en procura de la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados al señor Carlos Arturo Méndez López.

Lo anterior, al margen de que en la resolución del caso concreto se verifique que a cada una de las entidades en referencia le corresponde el ejercicio de acciones diferentes en lo referente a las peticiones invocadas por la parte accionante.

4.1.2 Sobre la inmediatez

4.1.2.1 En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno contado entre la ocurrencia del hecho generador de la transgresión y la interposición del amparo. Lo anterior, en procura del principio de seguridad jurídica y de la preservación de la naturaleza propia de la acción de tutela.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que si bien es cierto la acción de tutela no tiene un término de caducidad, ello no debe entenderse como una facultad para promover la misma en cualquier tiempo. Lo anterior, por cuanto a la luz del artículo 86 superior, el amparo constitucional tiene por objeto la protección *inmediata* de los derechos fundamentales⁶³. De allí que le corresponda al juez de tutela verificar el cumplimiento del principio de inmediatez y en efecto constatar si el tiempo transcurrido entre la aparente violación o amenaza del derecho y la interposición de la tutela es razonable en punto a lograr la protección invocada.

4.1.2.2 En este caso se observa que la señora Luz Amparo Méndez López presentó la acción de tutela el día **1 de noviembre de 2018**⁶⁴, y la última actuación que dio lugar a la interposición de la misma tuvo ocurrencia el **11 octubre del citado año**⁶⁵ cuando la CREMIL emitió la Resolución N° 19709 mediante la cual resolvió de forma negativa el recurso de reposición⁶⁶ presentado contra aquella decisión que igualmente había negado el reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro a favor de su hermano,

⁶² En su naturaleza jurídica se trata de un establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, de conformidad con los artículos 1° y 2° del Decreto Ley 2342 de 1971.

⁶³ Sobre la materia revisar la sentencia SU- 391 de 2016 (M.P Alejandro Linares Cantillo).

⁶⁴ Ver a folio 12 de cuaderno principal - sello de radicado y a folio 90 del cuaderno principal, acta individual de reparto.

⁶⁵ Ver a folios 84 y 85 del cuaderno principal.

⁶⁶ Ver a folios 80 a 83 del cuaderno principal.

el **19 de julio de la misma anualidad**⁶⁷. Así, se puede establecer que transcurrió un término menor a un mes entre la última actuación administrativa de la accionada y la solicitud de tutela. Motivo por el cual, esta Sala de Revisión, concluye que se trata de un plazo razonable que no desvirtúa el carácter urgente e inminente del amparo solicitado.

No obstante lo anterior, se estima pertinente señalar que, si bien en vida, la madre de Carlos Arturo Méndez López no adelantó, de manera oportuna, las actuaciones tendientes a trasladar, a favor de su hijo discapacitado, el derecho pensional del que ella era sustituta en razón de la muerte de su esposo, lo cierto es que dicha falta de diligencia no puede traducirse ahora en un perjuicio que afecte los derechos fundamentales del señor Méndez López. Ello, aunado a que éste último padece de “*esquizofrenia*” desde hace más de 50 años como se lee en el último reporte de la historia clínica que obra en el expediente⁶⁸, hecho que permite inferir que en vida de su madre y ahora mismo no ha estado en capacidad de defender directamente sus derechos.

4.1.2.3 Con todo esto, concluye la Sala que la falta de gestión de la madre del señor Méndez López para abogar por sus garantías e intereses no supone para el caso concreto un obstáculo para acreditar el cumplimiento del requisito de inmediatez.

4.1.2.4 Adicionalmente, sobre este punto cabe precisar que dado el carácter imprescriptible e irrenunciable que la jurisprudencia de esta Corte le ha reconocido a los derechos pensionales es posible que estos puedan reclamarse en cualquier momento, pues, a pesar del tiempo transcurrido, la ausencia en el goce efectivo de los mismo supone una la violación continua del derecho a la seguridad social la cual permanece en el tiempo.

Ahora bien, una vez superado el análisis de los requisitos de legitimación por activa, legitimación por pasiva e inmediatez, la Sala procede al estudio del requisito de subsidiariedad, donde se analizará la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales.

5. Procedencia de la acción de tutela para acceder a la sustitución pensional cuando se trata de adultos mayores en condición de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia.

5.1 El artículo 86 de la Constitución Política reconoce la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario orientado a la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. Sobre esa base, esta Corporación, mediante reiterada jurisprudencia, ha advertido que la naturaleza subsidiaria del amparo constitucional busca: (i) evitar que se soslayen los cauces ordinarios para la resolución de las controversias jurídicas, (ii) que se convierta en un instrumento accesorio cuando no se han utilizado

⁶⁷ Ver a folios 78 y 79 del cuaderno principal.

⁶⁸ Ver a folios 22 del cuaderno principal.

oportunamente dichos medios, o (iii) que sea una instancia adicional para reabrir debates concluidos⁶⁹.

En ese orden, el objeto de la acción de tutela no es reemplazar los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los ciudadanos para reclamar la salvaguarda de sus derechos. De allí, que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, el amparo devenga improcedente.

Lo anterior es particularmente relevante en lo correspondiente a asuntos relacionados con el reconocimiento y pago de derechos económicos como lo es la sustitución pensional o de asignación de retiro, en el ámbito de las fuerzas militares. En estos escenarios, la Corte Constitucional ha precisado que es competencia de la jurisdicción ordinaria laboral o contenciosa administrativa emitir un pronunciamiento de fondo respecto de esta clase de solicitudes. No obstante, de manera excepcional, este Tribunal ha admitido la viabilidad del mecanismo tutelar para obtener el amparo de este tipo de prestaciones sociales. Ello, cuando de la misma se deriva la satisfacción de los derechos fundamentales de los beneficiarios del causante, comoquiera que ante la ausencia de quien proveía la manutención del hogar, “(...) *aquellas personas que dependían económicamente de éste, quedarían desprovistas de los recursos necesarios para su congrua subsistencia*”⁷⁰ afectándose así, su mínimo vital y dignidad humana.

Ante el supuesto descrito en precedencia, la jurisprudencia en la materia ha reconocido que dada la existencia de un asunto constitucional de orden *ius fundamental*, la acción de amparo está llamada a operar en aras de impedir la ocurrencia de situaciones excepcionales e impostergables que justifican la intervención del juez constitucional para garantizar los derechos fundamentales afectados. Al respecto, adujo la Corte en sentencia T- 225 de 2018 que

*“En lo referente a la posibilidad de instaurar acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, esta Corporación ha dejado sentado que si bien estos asuntos deben someterse a consideración de los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral, tal regla puede replantearse a medida que surjan circunstancias excepcionales que ameriten la necesidad de salvaguardar garantías iusfundamentales cuya protección resulta impostergable.”*⁷¹ (Negrilla fuera del texto original)

Bajo esa línea, esta Corporación en reiteradas oportunidades ha consentido la procedencia de la solicitud de amparo para obtener el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional, siempre que se acredite que: (i) la falta de

⁶⁹ Sentencias SU-712 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-161 de 2014 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-195 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amaris).

⁷⁰ Sentencias T-479 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-776 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-602 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y T- 273 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

⁷¹ Sentencia T-225 de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos), recientemente reiterado en la sentencia T-213 de 2019 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

reconocimiento y pago ha ocasionado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, particularmente, de su derecho al mínimo vital; (ii) se ha realizado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado con el propósito de obtener la protección de sus derechos; y (iii) están acreditadas –siquiera sumariamente– las razones por las cuales el mecanismo de defensa judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente afectados o, como se señaló, se está en presencia de un perjuicio irremediable⁷².

Adicionalmente, ha referido la propia jurisprudencia que, en el marco del trámite de tutela, es indispensable que el interesado demuestre, siquiera sumariamente, que se cumplen con los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada. En la palabras de la Corte:

“(...) aunque el trámite de tutela está desprovisto de mayores formalidades, cuando la vulneración alegada se sustenta en el no reconocimiento de una pensión, el juez de amparo está llamado a constatar si del caudal probatorio es plausible inferir que el peticionario reúne los requisitos de orden legal para acceder a la prestación deprecada, toda vez que de dicha verificación dependerá la firmeza de las determinaciones tendientes a salvaguardar los derechos de que se trata”⁷³.

Lo anterior, ha precisado este Tribunal con el objeto de, primero, garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de la persona que, aun cuando se encuentra en un grave situación ocasionada como consecuencia de la falta reconocimiento de su derecho pensional cuya procedencia está comprobada, *“(...) no ha visto atendida su solicitud de acuerdo a la normatividad aplicable y a las condiciones fácticas en las que se sustenta su petición”⁷⁴*. Y, segundo, para delimitar la competencia del juez constitucional, quien sólo puede conocer de este tipo de actuaciones de forma excepcional⁷⁵.

