

Sentencia T-327/14

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Procedencia excepcional por ser sujeto de especial protección constitucional al ser enfermo de VIH/SIDA

Cuando se reclama el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, la Corte ha sostenido que la tutela no es el mecanismo de defensa principal en tanto existen otros dispositivos judiciales en las jurisdicciones ordinaria laboral y contenciosa administrativa, según el caso. Sin embargo, en ocasiones excepcionales ha dicho que la protección constitucional sí procede cuando se encuentra comprometido el goce de los derechos fundamentales de sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta, como personas que padecen el virus del VIH-SIDA, quienes en razón de sus afecciones padecen el deterioro paulatino de su estado de salud, y se hallan en dificultades para acudir a la justicia en condiciones de igualdad y procurarse los mínimos existenciales de vida.

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA-Reiteración de jurisprudencia

La Constitución Política consagra una protección especial para las personas que en razón de sus condiciones físicas se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13, CP), y la jurisprudencia constitucional ha sostenido pacíficamente que esa protección se predica de los portadores del VIH-SIDA, en tanto con el paso del tiempo experimentan un deterioro físico que les impone limitaciones para proveerse autónomamente los bienes indispensables para satisfacer sus necesidades básicas, entre otras. Dicha protección especial no es meramente retórica, sino que tiene un contenido específico dentro del ordenamiento jurídico, que en materia de estudio de procedibilidad de la acción de tutela impone a las autoridades judiciales especial diligencia, cuidado y atención en el examen formal, teniendo presente que tal grupo poblacional merece un trato preferencial frente a los demás ciudadanos, ya que, como se dijo, padecen un deterioro paulatino y constante de su salud.

DERECHO A LA IGUALDAD Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO DE PAREJAS DEL MISMO

SEXO-Vulneración por negar derecho a reconocimiento sin motivar razones de negativa y exigirle al accionante un trámite no consagrado en las normas

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Solicitud de declaración ante notario de ambos miembros de la pareja vulnera el debido proceso administrativo y derecho a pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones a parejas heterosexuales

Cabe precisar que el sistema de libertad probatoria de la unión marital de hecho para efectos de acceder a la pensión de sobrevivientes, se aplica tanto para las parejas compuestas por personas del mismo sexo como aquellas integradas por individuos de diferente sexo. Lo contrario supondría una violación del derecho a la igualdad y la dignidad humana, en tanto no hay alguna razón constitucionalmente válida para distinguir entre una especie de unión con la otra, y crear barreras de acceso al derecho a la seguridad social que resultan discriminatorias. En este marco jurisprudencial, puede afirmarse que un fondo administrador de pensiones no tiene la facultad de exigir la declaratoria judicial o ante notario de la unión marital de hecho para acceder a la pensión de sobrevivientes como compañera o compañero permanente, con independencia de la orientación sexual de las personas que integran la pareja, so pena de vulnerar el derecho al debido proceso en tanto dicho requisito no está consagrado en la normativa vigente y sobre la materia opera un sistema de libertad probatoria.

REGIMEN PROBATORIO PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES A MIEMBRO SUPERSTITE DE UNA PAREJA DEL MISMO SEXO-Goza de todos los medios probatorios para las uniones maritales de hecho heterosexuales

UNION MARITAL DE HECHO-Convivencia efectiva puede demostrarse por cualquier medio probatorio contemplado en la ley

La unión marital de hecho puede demostrarse a través de cualquier medio legal, conducente y pertinente, porque ninguna norma establece un mecanismo único para su acreditación. En consecuencia, la Constitución no admite tergiversar la libertad probatoria en este tipo de casos, porque en un Estado de Derecho “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes [...] con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (art. 29, CP), y esto lleva a que la situación pensional de los ciudadanos solo pueda definirse en aplicación de las normas vigentes y las respectivas interpretaciones

jurisprudenciales de las autoridades competentes. En eso está fundamentado el principio de legalidad que orienta toda actividad administrativa, el cual protege a los asociados de decisiones arbitrarias que se apartan de la voluntad del constituyente primario y del legislador democráticamente elegido.

