

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 005 2021 – 0327 00
Proceso: Acción de Tutela
Accionante: Nery Margoth Álvarez Heredia
Accionada: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Asunto: **SENTENCIA**

Superado el trámite que es propio a esta instancia, se resuelve lo pertinente a la Acción de Tutela señalada en la referencia.

ANTECEDENTES

1.- Sustento Fático.

Solicita la señora Nery Margoth Álvarez Heredia, a través de su apoderado judicial, la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, integridad física, vida digna, seguridad social e igualdad, la cual fundamenta en los siguientes hechos:

1. Que el agente José Antonio Montenegro (q.e.p.d), identificado en vida con la C.C. 1.105.134 de Pajarito (Boyacá), falleció el 31 de diciembre de 2020; que aquél en vida accedió a una asignación de retiro y conservaba todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a su pensión por parte de la Policía Nacional.

2. Que el agente fallecido y la accionante convivieron desde el 04 de noviembre de 1990 hasta 31 de diciembre de 2020, es decir, sostuvieron una comunidad de vida, una singularidad y la permanencia en el tiempo por más de 30 años, compartiendo mesa, lecho y techo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 54 de 1990 en su artículo 1 y a su vez esta unión marital de hecho establece una de las formas reconocidas para constituir una familia.

3. Que de la unión de Jose Antonio Montenegro (q.e.p.d), y la señora Nery Margoth Álvarez Heredia, se procrearon dos hijos, Erika Margoth Montenegro Álvarez y José David Montenegro Álvarez, quienes fueron debidamente reconocidos por su padre y gozaron de los beneficios de los subsidios y servicios de salud por parte de CASUR.

4. Que en su condición de compañera permanente solicitó ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, que le fuera reconocida la sustitución de asignación mensual de retiro, el día 02 de febrero de presente año con número de radicado 202122000026742.

5. Que el 29 de abril de la anualidad que avanza, la accionada dio respuesta a la referida solicitud indicando que, para estudiar el posible derecho de reconocimiento de la prestación, es indispensable la acreditación de la existencia de la unión marital de hecho, la cual debía ser declarada mediante sentencia judicial, de conformidad con la Ley 979 de 2005.

6. Que el 18 de mayo hogaño, interpuso recurso de reposición en contra de la de la respuesta proferida por la accionada, porque si bien es cierto, la accionada fundamenta su posición en las disposiciones contenidas en la Ley 979 de 2005 artículo 2 exigiendo sentencia judicial para comprobar la declaratoria de la unión marital de hecho, no tiene en cuenta que la Corte Constitucional ha señalado que este instrumento jurídico es de carácter declarativo más no constitutivo, ya que por propia definición legal, la unión marital de hecho se perfecciona cuando las personas hacen comunidad de vida permanente y singular, y no cuando tal situación es declarada mediante sentencia judicial.

7. Que a partir del mencionado argumento, solicita a CASUR se le otorgue la totalidad de la sustitución pensional del causante junto con el retroactivo al que tiene lugar, es decir, desde el 31 de diciembre de 2020 fecha en la cual falleció Señor agente José Antonio Montenegro, y que tenga en cuenta las pruebas que se aportaron para tal fin.

8. Que el 14 de julio de 2021, por medio de correo electrónico le fue comunicada la decisión adoptada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, manifestando que no procedía recurso contra actos de

carácter general ni contra los de trámite y que la solicitud inicial es calificada como una petición meramente informativa.

9. Que contrario a lo expresado por la pasiva, lo que se está solicitando en este caso en particular es el reconocimiento de una sustitución de asignación mensual de retiro, petición que es de carácter particular y personal, más aún cuando la ley colombiana ha contemplado la sustitución pensional como un mecanismo de seguridad social orientado a proteger a los allegados de quien muere siendo titular de una pensión. En donde lo que se busca es garantizar a los sobrevivientes, en este caso, compañera permanente que sobrevive, que dispondrán de unos recursos para su digno sostenimiento, en forma tal que el deceso del pensionado no signifique una ruptura que afecte los derechos fundamentales del núcleo familiar.