Sobre el particular, cabe resaltar que, en el ámbito del reconocimiento de esta categoría de derechos, esta Corporación ha sido enfática al precisar que el examen de procedencia de la acción tutela debe flexibilizarse frente situaciones en la cuales el peticionario es un sujeto de especial protección constitucional (persona de la tercera edad, madre o padre cabeza de familia, persona en situación de invalidez o de discapacidad)⁷⁶.

⁷² Sentencias T-249 de 2006 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-055 de 2006 (M.P: Alfredo Beltrán Sierra), T-851 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1046 de 2007 (M.P: Jaime Córdoba Triviño), T-597 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-427 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T- 273 de 2018 (M.P Antonio José Lizarazo Ocampo), entre otras.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T-012 de 2017, (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia T- 273 de 2018 (M.P Antonio José Lizarazo Ocampo).

⁷⁵ Corte Constitucional. sentencia T-836 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en las sentencias T-300 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-868 de 2011 (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva), T-732 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T- 273 de 2018 (M.P Antonio José Lizarazo Ocampo).

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencias T-868 de 2011 (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva), T-732 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T- 273 de 2018 (M.P Antonio José Lizarazo Ocampo), entre otras.

Así, por ejemplo, señaló la Corte mediante sentencia T-567 de 2014⁷⁷ que “(...) someter a una persona de la tercera edad a un litigio laboral con las tardanzas y complejidades propias de los procesos ordinarios, cuando tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional, resulta gravoso más aún cuando se trata de derechos fundamentales que de no ser reconocidos repercuten directamente en detrimento del derecho a la vida en condiciones dignas”. Por tanto, concluyó que el análisis de procedibilidad del amparo “(...) no debe ser “tan estricto”, en cuanto a las exigencias para su admisión en razón a la condición de pertenecer a la tercera edad, que implica por sí misma, el incremento de la vulnerabilidad del individuo”⁷⁸.

Ahora bien, en lo referente a la forma como estaría llamado a otorgarse el amparo, este Tribunal ha señalado que este podrá ser de carácter definitivo o transitorio. **Definitivo**, cuando se verifique que el medio de defensa judicial previsto para el efecto no resulta idóneo o eficaz para resolver el litigio planteado comoquiera que no ofrece una protección integral e inmediata a la urgencia requerida⁷⁹ y **transitorio**, cuando además de acreditar la afectación de un derecho fundamental y la existencia de una actividad desplegada para obtener su protección, se está ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable. Respecto de este último evento, ha retirado la Corte la importancia en la evaluación del cumplimiento de los presupuestos de “inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad de la acción”⁸⁰ los cuales, de acuerdo con la jurisprudencia, sustentan la ocurrencia de un perjuicio irremediable y habilitan al juez de tutela para que adopte una decisión

⁷⁷ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷⁸ En tal sentido la Corte dijo en la Sentencia T-668 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), lo siguiente: “...en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”.

⁷⁹Corte Constitucional, sentencias T-1291 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-668 de 2007 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-471 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero López), T-596 de 2014, (M.P. Luis Guillermo Guerrero López) y T-273 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

⁸⁰ Inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente (...) se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética.” Y Grave: “(...) gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas”. Desde Sentencia T-225 de 1993 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

Respecto de la urgencia precisó la Corte desde sus inicios que: “(...) hay que instar o precisar (...) su pronta ejecución o remedio”. Las medidas urgentes deben adecuarse a la inminencia del perjuicio y a las circunstancias particulares del caso. Y en cuanto a la impostergabilidad ha referido que “las medidas de protección (...) deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable”. Sentencias T-225 de 1993 (M.P. Alberto Rojas Ríos), T- 064 de 2017, entre otras (M.P. Luis Guillermo Guerrero López).

con efectos temporales, esto es, mientras se define la controversia en la jurisdicción ordinaria laboral o contenciosa administrativa, según sea el caso⁸¹.

En suma, la acción de tutela resulta excepcionalmente procedente para reconocer y pagar prestaciones sociales, tales como la sustitución pensional o de asignación de retiro, en los siguientes supuestos, a saber: (i) cuando no existan otros medios de defensa judicial, que estos no sean idóneos o eficaces, o que existiendo, la intervención del juez constitucional sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (ii) cuando se acredite sumariamente la titularidad del derecho pensional reclamado; (iii) cuando se trate de un sujeto de especial protección constitucional; (iv) cuando se demuestre el ejercicio de cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección demandada; (v) cuando se presente una afectación del mínimo vital; y (vi) cuando la acción se instaure oportunamente y dentro de un plazo razonable, teniendo en consideración la situación personal del peticionario.

En el asunto bajo examen, aun cuando la Sala reconoce la existencia de otro medio de defensa judicial al cual es posible acudir para reclamar la pretensión invocada, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en todo caso, a la luz de la situación fáctica que ha dado lugar a la presente acción de tutela, este se estima ineficaz para conjurar la situación de vulneración de derechos fundamentales que padece el representado de la accionante. Lo anterior, encuentra fundamento en los hechos incontrovertibles y la situación de excepción en la que se encuentra el actor derivada no solo de su condición de discapacidad sino también de ser una persona de la tercera edad; aspectos que en efecto, demuestran la necesidad impostergable de que el juez constitucional intervenga, constatándose así, la ineficacia del medio ordinario para valorar los derechos presuntamente afectados si se tiene en cuenta los costos de dicho proceso y el tiempo que demandaría su trámite.

En efecto, para el caso objeto de revisión, es indispensable destacar que el titular de los derechos que se reclaman: (i) es una persona de 70 años; (ii) que desde hace más de 50 años padece de esquizofrenia paranoide; (iii) que en razón de su discapacidad mental siempre dependió económica y físicamente, de su padre hasta su fallecimiento, y con posterioridad, de su señora madre quien, en vida, logró suplir todos sus gastos que demandaba su manutención con el pago que percibía de la asignación de retiro de la cual era sustituta por la muerte de su esposo; (iv) que con ocasión a la muerte de su progenitora, la CREMIL declaró la extinción de la aludida prestación quedando el señor Méndez López completamente desprotegido económicamente; (v) que posterior al deceso de su madre, Carlos Arturo fue declarado, mediante sentencia judicial, interdicto por discapacidad mental absoluta y, en consecuencia, le fue designada como curadora a su hermana, la señora Luz Amparo Méndez López; (vi) que para la fecha registra una pérdida de capacidad laboral del 65%; y (vii) que con ocasión a su patología requiere unas

⁸¹ Artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

cuidados especiales que no pueden ser asumidos por sus hermanos y guardadora comoquiera que “(...) *ninguno de ellos está en condiciones económicas y emocionales*” para tales efectos, tal y como quedó soportado en las declaraciones extrajudiciales allegadas al expediente.

Así las cosas, observa la Sala que el mínimo vital del señor Méndez López se encuentra ante una amenaza inminente. Lo anterior, por cuanto no dispone de los recursos económicos necesarios para cubrir sus gastos mínimos de subsistencia. Ello, aunado al hecho de que la posibilidad de que el mismo cuente con otra fuente de ingreso es nula si se toma en consideración que tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50% tal y como fue certificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca.

Por otro lado, se precisa que previa interposición de la acción de amparo que se revisa, la accionante radicó una solicitud ante la CREMIL a efectos de que esta reconociera a favor de su hermano el derecho a la sustitución de asignación de retiro. Frente a la negativa de dicha entidad, interpuso, en su momento el recurso de reposición, el cual fue igualmente decidido de manera desfavorable, motivo por el cual acudió a la presente solicitud de amparo. Desde este punto de vista, se observa la existencia de una actitud diligente por parte de la señora Luz Amparo Méndez López encaminada a la protección de los derechos fundamentales de su representado.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de otros mecanismos judiciales para ventilar las pretensiones de la actora en representación de su pupilo, los mismos no resultan eficaces para dar solución a su situación particular.

Establecida la procedencia de la presente acción constitucional, la Sala continuará con el planteamiento del problema jurídico y el esquema de resolución del mismo.