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO Y MINIMO VITAL-Vulneración por negativa injustificada de reconocimiento al accionante quien acreditó requisitos de convivencia con el causante

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Procedencia como mecanismo transitorio hasta que jurisdicción ordinaria resuelva

Referencia: expediente T-4192861

Acción de tutela instaurada por Juan contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil catorce (2014)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Setenta y Siete (77) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el catorce (14) de agosto de dos mil trece (2013), y en segunda instancia, por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013), dentro de la acción de tutela promovida por Juan contra

la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (en adelante Protección S.A.)

La Corporación ha adoptado como medida de protección de la intimidad de los intervinientes en este proceso, suprimir de esta providencia sus nombres y los de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación. Por tanto, se remplazarán los nombres reales por otros ficticios.

El accionante, quien es portador del virus VIH positivo,[1] presentó tutela contra Protección S.A. reclamando la defensa de sus derechos fundamentales a la seguridad social, el mínimo vital, la igualdad y el debido proceso. Considera que la demandada violó sus derechos constitucionales al (i) negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes derivada de la muerte de su compañero permanente, Pedro, argumentando que no acreditó la unión marital con el causante, y (ii) condicionar su otorgamiento a que una autoridad judicial declarara la existencia de la unión y el derecho que le asiste a la prestación. Señala que aun cuando aportó declaraciones extrajudiciales de terceras personas, fotografías, y otras pruebas conducentes y pertinentes para demostrar la relación, la entidad negó el reconocimiento en tanto carecía de suficientes elementos de juicio para “establecer la real convivencia [...] con el afiliado fallecido”, sin explicarle por qué.

La acción de tutela está fundamentada en los siguientes

1. Hechos

1.1. Juan, de treinta y cinco (35) años de edad,[2] afirma que convivió con Pedro durante ocho (8) años como compañero permanente, hasta el día de su muerte el veintiséis (26) de diciembre de dos mil nueve (2009).[3] Como prueba de la unión y convivencia aportó (i) una declaración juramentada ante notario, en la cual informa de la vida en relación;[4] (ii) dos declaraciones juramentadas de personas cercanas que manifestaron conocer de la convivencia;[5] (iii) registro fotográfico de la pareja;[6] (iv) un informe de que los servicios funerarios de Pedro fueron solicitados por él;[7] y (v) una certificación del Notario Único de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, que indica que el registro civil de nacimiento del causante se solicitó el quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009) – once (11) días antes del fallecimiento– “para matrimonio a solicitud del interesado”,[8] y que eso demuestra la intención de la pareja de formalizar la unión.

1.2. En virtud de lo anterior, el actor solicitó ante Protección S.A. el reconocimiento de la pensión vitalicia de sobrevivientes en calidad de compañero permanente, sin perjuicio del derecho que le asistía a los hijos de Pedro. En su concepto, cumplía plenamente con los requisitos dispuestos en la normativa vigente[9] para acceder a la prestación, pues (i) el afiliado cotizó más de cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores al fallecimiento,[10] y (ii) él tenía más de treinta (30) años de edad al momento de la muerte del causante.[11]

1.3. Protección S.A., sin embargo, se abstuvo de reconocer la prestación reclamada porque carecía “de los suficientes elementos probatorios y de juicio para determinar si [el actor] tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.” Señaló que a partir de una investigación efectuada por una entidad asociada no se logró “establecer la real convivencia del señor Juan con el afiliado fallecido”, por lo cual debía suspenderse el otorgamiento “hasta tanto no sea aportada sentencia judicial emitida por un juez laboral donde se declare la convivencia con el causante y consecuentemente le otorgue la calidad de beneficiario de la prestación económica.” En ese acto se decidió entonces (i) reconocer el 50% de la pensión de sobrevivientes a los dos (2) hijos del causante, los jóvenes Camilo y Esteban,[12] y (ii) reservar el 50% del beneficio de Juan “hasta tanto radique la documentación que lo acredite como beneficiario.”[13]