10. Que la señora Nery Margoth Alvares Heredia nunca ha trabajado y dependía económicamente de su compañero José Antonio Montenegro y el servicio de salud es prestado por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional en calidad de beneficiaria como compañera permanente.

11. Que a la fecha la actora cuenta con 57 años de edad y podría ser clasificada dentro del rango de persona mayor, habida cuenta que siendo menor de 60 años y mayor de 55, se evidencia que sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinan.

12. Que padece de diabetes mellitus no insulino dependiente, apnea del sueño, hipertensión esencial, síndrome del túnel carpiano y tuvo una cirugía de reemplazo de cadera.

13. Que dadas sus graves afecciones de salud, no está en condiciones de trabajar, para obtener los mínimos para su congrua subsistencia y por ello dependía absolutamente de José Antonio Montenegro (q.e.p.d).

14. Que la señora Nery Margoth Álvarez Heredia, actualmente tiene una prórroga por seis meses de acceso al servicio de salud, el cual vence el mes de agosto, o sea este mes.

15. Que el parentesco de la actora con el titular del derecho pensional, es el de compañera permanente, tal como se demuestra en su carnet y que es

menester se siga manteniendo ese acceso al servicio, para no vulnerar su derecho a la salud y una vida digna.

16. Que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR) de manera sistemática y generalizada, ha vulnerado sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y móvil, a la dignidad humana y demás derechos conexos, como el derecho a la igualdad introduciendo discriminación en cuanto a la clase de vínculo existente, y por no tener en cuenta como medios de prueba los ya aportados y los cuales reposan en los expedientes de CASUR, evidenciando que esta unión marital de hecho cumple con el perfeccionamiento de la misma, dado a que cumple con los tres requisitos esenciales los cuales son: una comunidad de vida permanente y singular.

2.- La Petición.

Con base en los hechos expuestos el accionante solicitó lo siguiente:

“Solicito al despacho se tutele el derecho fundamental a la SEGURIDAD SOCIAL de mi representada y ordene a CASUR el reconocimiento de la SUSTITUCION DE ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO junto con el retroactivo correspondiente al 31 de diciembre de 2020, fecha del deceso de José Antonio Montenegro (q.e.p.d) , como quiera que mi representada sostuvo Una comunidad de vida, una singularidad y la permanencia en el tiempo por más de 30 años, compartiendo mesa, lecho y techo, de conformidad con la ley 54 de 1990 artículo 1, a su vez esta unión marital de hecho constituye una de las formas reconocidas para constituir una familia, pilar fundamental dentro de la organización social, que es objeto de protección especial según lo consagran los artículos 5 y 42 de la Constitución Política.

2. Solicito al despacho se tutele el derecho fundamental al MINIMO VITAL Y MOVIL- A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS de mi representada como quiera que mi representada sostuvo Una comunidad de vida, una singularidad y la permanencia en el tiempo por más de 30 años, compartiendo mesa, lecho y techo, de conformidad con la ley 54 de 1990 artículo 1, Y ordene a CASUR EL RECONOCIMIENTO DE SUSTITUCION DE ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO junto con el retroactivo correspondiente al 31 de diciembre de 2020 fecha del deceso y con ello cese el perjuicio irremediable a la cual se ha visto expuesta por el hecho de no tener recursos económicos para su congrua existencia, al no poder satisfacer sus gastos y necesidades básicas y elementales para poder vivir exponiéndose a la caridad de otras personas.

3. Solicito al despacho se tutele el derecho fundamental a la SALUD Y INTEGRIDAD FISICA de mi representada y ordene a CASUR el reconocimiento de la SUSTITUCION DE ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO junto con el retroactivo correspondiente al 31 de diciembre de 2020 fecha del deceso de José Antonio Montenegro (q.e.p.d) y la no desvinculación de los servicios de salud; como quiera que al negar este reconocimiento están ocasionando que mi representada quede sin servicio de salud y como se evidenció en los hechos de este escrito la misma padece de afecciones de salud muy graves que requieren seguimientos constantes por parte de los especialistas y tratamientos que constan de una bala de oxígeno la cual ella debe usar 12 horas al día.