6. Problema jurídico

Atendiendo a las circunstancias fácticas que fueron expuestas y de acuerdo con las decisiones adoptadas por los jueces de las instancias en el marco de la acción de tutela objeto de análisis, le corresponde a la Sala Séptima de Revisión establecer si la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) vulneró los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al mínimo vital y a la dignidad humana de Carlos Arturo Méndez López al negarle el reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro en calidad de hijo en situación de invalidez y dependiente económicamente del señor José Manuel Méndez Ayerbe, por considerar que la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral es posterior al fallecimiento de su padre.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procederá a reiterar su jurisprudencia en relación con los siguientes puntos: (i) el derecho a la seguridad social como derecho fundamental; (ii) el derecho a la

sustitución pensional y la sustitución de la asignación de retiro para hijos del causante: Naturaleza y finalidad; (iii) la determinación de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral en caso de beneficiarios que padecen de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas. Con base en lo anterior, se procederá al (iv) análisis del caso concreto.

6. El derecho a la seguridad social como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política reconocen la seguridad social como un servicio público y un derecho de carácter irrenunciable, el cual debe ser prestado “(...) *bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (...)*”⁸².

En atención a las referidas disposiciones constitucionales, esta Corporación ha definido la seguridad social como: “(...) *un instituto jurídico de naturaleza dual, esto es, que tiene la condición tanto de derecho fundamental, como de servicio público esencial bajo la dirección, coordinación y control del Estado*”⁸³; el cual tiene por objeto “(...) *brindar a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano*”⁸⁴. Así las cosas, la seguridad social funge como un instrumento a través del cual se persigue el goce efectivo de los derechos fundamentales de quienes se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo⁸⁵, así lo precisó la Corte mediante sentencia T-205 de 2017⁸⁶.

Por su parte, el derecho internacional también se ha pronunciado respecto del derecho a la seguridad social a través de diferentes instrumentos jurídicos tales

⁸² Artículo 48 de la Constitución Política.

⁸³ Corte Constitucional, sentencias T-164 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-848 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), SU-769 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-209 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Salgado), T-205 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos), entre otras.

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencias C-655 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-471 de 1992 (M.P. Luis Guillermo Guerrero López), T-116 de 1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara), SU-039 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-371 de 2018 (M.P. Luis Guillermo Guerrero López), entre otras.

⁸⁵ Sobre el particular esta Corporación en Sentencia T-628 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), estableció que la finalidad de la seguridad social guarda: “*necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación.*”

⁸⁶ M.P. Alberto Rojas Ríos.

como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art 22); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”) (Art 9); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art 16); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”) (Art 9), entre otros.

Sobre el particular, cabe señalar que en marco del control abstracto de constitucionalidad del aludido Protocolo de San Salvador y su ley aprobatoria, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-251 de 1997⁸⁷ se refirió a la seguridad social como “(...) *un derecho de la persona a ser protegida contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad, a fin de que gracias a tal protección pueda tener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependiente*”.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19⁸⁸ advirtió que “*el derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.*” Precisó la misma disposición internacional que mediante este derecho se garantiza la dignidad humana de las personas que se enfrentan a situaciones que les privan de su capacidad para ejercer plenamente otros derechos⁸⁹.

Bajo la misma línea, el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estimó que este derecho se concreta en la protección de las personas “*contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia*”.

En ese orden, es claro que, a la luz de la jurisprudencia constitucional y las disposiciones internacionales en la materia, la protección del derecho a la seguridad social persigue no solo la realización de los fines esenciales del Estado Social de Derecho sino también, la materialización del principio de la dignidad humana. Ello, por cuanto le permite al individuo ejercer efectivamente sus derechos subjetivos⁹⁰ en situaciones en las que, con ocasión de riesgos sociales de distinta naturaleza, “(...) *pueda afectarse su capacidad*

⁸⁷ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁸ Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Ginebra, 2007.

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia T - 371 de 2018 (M.P. Luis Guillermo Guerrero López).

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencias T-032 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-072 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-146 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-371 de 2018 (M.P. Luis Guillermo Guerrero López), entre otras.

y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”⁹¹.

7. Derecho a la sustitución pensional y la sustitución de la asignación de retiro para hijos del causante: Naturaleza y finalidad. Reiteración de jurisprudencia.

En desarrollo de lo previsto en los artículos 48 y 49 superiores a los cuales se hizo mención en el título precedente, el Congreso de la República, en ejercicio de su amplio margen de configuración legislativa en la materia, expidió la Ley 100 de 1993 por medio de la cual se implementó el Sistema de Seguridad Social Integral orientado a amparar los riesgos de vejez, invalidez, o muerte a través de diferentes regímenes de pensiones, salud y riesgos laborales.

En el marco del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones se establecieron prestaciones económicas cuya finalidad es “*suplir la ausencia repentina del apoyo económico del trabajador o del pensionado y así evitar que se afecten las condiciones mínimas de subsistencia de quienes dependían de sus ingresos en vida (...)*”. Bajo tal naturaleza surgió, entre otras, la figura de la sustitución pensional como instrumento dirigido a la protección efectiva del derecho al mínimo vital de las personas que dependían económicamente del causante⁹². De este modo, la persona fallecida, **quien ya ostentaba la calidad de pensionado o cumplía con los requisitos legalmente establecidos para el efecto** transfiere o sustituye en cabeza de sus familiares el título de dicha prestación sin que ello implique la creación de un nuevo derecho⁹³. En palabras de la Corte:

*“(...) La sustitución pensional es un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho (...)”*⁹⁴.

Bajo esa línea, la propia jurisprudencia ha considerado que la sustitución pensional es una garantía que ciertamente materializa la efectividad de principios constitucionales a saber: Primero, el de **solidaridad**, en tanto está dirigida “*(...) a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante*”⁹⁵; Segundo, el de **reciprocidad**, porque con este mecanismo “*el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante*”⁹⁶; y finalmente, el de **universalidad** del servicio público de seguridad social, pues

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia T-371 de 2018 (M.P. Luis Guillermo Guerrero López).

⁹² Corte Constitucional, sentencias T-806 de 2011 (María Victoria Calle Correa), T-957 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-195 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amaris), entre otras.

⁹³ Corte Constitucional, sentencia T- 205 de 2017, (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencias T-957 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-719 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T- 128 de 2016 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T- 012 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos), entre otras.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

⁹⁶ *Ibidem*.

“se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante”⁹⁷.

En este orden, la Corte ha establecido que la finalidad de esta figura se concreta en brindarle una protección *“(...) a los familiares del trabajador pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte, pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducida en ese momento en una mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia”⁹⁸.*

Al respecto, ha enfatizado la jurisprudencia que *“la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”⁹⁹.* Lo anterior, implica a su vez, que los beneficiarios de dicha prestación *“son por regla general el cónyuge supérstite o el compañero permanente, los hijos menores o discapacitados, y los padres o hermanos que depend[ían] económicamente del pensionado”¹⁰⁰,* los cuales están legitimados para reemplazar a quien venía gozando de tal beneficio¹⁰¹.

En lo que se refiere específicamente a los hijos del causante, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 establece que serán acreedores de esta figura **(i)** los hijos menores a 18 años de edad o **(ii)** los mayores a esta edad y que se encuentren incapacitados para trabajar por motivo de sus estudios hasta que cumplan los 25 años; y **(iii)** los hijos que se encuentren en condición de invalidez y dependieran económicamente del padre o madre fallecido. Ello, mientras persistan las condiciones de la invalidez¹⁰².

Sobre el particular, ha precisado la Corte que en tratándose de los *hijos en condición de invalidez* el reconocimiento de la sustitución pensional implica el cumplimiento de unos requisitos derivados de la ley tales como: *(i)* la relación filial; *(ii)* la situación de discapacidad y que la misma hubiese generado pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%; y *(iii)* la dependencia económica del hijo en situación de discapacidad con el causante de la prestación¹⁰³.

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-431 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-002 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Reiterado en la sentencia T-710 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencias T-190 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-932 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-710 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencias T-1260 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-710 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

¹⁰² Corte Constitucional, sentencia T-205 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

¹⁰³ Corte Constitucional. sentencias T-858 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-281 de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-273 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

Por otro lado, cabe advertir que a pesar de que la Ley 100 de 1993 buscó unificar los distintos tipos de sistemas pensionales y, en particular, todo lo referente a la figura de la sustitución pensional, el artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 279 de la referida ley reconocieron la aplicación de un régimen excepcional para los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional el cual se encuentra actualmente desarrollado en la Ley 923 de 2004¹⁰⁴ y el Decreto 4433 de 2004¹⁰⁵. Mediante dichas disposiciones normativas se prevé un conjunto de prestaciones económicas para las personas que ofrecen sus servicios a la Nación en calidad de miembros de la Fuerza Pública, entre las cuales se encuentran la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, así como la pensión de sobrevivientes¹⁰⁶.