1.4. Esteban es fruto de una relación esporádica del afiliado fallecido con María, la cual, según testimonio del mismo hijo, lo abandonó a pocos meses de nacido y en la actualidad no conoce su paradero.[14] Ellos no tuvieron vida marital según lo afirma el propio hijo.[15] Por su parte, Camilo es hijo de una prima de Pedro, al cual este último decidió reconocer como su descendiente. Tampoco existió vida marital.[16]

1.5. El once (11) de marzo de dos mil trece (2013) el actor solicitó a Protección S.A. una copia del expediente correspondiente al trámite pensional, en el cual constaran las pruebas tenidas en cuenta para determinar que no estaba demostrada la unión marital, pues en el acto no le explicaron por qué los elementos aportados eran insuficientes.[17] No obstante, la empresa respondió que era imposible acceder a lo pretendido porque “[...] dicha información constituye reserva bancaria y no todas las personas tienen acceso a ella”,[18] de conformidad con el artículo 7º de la Ley 1328 de 2009.[19]

1.6. En este contexto, Juan presentó acción de tutela reclamando la protección de sus derechos a la seguridad social, el mínimo vital, la igualdad y el debido proceso, y el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de sobrevivientes en calidad de compañero permanente de Pedro. A su juicio, Protección S.A. vulneró sus derechos al exigirle pruebas adicionales que demuestren la convivencia con el causante, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que es inconstitucional exigir a las parejas del mismo sexo que certifiquen la unión con medios extralegales, que resultan más estrictos y desproporcionados que los requeridos para los demás tipos de parejas.[20] Y estima que esto fue precisamente lo que sucedió, al suspenderle el pago de la pensión hasta tanto un juez declare la unión y el reconocimiento de la prestación.

1.7. Así mismo, afirma que en su caso la acción de tutela es procedente como medio definitivo de protección, pues dado su estado de salud y las precarias condiciones económicas que atraviesa, los mecanismos procesales ante la jurisdicción ordinaria se tornan ineficaces e inidóneos. Más aún, si se tiene presente que es un sujeto de especial protección constitucional en tanto padece VIH positivo, y tiene que velar por el sostenimiento de su madre,[21] quien tiene cincuenta y ocho (58) años de edad.[22]

2. Respuesta de la entidad demandada

Protección S.A. solicitó que se declare improcedente la acción de tutela, en cuanto existe un mecanismo judicial idóneo y eficaz en la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar el otorgamiento de las mesadas pensionales y, a su juicio, la tutela no se presentó para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. De todas formas, indicó que de considerarse procedente la acción, la misma no debe prosperar, porque las pruebas aportadas por Juan para demostrar la unión con el afiliado fallecido no son suficientes para acreditar la “real convivencia” y, por tanto, no se cumplen los presupuestos normativos para el reconocimiento pensional. No aportó al proceso las pruebas tenidas en cuenta para señalar que, los documentos allegados por el actor al trámite pensional, no fueron suficientes para demostrar la convivencia.

3. Decisiones que se revisan

3.1. El Juzgado Setenta y Siete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. declaró en primera instancia improcedente la acción de tutela de la referencia,

mediante sentencia del catorce (14) de agosto de dos mil trece (2013). En concepto del juzgado, el actor contaba con otros mecanismos de defensa judiciales para tramitar sus pretensiones, y no encontró probado que la acción se presentara para evitar un perjuicio irremediable. Señaló que aun cuando el accionante padece VIH, esto no era suficiente para establecer la procedencia de la tutela porque no hay claridad acerca de la amenaza real a su mínimo vital.

3.2. El fallo fue impugnado por el accionante porque, en su criterio, el juez de primera instancia no evaluó la procedencia de la acción partiendo de que él es un sujeto de especial protección constitucional en tanto portador del VIH, y tiene a su cargo una persona mayor de edad. Por esta razón, solicitó que se revocara la sentencia anterior, y se ampararan sus derechos constitucionales.