4. Solicito al despacho se tutele el derecho fundamental a la IGUALDAD de mi representada y ordene a CASUR el reconocimiento de la SUSTITUCION DE ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO junto con el retroactivo correspondiente al 31 de diciembre de 2020 fecha del deceso de José Antonio Montenegro (q.e.p.d). como quiera que mi representada acredita la calidad d compañera permanente con un convivencia efectiva, y ordene a CASUR el no imponer una carga adicional como lo es una sentencia judicial como único medio para acreditar su unión marital de hecho y que por el contrario valore las pruebas adjuntadas en el recurso de reposición y adicional tenga en cuenta las pruebas soportadas en el expediente del hoy causante. Los cuales reposan en la entidad.

5. Se REQUIERA al HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICIA NACIONAL a fin de que allegue copia de la HISTORIA CLINICA, para que además del material probatorio que se allega por intermedio de la presente acción, el Despacho pueda confirmar los antecedentes fácticos narrados en lo que respecta a la salud de mi representada, ya que desde el 22 de julio se radicó solicitud he indicaron que los ocho días entregaban esta información pero, es la fecha y aun la entidad no se pronuncia al respecto.”

3.- La Actuación.

La demanda de tutela fue admitida mediante providencia del nueve (09) de agosto del año en curso, se dispuso a oficiar a la entidad accionada, para que en el término de un (1) día se pronunciara acerca de los hechos y pretensiones de la queja constitucional y aportara los medios de demostración que pretendiera hacer valer en su defensa.

De igual forma, se ordenó la vinculación del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

Posteriormente, por auto del 19 de agosto de la anualidad que avanza se ordenó la vinculación al presente trámite del Hospital Central de la policía Nacional y de la Dirección de Sanidad de la policía Nacional.

4.- Intervenciones.

Revisada la actuación advierte el Despacho que ni la accionada, ni las vinculadas efectuaron pronunciamiento alguno frente a los hechos que dieron origen a la presente solicitud de amparo.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

El Juzgado es competente para el conocimiento del presente asunto, atendiendo a las reglas de competencia consagradas en el artículo 86 de la Constitución Nacional y su reglamentación en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Problema Jurídico.

De los hechos narrados, corresponde a esta sede constitucional determinar si la acción de tutela es la vía idónea para ordenar a la entidad accionada y/o a las vinculadas reconocer la sustitución de asignación mensual de retiro junto con el retroactivo correspondiente al 31 de diciembre de 2020, con ocasión del fallecimiento del señor José Antonio Montenegro, en favor de la accionante y, disponer además que la misma no pueda ser retirada de los servicios de salud a los que se encuentra afiliada en calidad de compañera permanente del causante.

3.- Marco Constitucional.

La tutela es un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales, tal como lo establece el artículo 86 de la Constitución Nacional y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 y ella procede frente a la violación o amenaza de estos derechos por parte de las autoridades públicas, bien por acción u omisión, y en algunos casos frente a particulares, cuando estos desempeñan funciones Administrativas. Según las disposiciones en cita, su naturaleza es residual o subsidiaria, ya que resulta improcedente, cuando la persona afectada tiene otros medios legales de defensa, salvo que para

evitar un perjuicio irremediable solicite el amparo con el carácter de transitorio.

4.- La Subsidiariedad

Conforme con lo dispuesto por la Corte Constitucional, la presente acción preferente y sumaria sólo resulta procedente cuando se han agotado los medios de defensa que el legislador ha dispuesto en cada caso particular o los mismos no resultan idóneos para la protección del derecho reclamado, en tal sentido dicha corporación mediante sentencia T-471 de 2017 dispuso:

“Esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015, estableció que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”

5.- De la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales.