En lo que concierne específicamente a naturaleza jurídica de la asignación mensual de retiro, esta Corporación, mediante sentencia C-432 de 2004,¹⁰⁷ explicó que se trata de: *“(...) una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, [...], de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes”*.

En ese orden, cuando fallece un miembro de la fuerza pública que gozaba de la asignación de retiro, surge la figura de la sustitución pensional, la cual como se explicó en precedencia esta llamada a garantizarle a sus beneficiarios el acceso a los recursos necesarios para subsistir en condiciones dignas, con un nivel de vida similar al que gozaban con anterioridad al fallecimiento del (la) pensionado(a)¹⁰⁸. Sobre el particular, el artículo 40 del Decreto 4433 de 2004 dispone lo siguiente:

“Ante la muerte de un oficial, suboficial, alumno de la Escuela de Formación o soldado de las Fuerzas Militares, oficial, Suboficial, miembro del nivel ejecutivo, agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de la asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto tendrán derecho a una pensión mensual

¹⁰⁴ Ley 923 del 30 de enero 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”*.

¹⁰⁵ Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004: *“por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*. La anterior disposición aplica: *“a 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 a los Soldados de las Fuerzas Militares”*.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencias T-802 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-112 de 2014 (M.P. Alberto Rojas Ríos) y T-683 de 2017 (M.P. Diana Fajardo Rivera).

¹⁰⁷ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia T-710 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante”.

Ahora bien, para lo que interesa a la presente causa, es necesario precisar que, a efectos de establecer cuándo el hijo de un pensionado que fallece puede ser beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro por su condición de inválido, la normatividad vigente en la materia prevé el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) acreditar la pérdida del 50% o más de sus capacidades laborales, como refiere el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y (ii) demostrar el cumplimiento de las exigencias previstas en el numeral 11.1 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004¹⁰⁹, el cual establece que: “[l]os hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993[...].”

Específicamente, respecto de los hijos inválidos que dependían económicamente del causante, en la jurisprudencia se ha establecido que la sustitución pensional se traslada a su favor *“mientras subsistan las causales de invalidez”*¹¹⁰. Sobre el particular, la Corte ha manifestado en reiteradas oportunidades que *“(...) las condiciones de dependencia que establece la ley deben estar presentes a la muerte del causante y la continuidad de su pago requiere que tales condiciones persistan a lo largo del tiempo. Si desaparece la condición de invalidez, o si el beneficiario deja de ser estudiante o cumple más de 25 años, se extingue su derecho (...)”*¹¹¹. Lo anterior, ha aclarado este Tribunal, aplica tanto para sustitución de la pensión de vejez como para la sustitución de la asignación de retiro en el caso de los beneficiarios de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional¹¹².

En suma, el derecho a la sustitución pensional, tanto en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones que establece la Ley 100 de 1993 así como aquel que se prevé para los miembros de la Fuerza Pública, debe ser considerado como un derecho que, si bien se encuentra condicionado al cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación correspondiente, adquiere el rango de fundamental cuando *“(...) su reconocimiento implique la materialización de condiciones mínimas de vida digna para los familiares del pensionado que fallece (...)”*, así lo entendió esta Corporación en sentencia T-245 de 2017¹¹³. Esto, enfatizó la Corte mediante la misma providencia *“(...)”*

¹⁰⁹ La aplicación del referido artículo se realiza por expresa remisión del artículo 40 del Decreto 4433 de 2004.

¹¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-858 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

¹¹¹ Corte Constitucional, sentencias T-1283 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T- 859 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-858 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-710 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

¹¹² Corte Constitucional, sentencia T-710 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

¹¹³ M.P (e) José Antonio Cepeda Amaris.

*adquiere mayor relevancia para aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los adultos mayores, que en su calidad de sujetos de especial protección constitucional, demandan con mayor urgencia el reconocimiento de este derecho, en virtud de las cargas que deben asumir por la pérdida de su familiar afiliado y porque su subsistencia depende, en la mayoría de casos, del reconocimiento de una mesada pensional(...)*¹¹⁴.

8. Determinación de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral en caso de beneficiarios que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas. Reiteración jurisprudencial

De acuerdo con las normas que regulan el actual Sistema de Seguridad Social, se considera que una persona se encuentra en situación de invalidez en los eventos en que, en razón de una enfermedad o accidente, de origen común o laboral, ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral.¹¹⁵

Respecto de la capacidad laboral, la ley se ha ocupado de definir la misma como *“el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades físicas, mentales y sociales que posee una persona y que le permiten desempeñarse en un trabajo”*¹¹⁶.

Ahora bien, para efectos de establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de una persona, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 prevé un proceso de calificación que deberá adelantarse, en una primera oportunidad, ante la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y las Entidades Promotoras de Salud (EPS), según sea el caso. No obstante, la misma disposición normativa precisa que si el interesado no estuviere de acuerdo con el resultado de la calificación será competencia de las Juntas Regionales de Invalidez del orden regional conocer de la inconformidad, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Específicamente y teniendo en cuenta los hechos que dan lugar a la presente causa, conviene señalar que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral se encuentra definida en el artículo 3 del Decreto 1507 de 2014 como *“(...) la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional”*.

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-245 de 2017 (M.P (e) José Antonio Cepeda Amaris).

¹¹⁵ Ley 100 de 1993, art. 38 y Ley 776 de 2002, art. 9, Sobre el particular ver sentencia T-273 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

¹¹⁶ Artículo 3º del decreto 1507 de 2014 *“Por el cual se expide el Manual Único para la calificación de la pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”*.

En desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia de este Tribunal ha distinguido entre la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral en el caso de las enfermedades o accidentes tanto de origen común como laboral y en el caso de enfermedades de naturaleza crónica, degenerativa o congénita¹¹⁷. Al respecto, en sentencia T- 273 de 2018¹¹⁸ se precisó lo siguiente:

“En el caso de enfermedades o accidentes tanto de origen común como laboral, que conducen a una pérdida de capacidad permanente y definitiva, generalmente la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de ocurrencia del hecho establecido en los dictámenes de calificación médica. Sin embargo, existen casos en los que la fecha de la pérdida de capacidad puede ser diferente a la fecha de estructuración indicada en el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral¹¹⁹ como sucede cuando se trata de enfermedades catalogadas como crónicas, degenerativas o congénitas”.

Con fundamento en lo anterior, la Corte ha reconocido que las personas que sufren enfermedades “*catalogadas como crónicas, degenerativas o congénitas*” son sujetos que requieren especial protección, y respecto de las cuales, la imprecisión en la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral afecta su derecho a la pensión y con esto el derecho fundamental al mínimo vital¹²⁰.

Por consiguiente, la propia jurisprudencia ha admitido que la fecha de estructuración de la invalidez puede ser anterior o posterior al momento señalado en el dictamen médico de pérdida de capacidad laboral¹²¹, conclusión que puede formularse con base en la historia médica, exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica¹²². De esta manera, precisa la Corte que, en el marco del amparo constitucional, le “*corresponde al operador judicial evaluar si (i) encuentra los elementos de juicio que permitan establecer si la persona reúne los requisitos tanto formales como materiales de acceso a la pensión; o si se debe optar por (ii) apartarse de la fecha establecida en el dictamen de calificación de invalidez, por encontrar que existen inconsistencias que no permiten establecer con certeza la pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva del afiliado, pues no corresponde a la situación médica y laboral de la persona*”¹²³.

¹¹⁷Corte Constitucional, sentencias T-549 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-549 de 2015 (M.P. Myriam Ávila Roldán), T- 195 de 2017 (M.P (e) José Antonio Cepeda Amarís) y T- 273 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

¹¹⁸ M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹¹⁹ Corte Constitucional , sentencia T- 195 de 2017 (M.P (e) José Antonio Cepeda Amarís)

¹²⁰ Corte Constitucional, sentencias T 690 de 2013(M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-475 de 2015 (M.P. Myriam Ávila Roldán) y T-195 de 2017 (M.P (e) José Antonio Cepeda Amarís).

¹²¹ Corte Constitucional, sentencia T-195 de 2017, (M.P. (e) José Antonio Cepeda Amaría).