3.3. El Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá D.C. conoció en segunda instancia el proceso de tutela, y mediante sentencia del veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013) confirmó el fallo. A juicio de dicha autoridad, la acción de tutela presentada es improcedente porque no se observa la ocurrencia de un perjuicio irremediable, y el actor no ha demostrado la afectación directa de sus derechos fundamentales al mínimo vital, la salud y el debido proceso.

4. Actuaciones surtidas en el proceso de revisión

Pruebas allegadas al proceso

Mediante auto del dieciocho (18) de marzo de dos mil catorce (2014) se solicitaron las siguientes pruebas: (i) a Protección S.A., para que remitiera a la Sala “el expediente correspondiente al trámite de pensión de Juan, en el cual consten copias de las pruebas tenidas en cuenta para señalar que los documentos presentados por el accionante no fueron suficientes para demostrar la convivencia”; (ii) vincular al proceso a los hijos de Pedro para que se pronunciaran acerca de las pretensiones y el asunto de la referencia; y (iii) al accionante, para que allegara los documentos que considerara necesarios e importantes para efectos de resolver el problema jurídico.

4.1. Protección S.A. no se pronunció antes del vencimiento del término concedido.

4.3. Finalmente, Juan adjuntó al proceso de tutela otros elementos que considera que demuestran la unión marital con el causante. Aportó una declaración juramentada en la cual manifiesta que fue compañero permanente de Pedro durante ocho (8) años hasta el día de su muerte, y en la que expone de manera detallada la forma en que lo conoció y los pormenores de la relación, como los lugares donde vivieron juntos[26] y los problemas que tuvieron que sortear en ambientes laborales y familiares por ser homosexuales portadores del VIH positivo.[27] Así mismo, explica que antes del fallecimiento de Pedro buscaron declarar la unión marital de hecho ante notario, pero que la misma no pudo hacerse debido a los problemas de salud de este.[28] Por último, adjuntó una historia clínica actualizada que da cuenta del estado avanzado de su enfermedad.[29]

Intervención ciudadana

4.4. El Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Universidad de los Andes[30] intervino en el proceso de tutela para solicitar la protección de los derechos fundamentales de Juan. En su concepto, existe una práctica reiterada de los Fondos de Pensiones que resulta inconstitucional, la cual es “exigir pruebas adicionales a las parejas del mismo sexo para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y no otorgarle el valor probatorio pertinente a las pruebas allegadas para la demostración de la existencia de la unión marital de hecho.” Explica que si bien dicha actividad “no esgrime directamente razones de discriminación por orientación sexual, sí oculta su actuar bajo formalidades que impiden que en la práctica las personas del mismo sexo beneficiarias de la pensión de sobrevivientes bajo la ley, accedan a su derecho de manera oportuna, cuando ésta se causó y sin dilaciones injustificadas”[31] Advierte entonces, que en el caso concreto del actor la unión marital de hecho se demostró plenamente con base en pruebas pertinentes y conducentes, y que es desproporcionado que Protección S.A. le exija elementos adicionales para efectos de demostrar la convivencia, además que se desconoce el régimen de libertad probatoria que existe al respecto, establecido por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-336 de 2008,[32] T-051 de 2010[33] y T-592 de 2010.[34]

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala es competente para revisar los fallos de tutela referidos, de conformidad con lo

dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico

2.1. El accionante considera que Protección S.A. vulneró sus derechos fundamentales al negarle el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañero permanente de Pedro, hasta tanto un juez declare la unión marital de hecho. Señala que aunque aportó dos (2) declaraciones extrajudiciales, registros fotográficos de la pareja, y otros elementos que razonablemente llevan a concluir que convivía con el causante en una relación sentimental, la demandada negó el reconocimiento alegando simplemente que tales pruebas no eran “suficientes”, sin indicar qué elementos conducían a esa determinación.

En sede de revisión de tutela, la entidad demandada se abstuvo nuevamente de explicar por qué las pruebas aportadas por el actor no eran suficientes. Sin embargo, uno de los hijos del causante sí participó en el proceso, e informó que –en su concepto– el actor no tenía derecho a la pensión de sobrevivientes como compañero permanente, pues aunque convivió con su padre (Pedro) los últimos seis (6) meses antes de la muerte, lo hicieron en “habitaciones separadas”.