Respecto del particular, la Corte Constitucional mediante sentencia T-307 de 2017 dispuso:

“Entonces, tratándose de controversias pensionales, la acción constitucional sería improcedente, toda vez que los demandantes podrían acudir a la jurisdicción laboral, como la opción principal e idónea, para el reconocimiento de sus pretensiones. Por consiguiente, en primer lugar, los ciudadanos deben acudir a las instancias judiciales ordinarias, antes de pretender la defensa de sus derechos por vía de tutela.

20. Sin embargo, en determinados casos la tutela procede con el fin de salvaguardar derechos fundamentales, cuya protección resulta impostergable, cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable.

Para determinar la idoneidad de los medios de defensa judicial es necesario revisar que los mecanismos tengan la capacidad para proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona. En especial, resulta imperativo verificar si el reclamo de quien merece especial protección constitucional puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por la vía ordinaria, o si por su situación particular, no puede acudir a dicha instancia.

21. Es así como excepcionalmente esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de un derecho pensional en eventos en los que el amparo lo solicita un “(i) sujeto de especial protección constitucional, también se establece que (ii) la falta de pago de la prestación genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, (iii) se ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) aparecen acreditadas siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados”¹²⁸¹.

6.- Caso Concreto.

De entrada, observa el Despacho la concurrencia de los elementos de procedibilidad general de la acción de tutela correspondientes a la legitimación en la causa, en tanto que se propone por la titular de los derechos cuya protección se reclama a través de su apoderado judicial, se convoca a una autoridad pública, en los términos del artículo 86 de la Constitución Nacional; y de inmediatez, como quiera que, la presunta conducta transgresora de las garantías fundamentales en cabeza la pretensora continúa en el tiempo.

Ahora bien, descendiendo al caso objeto de estudio evidencia esta sede constitucional, que en efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 923 de 2004, en concordancia con lo reglado en el Decreto 4433 de 2004, “Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite(...)”.

Así, del análisis del aparte normativo anteriormente referenciado se desprende que le asiste el derecho para reclamar la sustitución de la asignación de retiro al cónyuge o a la compañera permanente del causante, para lo cual, en primer lugar resulta indispensable para la accionada establecer si en efecto la actora ostenta tal calidad.

En este orden de ideas, según el relato efectuado en los hechos que dieron origen a la presente solicitud de amparo, se tuvo en cuenta por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, lo reglado en el artículo 2° de la Ley 975 de 2005, para comprobar el cumplimiento del prenotado requisito, específicamente, que la unión marital de hecho se hubiese declarado por sentencia judicial, esto ante el fallecimiento del compañero permanente.

Dadas las anteriores circunstancias, no se evidencia que la accionada hubiese incurrido en un acto arbitrario o desbordado, al exigir el cumplimiento de los requisitos previstos por el legislador para el reconocimiento de los derechos pensionales reclamados, puntualmente, la calidad de compañera permanente de la pretensora, por ende, no le es dable al juez de tutela subrogarse en las competencias que por un lado le son propias la juez de familia y determinar que con el material probatorio allegado al plenario se encuentra probada la existencia de la unión marital de hecho entre José Antonio Montenegro y Nery Margoth Álvarez Heredia, toda vez que, para tal fin se encuentra en el ordenamiento jurídico la acción correspondiente en la jurisdicción ordinaria en su especialidad de familia, dentro de la cual fue prevista la etapa probatoria pertinente, con el objeto de demostrar la calidad en la que se reclama la sustitución de la asignación de retiro objeto del presente pronunciamiento.

En los mismos términos, se colige que la controversia suscitada entre las partes, con ocasión del reconocimiento de los citados derechos pensionales no es un asunto que deba zanjarse a través de la presente vía preferente y sumaria, en razón a que no es labor del juez

constitucional, suplir las competencias que por la naturaleza del asunto y la calidad de las partes, le fueron atribuidas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la cual los extremos procesales pueden ejercer su derecho de defensa y efectuar el debate probatorio pertinente.