¹²² Corte Constitucional, sentencias de reiteración T-014 de 2012 (M.P: Juan Carlos Henao Pérez), T-350 de 2015 (M.P. Alberto Rojas Ríos) y T-366 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

¹²³ Corte Constitucional. Sentencia T-690 de 2013. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Bajo esa línea, la Corte ha resuelto controversias relacionadas con la validez del contenido de los dictámenes de calificación de invalidez en el ámbito de la sustitución pensional por la calidad de hijo en condición de discapacidad. Particularmente, mediante sentencia **T-092 de 2003**¹²⁴ esta colegiatura estudió el caso de una joven que padecía de “*retraso mental post-epilepsia*”, a la que el ISS le suspendió, al cumplir los 18 años, la pensión de sobrevivientes de la que era beneficiaria por la muerte de su padre, porque su estado de invalidez se había estructurado con posterioridad a la muerte de aquel, y su madre no había demostrado que padeciera de alguna enfermedad antes de llegar a la mayoría de edad. En dicha oportunidad, la Corte amparó su derecho pensional en atención a la especial protección que el Estado debe brindar a las personas con discapacidad, por lo que sostuvo que sin importar: *i*) en qué época se estructuró la invalidez del beneficiario de la sustitución pensional, o *ii*) bajo qué calidad se obtuvo inicialmente la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional (si como hijo menor de 18 años o como hijo inválido), el derecho a la sustitución pensional y a la pensión de sobrevivientes de la persona inválida surge desde que cumple con los requisitos de hecho que exigen las normas jurídicas que regulan la materia, y se prolonga hasta que se desvirtúe el parentesco, cese la invalidez y/o la dependencia económica respecto del causante. En palabras de esta Corporación:

“(...) Resulta evidente en este caso, que la peticionaria tiene derecho, desde la muerte de su padre, a la sustitución pensional y a los derechos conexos, pues se trata de una persona, que desde entonces sufre una enfermedad que la incapacita totalmente para ejercer cualquier actividad laboral y que no recibe auxilio, beca, recompensa o cualquiera otro medio que les permita atender su congrua subsistencia. En consecuencia, a la luz de las normas vigentes a la muerte del padre de la actora - e incluso de las normas actuales, y bajo el entendido de que el mencionado derecho no prescribe - como sí las mesadas correspondientes -, debe afirmarse que no existe ninguna razón para negarle a la actora el derecho que le corresponde. Ni las normas anteriores ni las vigentes en materia pensional, consagran mandatos que desatienden situaciones como la que se estudia; antes por el contrario, ha sido siempre inspiración del legislador, la protección a los hijos inválidos del causante, y ello ha debido guiar la actuación del Seguro Social en este caso.

(...)

No cabe ninguna duda de que el I.S.S. se apartó del propósito y la filosofía que persiguen los preceptos reseñados, que se concretan en proteger a los familiares inválidos de un trabajador pensionado ante el desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte. Son principios de justicia y de equidad los que justifican, que las personas que padecen una invalidez tengan derecho a que la prestación pensional se les mantenga siempre que su estado de invalidez subsista, para mitigar con ello el riesgo de orfandad y miseria al que pueden verse sometidos en

¹²⁴ M.P Rodrigo Escobar Gil.

caso contrario. Por lo tanto, el restablecimiento de la sustitución pensional y la atención médica, constituyen para este caso, condiciones necesarias para que la actora pueda gozar de una vida digna y, en siendo así, es claro, que tales derechos prestacionales se encuentran en conexidad evidente con su derecho al mínimo vital indispensable para su subsistencia”.

Seguidamente, en **sentencia T-701 de 2008**, la Corte conoció de un caso donde el padre del actor venía disfrutando de una pensión de vejez desde 1966, 20 años más tarde, a causa del deceso del pensionado, se inició el trámite que llevó al otorgamiento de la pensión de sobreviviente a la cónyuge supérstite - madre del actor- y a uno de sus hijos que para ese entonces era menor de edad. Más adelante, en el 2005, la progenitora del accionante murió y dado que no existían más beneficiarios, se suspendió el pago de la prestación. Como consecuencia de ello, algunos hermanos iniciaron un proceso de interdicción por demencia respecto del actor, derivado, entre otras cosas, de una PCL superior al 50%, que se estructuró en junio de 2005. Una vez emitida la sentencia de interdicción, junto con los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez, el guardador solicitó la sustitución de la pensión en favor del discapacitado, la cual fue negada porque la fecha de estructuración de la invalidez se fijó 18 años después de la muerte del causante, lo que contraviene los requisitos dispuestos para acceder a tal prestación. Frente a estos supuestos de hecho, la Corte precisó lo siguiente:

“Los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de la Invalidez constituyen el soporte técnico a partir del cual se generan prestaciones como la pensión de sobrevivientes a la que tienen derecho los ‘hijos inválidos del causante’. En efecto, en la sentencia C-1002 de 2004 -citada- se concretó que dichas decisiones constituyen ‘el fundamento jurídico autorizado, de carácter técnico científico, para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales cuya base en derecho es la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Como ya se dijo, el dictamen de las juntas es la pieza fundamental para proceder a la expedición del acto administrativo de reconocimiento o denegación de la pensión que se solicita. En este sentido, dichos dictámenes se convierten en documentos obligatorios para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que se ha hecho alusión’.

Pues bien, para el presente caso esta Sala de Revisión comprueba que los dictámenes proferidos por las Juntas Regional y Nacional de calificación de la invalidez no gozan del soporte suficiente para considerarse como fundamentos legítimos y constitutivos de la sustitución pensional, ya que ellos no tienen en cuenta las condiciones reales bajo las que se desarrolló y evolucionó la dolencia del señor Jesús Emilio Correa Jaramillo, específicamente en lo relativo a la fecha de estructuración de la invalidez.

La Sala no subestima la importancia del examen que fue practicado al actor el 20 de junio de 2005. Sin embargo, conforme a todos los

instrumentos incluidos en el expediente, a saber, la historia clínica y los testimonios arrimados a la tutela y al proceso de interdicción, no considera que aquel sea el ‘único concepto’ donde se verifica su estado de invalidez, tal como lo señaló (sic) Junta Regional, ni el único registro documentado en donde la invalidez se diagnostica en forma definitiva e irreversible, conforme a los argumentos de la Junta Nacional”.

En el mismo sentido, en la sentencia **T-395 de 2013**¹²⁵, esta Corporación estudió un dictamen en el que la fecha de la estructuración de la condición de invalidez era posterior a la muerte del pensionado y explicó que *“la prueba técnico-científica practicada en el proceso de interdicción judicial que precedió a la reclamación pensional, había dejado en claro que la afección de esquizofrenia paranoide que padecía el accionante era de origen genético, es decir, su condición de invalidez lo acompañaba desde su nacimiento, por lo que pretender considerar una situación episódica, como lo fue el trauma por la muerte del padre, como el “origen” de la invalidez, no correspondía a la verdad”.*

Posteriormente, en la sentencia **T-858 de 2014**¹²⁶, la Corte insistió en que la fecha en la que se genera la pérdida de capacidad laboral en forma permanente y definitiva, puede ser anterior o coincidir con la fecha de la calificación. En esta ocasión, el solicitante de la sustitución pensional fue declarado interdicto mediante una sentencia judicial posterior a la muerte del causante, de modo que primero debía determinarse el valor de esta última para *“establecer el estado de incapacidad con efectos pensionales”.*

La decisión fue que *“el dictamen técnico científico y las demás pruebas que fueron aportadas al proceso de interdicción judicial, pueden suplir de manera suficiente el requisito de calificación de invalidez”*, si con ellos puede precisarse con claridad la condición física y/o mental del interdicto y la certeza del estado de *“invalidez”*, así como la fecha de estructuración. *“De modo que, en aquellos casos en los que exista dicha claridad, no resulta aceptable someter al sujeto interdicto a nuevas valoraciones médicas”.*

Allí explicó que cuando la pensión es reconocida a la esposa del pensionado y luego el hijo con discapacidad solicita la sustitución, no se trata de una doble sustitución, sino de una deficiencia en la representación a favor del descendiente inválido, *“quizá porque a su tiempo su madre se encargó de solventar- con la misma sustitución pensional- los gastos de su manutención. Pero, en todo caso, esta falta en la gestión de sus derechos no impide que, ahora, de verificarse los requisitos legales, sea reconocido un derecho que originalmente le podía haber pertenecido como beneficiario de la pensión reclamada”.*

Por otro lado, en la sentencia **T-195 de 2017**, esta Corporación estudió el caso de un señor de la tercera edad con una pérdida de capacidad laboral de 67.20%,

¹²⁵ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

¹²⁶ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez-.

a quien le fue negada la sustitución de la mesada pensional que venía recibiendo su madre, beneficiaria de dicha prestación social una vez falleció el padre en junio 7 de 1989, debido a que el dictamen fijó como fecha de estructuración de la invalidez el 4 de octubre de 1991. No obstante, en la providencia se estableció que *“una apreciación conjunta del acervo probatorio, se tiene que el señor José Nelson padece de esquizofrenia paranoide desde 1978, fecha desde la cual no ha podido volver a trabajar y desde la que ha dependido de sus padres”*.