2.2. Así las cosas, el problema jurídico que debe resolver la Sala es el siguiente: ¿un fondo administrador de pensiones vulnera los derechos al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social de una persona que reclama una pensión de sobrevivientes como compañero permanente de un afiliado fallecido, al (i) abstenerse de reconocer la prestación bajo el argumento de que no demostró suficientemente la convivencia con el causante, sin explicarle por qué las pruebas adjuntadas no demostraban la relación; y (ii) condicionarle el reconocimiento a que una autoridad judicial declare la unión marital? Una vez respondida esa pregunta, la Sala examinará si al actor le asiste prima facie el derecho a la pensión de sobrevivientes, para luego establecer el remedio constitucional para el caso concreto.

2.3. La Sala Primera de Revisión hará uso de la siguiente metodología para resolver el caso: (i) examinará la procedencia de la acción de tutela para tramitar las pretensiones del actor, (ii) resolverá el problema jurídico planteado y, finalmente, de encontrarse demostrada una

violación a los derechos fundamentales, (iii) establecerá el remedio constitucional adecuado.

3. La acción de tutela presentada por Juan es procedente para buscar la protección de sus derechos fundamentales

3.1. La acción de tutela procede cuando (i) no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o desconocido; cuando (ii) existiendo esos mecanismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales en el marco del caso concreto, evento en que la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; o cuando (iii) sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86, C.P.), hipótesis en la cual el amparo opera en principio como mecanismo transitorio de protección.

Cuando se reclama el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, la Corte ha sostenido que la tutela no es el mecanismo de defensa principal en tanto existen otros dispositivos judiciales en las jurisdicciones ordinaria laboral y contenciosa administrativa, según el caso. Sin embargo, en ocasiones excepcionales ha dicho que la protección constitucional sí procede cuando se encuentra comprometido el goce de los derechos fundamentales de sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta, como personas que padecen el virus del VIH-SIDA, quienes en razón de sus afecciones padecen el deterioro paulatino de su estado de salud, y se hallan en dificultades para acudir a la justicia en condiciones de igualdad y procurarse los mínimos existenciales de vida.

3.2. Por ejemplo, en la sentencia T-860 de 2011,[35] la Sala Octava de Revisión determinó que la acción de tutela presentada por una persona que padecía VIH-SIDA era procedente para reclamar la protección de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social, y solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes derivada de la muerte de su compañero permanente del mismo sexo. En concepto de la Corte, el accionante estaba sometido a un estado de debilidad manifiesta que hacía desproporcionado remitirlo a la jurisdicción ordinaria para la defensa de sus derechos. En la sentencia se dijo lo siguiente al respecto:

“[...] en esta oportunidad, el mecanismo ordinario laboral no resultaría eficaz pues no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia de protección inmediata de derechos

fundamentales a la vida digna y al mínimo vital del actor, quien se encuentra en una situación de debilidad manifiesta debido a que padece de VIH-SIDA y, por ello, no posee empleo ni renta alguna, razón por la cual vive en precarias condiciones “de la asistencia social y familiar”. Como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha estimado que la carencia de ingresos económicos y el mal estado de salud,[36] más específicamente aquel ocasionado por el VIH-SIDA,[37] son razones suficientes para que el amparo proceda de forma definitiva cuando se solicita la pensión de sobrevivientes.”

De igual forma, en las sentencias T-021 de 2010,[38] T-051 de 2010[39] y T-592 de 2010,[40] diferentes salas de revisión de la Corte declararon procedentes acciones de tutela mediante las cuales se pretendía el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a personas portadoras del virus del VIH-SIDA, enfatizándose en la protección especial que la Constitución le brinda a esta población, y señalando que los medios ordinarios de defensa no eran idóneos ni eficaces para tramitar sus pretensiones pensionales.