De otra parte, tampoco se constata dentro del presente asunto la concurrencia de por lo menos una de las circunstancias que le permitan a esta juzgadora conceder la solicitud de amparo ya sea de manera transitoria o definitiva, de acuerdo con el aparte jurisprudencial referido en el acápite correspondiente a saber; **(i)** no se encuentra acreditado que la actora se encuentre dentro del grupo poblacional clasificado como de especial protección por parte del Estado, como quiera que, si bien, se indica que padece de ciertas patologías, no se demuestra que las mismas le generen discapacidad alguna o que le impidan sustancialmente desarrollar las actividades propias de la vida diaria, como sucedería a manera de ejemplo con una persona de avanzada edad o, en su defecto con una enfermedad catastrófica, caso en el cual la Corte Constitucional ha sido enfática en determinar la procedencia del amparo; **(ii)** en cuanto a la afectación del derecho al mínimo vital, es del caso recabar que, no obstante, se enuncia que la falta de reconocimiento de derecho pensional reclamado vulnera el mismo, lo cierto del caso es que, en consonancia con el principio de solidaridad que rige las relaciones familiares, mientras las autoridades correspondientes definen lo pertinente en cuanto a la sustitución requerida por la accionante, *“los miembros de la familia son los primeros llamados a prestar la asistencia requerida a sus integrantes más cercanos, pues es el entorno social y afectivo idóneo en el cual encuentra el cuidado y el auxilio necesario”*¹, teniendo en cuenta además que *“la obligación de cuidado y auxilio impone el ocuparse de temas indispensables como la alimentación, la salud, el vestido y el estar pendiente de sus necesidades brindando amor, respeto y trato digno, al punto de proporcionales a los padres y demás ascendientes en línea recta lo necesario para que estén bien y tengan una adecuada calidad de vida.”*², aunado a que de los hechos que dieron origen a la presente solicitud de amparo se colige que la actora tiene dos hijos mayores de edad, de quienes no obra prueba en el plenario,

1 Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 2016

2 *Ibídem*

que tengan alguna condición de discapacidad y/o insuficiencia de recursos económicos que les impida cumplir con los deberes de solidaridad y reciprocidad familiar; **(iii)** si bien, la parte actora acreditó haber desplegado cierta actividad administrativa para obtener el reconocimiento pretendido, no puede perder de vista el Despacho, que la misma deviene insuficiente para suplir la actividad judicial que debe llevarse a cabo para zanjar la controversia enunciada y; **(iv)** no se demostró siquiera sumariamente que los medios judiciales no fueran lo suficientemente idóneos para resolver lo concerniente a los derechos pensionales enunciados.

Finalmente, se advierte el despacho precedente ordenar a las accionadas no suspender el servicio de salud a la accionante, como quiera que, tal beneficio se desprende de manera directa del reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a la que reclama tener derecho la señora Álvarez Heredia, tomando en consideración, además, que la actora, ante la falta de recursos, de ser el caso, cuenta con la posibilidad de afiliarse al Régimen Subsidiado en Salud, a efectos de la prestación de los servicios que requiere de acuerdo a su estado de salud.

Por lo aquí expuesto, habrá de negarse la acción de tutela interpuesta por Nery Margoth Álvarez Heredia.

DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución;

RESUELVE:

1.- NEGAR la acción de tutela propuesta por Nery Margoth Álvarez Heredia, por las razones expuestas anteriormente.

2.- NOTIFÍQUESE por el medio más expedito el contenido de esta providencia a las partes.

TUTELA: 005 2021 – 0327 00

DE: NELLY MARGOTH ALVAREZ HEREDIA

CONTRA: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

3.- CONTRA la presente providencia procede el recurso de impugnación ante el superior, en los términos previstos en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

4.- De no ser impugnado, **ORDÉNASE** remitir lo actuado a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

JUEZA

ASO

Firmado Por:

Nancy Liliana Fuentes Velandia

Juez

Civil 005

Juzgado De Circuito

Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **731c3d7058d31cb3ec4d3833669da5447c2545bb45212da746bf0fbf9333920d**

Documento generado en 23/08/2021 08:53:26 AM