La valoración probatoria incluyó la revisión de anotaciones hechas por la Junta regional en la que se dijo que la fecha de estructuración se escogió porque era la fecha de la nota del siquiatra que confirmó la patología. Además, en el mismo dictamen se afirmó que el solicitante trabajó hasta 1978, *“año en el cual se enfermó con un cuadro de tipo psicótico, por lo que desde entonces no ha podido volver a trabajar y ha dependido de sus padres”*. Asimismo, se advirtieron observaciones escritas por el siquiatra el 4 de octubre de 1991, en las que se dijo que el paciente venía siendo tratado desde hace 10 años.

Recientemente, mediante sentencia **T-273 de 2018**¹²⁷ esta Corte conoció de un caso en que fue negado el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la hija del causante, quien falleció el 11 de julio de 2011, con fundamento en que el dictamen estableció una pérdida de capacidad laboral de 65%, con fecha de estructuración de la invalidez el 15 de agosto de 2013, es decir, posterior a la muerte del titular de la pensión de vejez. Sin embargo, en la historia clínica constaba que venía padeciendo esquizofrenia paranoide desde varios años atrás, razón por la cual dependía económicamente del padre.

En esa oportunidad, explicó este Tribunal que *“(…) de la apreciación conjunta del acervo probatorio, en especial, la historia clínica aportada por el accionante, se evidencia que su representada desde el año 1990 fue diagnosticada con hebefrenia¹²⁸, circunstancia que concuerda con el hecho de que no ha podido laborar debido a esa enfermedad, como se corrobora con las distintas declaraciones juramentadas que se adjuntaron al proceso. De ahí que, las pruebas allegadas permiten constatar que la incapacidad para trabajar de Yomaira es preexistente al deceso del causante”¹²⁹*.

En síntesis, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que para definir la fecha de estructuración de invalidez, las autoridades competentes deben diferenciar con especial cuidado en qué momento se genera la incapacidad permanente y definitiva del sujeto evaluado, en especial, cuando se parte del diagnóstico de enfermedades que aparecen en la niñez o en la temprana edad, que por su naturaleza, con el paso del tiempo pueden ir agravando el estado de salud de quienes las padecen. De allí, que las entidades

¹²⁷ M.P Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹²⁸ La hebefrenia es definido como un *“trastorno mental que aparece en los adolescentes (esquizofrenia). Se caracteriza por un aumento progresivo en la dificultad para cursar los estudios, relacionarse socialmente, tendencia a encerrarse en sí mismo y empobrecimiento afectivo”* (<http://www.doctissimo.com/ar/salud/diccionario-medico/hebefrenia>).

¹²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-273 de 2018, (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

encargadas de conocer sobre las solicitudes de derechos económicos tales como la sustitución pensional deben tomar en consideración, además del historial clínico integral del peticionario, si éste ha estado imposibilitado para estudiar y para ingresar al mercado laboral, hecho que daría cuenta de que “(...) siempre ha dependido de su padre vivo y/o de la pensión de aquel que fallecido le fue sustituida a la madre o a él en calidad de hijo menor de edad”¹³⁰.

9. Resolución del caso concreto

9.1 En el proceso objeto de revisión, la señora Luz Amparo Méndez López acudió a la acción de tutela para demandar la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al mínimo vital y a la dignidad humana de su hermano, de quien es su guardadora. Lo anterior, por considerar que los mismos fueron vulnerados por la CREMIL al negarse a reconocer en favor de su pupilo la sustitución de asignación de retiro, en calidad de hijo en condición de invalidez de su padre; con el argumento de que no se acreditó dicho estado antes del fallecimiento de su progenitor y, por tanto, no se encontraba establecida la dependencia económica.

9.2 El juez que conoció en primera instancia del caso bajo estudio declaró la improcedencia de la acción de tutela por falta de subsidiariedad, en tanto la parte actora tiene a su disposición la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar los derechos solicitados. Esta decisión fue objeto de impugnación y posteriormente confirmada en segunda instancia.

9.3 Así las cosas y conforme fue expuesto, le corresponde a la Sala determinar si la CREMIL vulneró los derechos fundamentales de Carlos Arturo Méndez López con ocasión a la negativa de reconocerle la sustitución de asignación de retiro en calidad de hijo en situación de invalidez de su padre fallecido.

9.4 Para efectos de darle solución al objeto de la *litis*, es preciso empezar por señalar que de los elementos de juicio que obran en el expediente y aquellos que fueron recaudados en sede de revisión, la Sala encontró acreditados los siguientes hechos:

- (i) El señor Carlos Arturo Méndez López, es una persona de 70 años¹³¹, hijo de José Manuel Méndez Ayerbe (Q.E.P.D) y Marina López Torres (Q.E.P.D)¹³².
- (ii) En vida, el señor José Manuel Méndez Ayerbe (Q.E.P.D) devengó asignación de retiro a partir del 25 de abril de 1946 la cual, una vez se produjo su deceso el 16 de mayo de 1960, fue sustituida, mediante Resolución N°0617 de octubre del mismo año donde se dispuso que la

¹³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-710 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

¹³¹ En folio 14 obra la cédula de ciudadanía que da cuenta de que la fecha de nacimiento del mismo es el 2 de mayo de 1949.

¹³² Ver a folio 15 del cuaderno principal.

mitad de la misma le correspondía a la señora Marina López de Méndez y la mitad restante “(...) a sus menores hijos, repartida proporcionalmente entre ellos (...)”¹³³.

- (iii) Para la fecha de la muerte de su padre, Carlos Arturo Méndez López contaba con 11 años de edad y desde ese entonces, hasta que tuvo lugar el fallecimiento de su madre el 28 de octubre de 2017, este dependió económicamente de la misma en razón de los problemas mentales que padecía, permaneciendo siempre bajo su cuidado.
- (iv) A través de certificado expedido por Coomeva EPS el 21 de diciembre de 2015 se determinó que el señor Méndez López presentaba un 61.30% de PCL, sin que se reportara fecha de estructuración de la misma¹³⁴.
- (v) Con ocasión la muerte de la madre de Carlos Arturo, la CREMIL, mediante Resolución N° 971 del 7 de diciembre de 2017, extinguió el derecho pensional que esta percibía como “única beneficiaria” de su esposo¹³⁵.
- (vi) Desde el 2 de enero de 2002 hasta el 31 de agosto de 2017 Carlos Arturo estuvo afiliado a Coomeva EPS en calidad de “hermano adicional”¹³⁶. Para la fecha de la interposición de la acción de tutela, este figuraba como *ACTIVO* en el régimen subsidiado de la ESS EMMSSANAR con nivel 1 del SISBEN¹³⁷.
- (vii) Mediante providencia del 18 de octubre de 2017 y a solicitud de parte, el Juzgado Segundo de Familia de Popayán declaró en interdicción judicial por discapacidad mental absoluta al señor Méndez López bajo el diagnóstico de “esquizofrenia indiferenciada”, asignando como curadora legítima y definitiva a su hermana, la señora Luz Amparo Méndez López¹³⁸.
- (viii) En el curso del proceso de interdicción se estableció, entre otras cosas, que Carlos Arturo: (i) estudió hasta quinto de primaria; (ii) es soltero; (iii) no tiene hijos; (iv) siempre vivió bajo el cuidado y dependencia de su madre quien se hizo cargo de su manutención y cuidados médicos gracias a los ingresos que percibía como beneficiaria de la pensión de su esposo; y que (v) debe permanecer siempre bajo la supervisión de una tercera persona¹³⁹.
- (ix) Mediante dictamen del 16 de mayo de 2018, la Junta de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca determinó que Carlos Arturo presentaba

¹³³ Ver a folio 74 del cuaderno principal.

¹³⁴ Ver a folio 54

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Ver a folio 76 del cuaderno principal.

¹³⁷ Ver a folio 86 del cuaderno principal.

¹³⁸ Ver a folios 56- 62 del cuaderno principal.

¹³⁹ Ver a folios 18- 21 del cuaderno principal.

una PCL del 60% con fecha de estructuración del 2 de mayo de 1961¹⁴⁰. Sobre el particular, cabe precisar que en este documento se indicó, entre otras cosas, que desde **aproximadamente** los 12 años de edad, este presentaba síntomas relacionados con su enfermedad mental¹⁴¹.

- (x) En razón de lo anterior, la accionante le solicitó a la CREMIL el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro a favor de su hermano, en calidad de hijo en condición de invalidez, dependiente económico de su padre fallecido. Dicho requerimiento fue NEGADO por la aludida autoridad mediante Resolución N° 16496 del 19 de julio de 2018 y, posteriormente, confirmado a través de Resolución N° 19709 del 11 de octubre del mismo año.

Para sustentar las comentadas decisiones administrativas, la CREMIL consideró que, atendiendo a la fecha de estructuración de la invalidez de Carlos Arturo, se desvirtúa el hecho de que el mismo dependiera económicamente de su padre al momento de su muerte comoquiera que la misma es posterior a dicho suceso. Adicionalmente, indicó que transcurrió un periodo de “*tiempo muy largo*” desde cuando el señor Méndez López perdió el derecho dentro de la sustitución de retiro de su padre, hasta cuando se allega la sentencia de interdicción¹⁴².

- (xi) De acuerdo con la historia clínica y, en particular, con el último reporte médico que obra en el expediente, el señor Méndez López padece de esquizofrenia indiferenciada – paranoide “*desde hace más de 50 años*”¹⁴³.
- (xii) Aun cuando Carlos Arturo tiene 8 hermanos estos, en su mayoría, sostuvieron, mediante declaraciones juramentadas, que son adultos mayores, viven con sus familias y tienen padecimientos de salud propios de la edad. Así, afirmaron que ninguno de ellos están en condiciones económicas y emocionales para asumir la manutención y cuidado de su hermano. Dichas afirmaciones, precisa la Sala, gozan de presunción de veracidad en tanto no fueron controvertidas en el trámite del proceso tutelar¹⁴⁴.

9.5 Atendiendo a los elementos fácticos a los que se ha hecho expresa referencia, encuentra la Sala que para en el caso objeto de revisión la CREMIL vulneró los derechos los derechos fundamentales del señor Carlos Arturo Méndez López. Ello, en razón a que, contrario a lo que ha sostenido dicha entidad, dada su condición de invalidez, este último cumple con los requisitos

¹⁴⁰ Ver a folios 55 y 56 del cuaderno de revisión. Sobre el particular se advierte que en el referido documento se referenció que la curadora del señor Méndez López solicitó de manera particular a la Junta Regional determinar su PCL para efectos de reclamar a su favor la sustitución de pensión por la muerte de su padre.

¹⁴¹ Ver a folios 55 y 56 – título “*Valoraciones del calificador o equipo interdisciplinario*”.

¹⁴² Ver a folios 78 – 85 del cuaderno principal.

¹⁴³ Ver a folios 22 a 53 del cuaderno principal, particularmente ver a folio 22 el registro de la última consulta médica con fecha del 21 de junio de 2017.

¹⁴⁴ Ver a folio 4 y folios 68-73 del cuaderno principal.

previstos para ser titular del derecho a la sustitución de asignación de retiro en el régimen especial de las Fuerzas Militares tal y como se explicará a continuación.

9.6 Conforme fue expuesto en la parte considerativa de la presente providencia, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, los presupuestos legales para que un hijo en condición de invalidez sea beneficiario de la sustitución de asignación de retiro se concretan en demostrar lo siguiente¹⁴⁵: (i) la relación filial; (ii) el estado de invalidez a partir de una pérdida del 50% o más de sus capacidades laborales¹⁴⁶ y (iii) la dependencia económica del hijo al momento de la muerte del causante.

Sobre el particular, cabe recordar que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que, en tratándose de hijos en situación de discapacidad, la sustitución pensional se traslada a su favor “*mientras subsistan las causales de invalidez*”¹⁴⁷; entendiéndose que “*(...) las condiciones de dependencia que establece la ley deben estar presentes a la muerte del causante y la continuidad de su pago requiere que tales condiciones persistan a lo largo del tiempo (...)*”¹⁴⁸.

9.7 En el asunto bajo estudio observa la sala que el **primer** requisito, referido a la existencia de la relación filial, se encuentra plenamente acreditado, pues al expediente se allegó copia del registro civil de nacimiento de Carlos Arturo¹⁴⁹, en el cual se verifica que es hijo de la señora Marina López de Méndez y del señor José Manuel Méndez Ayerbe, quien en vida gozó de la asignación de retiro en calidad de Sargento Segundo(r) del Ejército Nacional¹⁵⁰ y que luego de su deceso fue sustituida en favor de su esposa e hijos.

9.8 En cuanto al **segundo** presupuesto, referente a la condición de invalidez, el mismo se encuentra igualmente cumplido, pues de acuerdo con los dictámenes emitidos tanto por Coomeva EPS¹⁵¹ como por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca¹⁵², el señor Méndez López reporta una PCL mayor al 50%.

Sin embargo, en este punto, lo que suscita controversia se concreta en dos circunstancias a saber: (i) que, de acuerdo con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación del Valle del Cauca, la estructuración de la PCL de Carlos Arturo y, en consecuencia su invalidez, es posterior a la fecha en que

¹⁴⁵ Ver artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y artículo 11, numeral 11.1 del Decreto 4433 del 2004. La aplicación de estas normas se hace por expresa remisión del artículo 40 del precitado Decreto.

¹⁴⁶ Para establecer la invalidez, se aplicaran los criterios previstos en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

¹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-858 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

¹⁴⁸ Corte Constitucional, sentencias T-1283 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T- 859 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-858 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero

¹⁴⁹ Ver a folio 15 y 16 del cuaderno principal.

¹⁵⁰ Ver a folio 74 del cuaderno principal.

¹⁵¹ Esta determinó un 61,30 de PCL.

¹⁵² Reportó un 60.00% de PCL.

falleció su padre (16 de mayo de 1960) y (ii) que trascurrió un periodo de “*tiempo muy largo*” desde cuando aquél perdió el derecho a la sustitución de retiro de su padre, hasta cuando se realizó el trámite de interdicción y de certificación de invalidez.

Respecto de lo primero, estima la Sala que, aun cuando el dictamen de la Junta Regional de Calificación del Valle del Cauca establece como fecha probable de estructuración de la PCL de Carlos Arturo el día 2 de mayo de 1961, es decir un año después de la muerte de su padre, distintos elementos de juicio, incluido el propio dictamen, permiten inferir a la Sala que el afectado venía padeciendo la enfermedad con anterioridad al fallecimiento de su progenitor y que, por tanto, la situación de dependencia (tanto económica como de cuidado personal) ya estaba presente a la muerte del causante; derivándose la misma -para ese momento- no solo de su condición de menor de edad sino igualmente de su estado de salud mental y física.

En efecto, cabe reiterar que, si bien la Junta Regional de Calificación del Valle del Cauca dictaminó como fecha probable de la estructuración de la PCL de Carlos Arturo, el día 2 de mayo de 1961, el mismo documento dejó constancia, a título de observación, que los síntomas de la esquizofrenia se empezaron a manifestar “*a los 12 años de edad, aproximadamente*”.

Previo a dicho dictamen, Coomeva EPS había determinado también que el señor Méndez López sufría de esquizofrenia y que presentaba una PCL superior al 50%, sin entrar a definir una fecha probable de estructuración de la enfermedad. De igual manera, el reporte médico más reciente del señor Méndez López, que hace parte de su historia clínica, deja claro que este padece de dicha afección desde “*hace más de 50 años*”.

En plena correspondencia con lo anterior, en el proceso que se adelantó para declarar la interdicción de Carlos Arturo se pudo establecer que, debido a su enfermedad, este solo estudió hasta quinto de primaria, que nunca se casó ni tuvo hijos y que siempre vivió bajo el cuidado y dependencia de sus padres, requiriendo en todo momento de la supervisión de un tercero.

De ese modo, no cabe duda de que Carlos Arturo ha padecido la enfermedad de esquizofrenia desde temprana edad (antes de los 12 años), incluso con anterioridad a la muerte de su padre, sin que exista certeza del momento exacto en que esta tuvo origen, pudiendo eventualmente derivarse la misma por causas genéticas a partir de sus primeros años de vida. A este respecto, cabe citar lo expresado por la jurisprudencia constitucional, en el sentido de sostener, conforme con estudios científicos, que la esquizofrenia paranoide se deriva de una serie de “*factores combinados con un riesgo genético*”, y que los “*primeros indicios de esquizofrenia probablemente pasan desapercibidos por la familia y los amigos*”¹⁵³. Bajo la misma óptica, la OMS también ha

¹⁵³ http://hcpc.uth.tmc.edu/spanish_schizophrenia.htm, referida en las sentencias T- 941 de 2005 (M.P Clara Inés Vargas Hernández), T-014 de 2012 (M.P Juan Carlos Henao Pérez) T- 213 de 2019 (M.P José Fernando Reyes Cuartas)

entendido que la esquizofrenia *“puede estar provocada por la interacción entre la genética y una serie de factores ambientales¹⁵⁴”*.

De igual manera ha quedado establecido que dicho padecimiento le ha impedido a Carlos Arturo llevar una vida normal, como sujeto independiente y autónomo, con capacidad para valerse por sí mismo y proveerse su propio sostenimiento y manutención, pues no pudo estudiar sino hasta quinto año de primaria y tampoco llevó a cabo actividad laboral alguna. Por tales razones, Carlos Arturo siempre dependió de sus padres mientras vivieron y los costos de su cuidado y manutención fueron soportados con la cuota de asignación de retiro de su señor padre que después de su muerte fue sustituida en favor de la madre y los hijos, siendo esta la única fuente de ingresos con la que contó la familia para su sostenimiento.

En ese orden, advierte la Sala que, para el caso particular, es apenas razonable inferir que Carlos Arturo ya se encontraba en situación de discapacidad para la fecha en que se produjo el deceso de su progenitor y que, por tal motivo, en todo momento dependió de su asignación de retiro, la cual no le puede ser suspendida ahora que cuenta con más de 70 años de edad y tiene la condición de interdicto debido a la esquizofrenia que padece. Debe destacarse, sobre el particular, que aun cuando Carlos Arturo tiene varios hermanos y hermanas, incluyendo a quien hoy funge como su curadora, en su mayoría son personas de la tercera edad, y no están en condiciones de asumir su cuidado personal ni de socorrerlo económicamente.

Ahora bien, respecto al argumento expresado por la CREMIL, en el sentido de cuestionar el derecho prestacional de Carlos Arturo sobre la base de que no se tramitaron oportunamente tanto la solicitud de Pérdida de Capacidad Laboral como el proceso de interdicción, entiende la Sala que se trata de situaciones que no le son imputables a aquél y que, por tanto, no pueden repercutir en perjuicio del ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. Como ya fue expresado, para el momento del fallecimiento de su padre, el señor Méndez López era menor de edad y ya padecía de esquizofrenia, razón por la cual no estaba en capacidad de asumir la defensa de sus intereses, correspondiendo dicha carga a sus representantes legales, sus padres y curadores.

En relación con esto último, debe tenerse en cuenta que la falta de diligencia o cuidado de los representantes legales, reflejada en el hecho de no haber ejercido oportunamente las actuaciones tendientes a acreditar la invalidez de Carlos Arturo y su estado de interdicción, no puede traer como consecuencia la pérdida de sus derechos a la sustitución pensional y a la salud, pues, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte, en tratándose de menores de edad y de personas discapacitadas, no puede trasladarse a estos las consecuencias negativas derivadas de una mala gestión en la defensa de sus derechos.

¹⁵⁴ <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/schizophrenia>

Lo anterior, aunado a dos aspectos a tomar en consideración: (i) el carácter imprescriptible e irrenunciable que la Corte le ha reconocido a los derechos pensionales, lo que implica que los mismos puedan reclamarse en cualquier momento y que, a pesar del tiempo transcurrido, la ausencia en su goce efectivo supone una violación del derecho a la seguridad social que permanece en tiempo y (ii) al hecho de que, en el marco del régimen especial de las Fuerzas Militares, no se evidencia la existencia de requisito alguno que imponga la imperiosa necesidad de adelantar un trámite de interdicción judicial para reclamar el derecho pensional que en esta oportunidad se invoca. Suponiendo esto, una exigencia desproporcionada e ilegítima, máxime cuando se trata de un sujeto en condición de discapacidad.

9.8 Finalmente, en lo concerniente al **tercer** y último requisito que se prevé para ser titular del derecho invocado, encuentra la Sala que este se cumple si se tiene en cuenta que, para la fecha en que murió el padre de Carlos Arturo, 16 de mayo de 1960, aquél contaba con 11 años. En consecuencia, las condiciones de dependencia estaban presentes al momento del fallecimiento del causante de la prestación económica ahora reclamada, tanto por el hecho de que Carlos Arturo era menor de edad como en razón a la enfermedad que ya para ese momento padecía. Además, las circunstancias de dependencia han persistido en el tiempo y nunca se ha interrumpido, precisamente, con motivo del cuadro de esquizofrenia que padece y que como bien se explicó anteriormente se presume existía, incluso, antes de que se diera por estructurada su invalidez.

9.10 Así, se encuentran configurados los requisitos legales para acceder a la sustitución de asignación de retiro en el caso de Carlos Arturo Méndez López en su condición de hijo en situación de discapacidad y dependiente económico del causante, el señor José Manuel Méndez Ayerbe.

9.11 En ese orden, y atendiendo a las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentra Carlos Arturo, se justifica una actuación pronta y oportuna del juez constitucional para lograr la protección de sus derechos fundamentales, en especial del derecho al mínimo vital, esta Sala concederá el amparo como mecanismo definitivo de protección de sus garantías constitucionales invocadas.

Por consiguiente, la Sala de Revisión revocará el fallo proferido el 18 de diciembre de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y, en su lugar, otorgará el amparo solicitado respecto de los derechos a la vida, a la igualdad, al mínimo vital y a la dignidad humana de Carlos Arturo Méndez López. En consecuencia, se procederá a dejar sin efectos las Resoluciones N° 16496 del 19 de julio de 2018 y 19709 del 11 de octubre de 2018, proferidas por la CREMIL, ordenando, a cargo de la citada entidad, reconocer, liquidar y pagar la sustitución de asignación de retiro de la que es titular el señor Méndez López, en calidad de hijo en condición de discapacidad de su padre desde el momento en que esta última fue cancelada a su madre, la señora Marina López de Méndez. Ello, en atención a que es partir de dicha fecha en que el actor comienza a ver afectados sus derechos al mínimo vital, la salud y a la dignidad

humana, los cuales inicialmente estaban protegidos gracias a la prestación económica que percibía su madre por medio de la CREMIL.

Así mismo, la Sala dejará sin efectos la Resolución No. 3644 de 2019, a través de la cual la CREMIL declaró una deuda a favor de esa entidad, por los dineros pagados con posterioridad a la fecha de fallecimiento de la señora Marina López de Méndez¹⁵⁵. En consecuencia, le ordenará a la CREMIL, que en caso de haber recibido dicho dinero, proceda al reembolso del mismo.

Finalmente y en aras de garantizar la prestación del servicio de salud del señor Méndez López, la Sala le ordenará a la CREMIL que adelante, ante la dependencia y/o entidad de las Fuerzas Militares a la que haya lugar, su trámite de inclusión en calidad de beneficiario de los servicios salud de las Fuerzas Armadas de su padre, el señor José Manuel Méndez Ayerbe de quien, como se advirtió, en precedencia es sustituto de asignación de retiro.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo del 18 de diciembre de 2018 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en el que se confirmó la providencia adoptada el 16 de noviembre de 2018 por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, a través de la cual declaró la improcedencia de la acción de tutela de la referencia. En su lugar, **AMPARAR** los derechos a la vida, a la igualdad, al mínimo vital y a la dignidad humana de Carlos Arturo Méndez López.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS las Resoluciones N° 16496 del 19 de julio de 2018 y 19709 del 11 de octubre de 2018 mediante las cuales la CREMIL negó la sustitución de asignación de retiro en favor de Carlos Arturo Méndez López.

TERCERO.- ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL-, que en el término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a reconocer, liquidar y pagar la sustitución pensional a la que tiene derecho Carlos Arturo Méndez López, en calidad de hijo en condición de discapacidad de José Manuel Méndez Ayerbe, desde el momento en que esta fue cancelada a su madre la señora Marina López de Méndez.

CUARTO. – ORDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL- que adelante ante la entidad y/ o dependencia correspondiente, las

¹⁵⁵ Ver a folios 43 y 44 del cuaderno de revisión.

gestiones necesarios para dar trámite a la inclusión del señor Carlos Arturo Méndez López al sistema de salud de la Fuerzas Militares en calidad de sustituto de asignación de retiro de su padre el señor José Manuel Méndez Ayerbe. Ello, sin que se exceda un plazo de diez (10) contados desde el momento en que se reconozca el derecho pensional ordenado en el numeral precedente.

QUINTO - DEJAR SIN EFECTOS la Resolución No. 3644 de 2019, a través de la cual la CREMIL declaró una deuda a su favor por los dineros pagados con posterioridad a la fecha de fallecimiento de la señora Marina López de Méndez¹⁵⁶ y, en su lugar, **ORDENAR** el reembolso de dichos dineros en caso que los mismos ya hayan sido cancelados por la parte actora.

SEXTO.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en el sitio web de la Corte Constitucional y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

¹⁵⁶ Ver a folios 43 y 44 del cuaderno de revisión.