3.3. En el caso objeto de estudio, los jueces de instancia decidieron declarar improcedente la acción de tutela porque no se cumplía con el requisito de subsidiariedad, en tanto existían otros medios de defensa en la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la Sala no comparte ese criterio, porque en este asunto diferentes aspectos llevan a concluir que tales mecanismos resultan ineficaces e inidóneos. Primero, el accionante es portador del virus del VIH y su estado de salud tiende a deteriorarse con el paso del tiempo, por lo que la duración de un proceso en la justicia laboral no solo supone un desgaste físico y emocional superior, sino que inclusive puede superar su ciclo vital.[41] Segundo, debido a sus afecciones encuentra serios obstáculos para ofrecer en el mercado laboral su fuerza de trabajo y generarse fuentes de ingresos, por las dificultades propias de la enfermedad y la estigmatización social hacia las personas portadoras del virus del VIH. Tercero, el actor tiene que velar por el sostenimiento de su madre que tiene cincuenta y ocho (58) años de edad, y la ausencia de la pensión amenazaría el disfrute del derecho al mínimo vital de ambos. Y cuarto, dadas las condiciones anteriores, resulta desproporcionado exigirle al actor que acuda a la justicia ordinaria para la defensa de sus derechos, pues ello supondría que realizará trámites que en razón de su estado de salud serían muy onerosos, tanto en términos físicos como económicos.

La Constitución Política consagra una protección especial para las personas que en razón de

sus condiciones físicas se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13, CP), y la jurisprudencia constitucional ha sostenido pacíficamente que esa protección se predica de los portadores del VIH-SIDA, en tanto con el paso del tiempo experimentan un deterioro físico que les impone limitaciones para proveerse autónomamente los bienes indispensables para satisfacer sus necesidades básicas, entre otras. Dicha protección especial no es meramente retórica, sino que tiene un contenido específico dentro del ordenamiento jurídico, que en materia de estudio de procedibilidad de la acción de tutela impone a las autoridades judiciales especial diligencia, cuidado y atención en el examen formal, teniendo presente que tal grupo poblacional merece un trato preferencial frente a los demás ciudadanos, ya que, como se dijo, padecen un deterioro paulatino y constante de su salud.

3.4. En este contexto, se hace palmaria la difícil situación por la que atraviesa el accionante, por lo que a la luz de los postulados constitucionales se evidencia una ausencia de idoneidad y eficacia de los otros medios para garantizar el ejercicio de sus derechos constitucionales, además de que debe garantizarse su acceso a la justicia en condiciones dignas.

4. Protección S.A. vulneró los derechos fundamentales de Juan al negarle el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes sin justificar qué elementos llevaban a esa determinación, y exigirle un trámite no consagrado en las normas para su otorgamiento

En este apartado la Sala Primera de Revisión concluirá que Protección S.A. vulneró el debido proceso administrativo y el mínimo vital del accionante. Dicha violación se concretó (i) al negarle el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes indicándole que los elementos aportados para demostrar la unión marital no eran suficientes, sin explicarle qué pruebas llevaron a esa determinación ni por qué. Y además, (ii) al exigirle demostrar la calidad de compañero permanente mediante una declaración judicial, a pesar de que en la materia opera un régimen de libertad probatoria y (iii) demostró en principio tener derecho a la prestación reclamada.

A continuación, la Sala pasará a explicar las razones que justifican su aserto.

4.1. Protección S.A. resolvió negativamente la situación pensional del accionante sin exponerle los motivos por los que llegó a dicha determinación

4.1.1. El derecho al debido proceso garantiza, entre otros, que las decisiones que definen la suerte de los derechos pensionales sean motivadas. Este deber de motivación, en el contexto de un Estado Social de Derecho, cumple al menos dos (2) fines constitucionalmente relevantes. Por una parte, tiene como propósito evitar posibles arbitrariedades o abusos de autoridad de la entidad que los profiere, en tanto le impone la obligación de resolver situaciones jurídicas con base en argumentos racionales y razonables.[42] De otra parte, asegura que cuando está en discusión la disposición de un derecho, el afectado cuente con todas las condiciones sustanciales y procesales para la defensa de sus intereses, en el evento que requiera controvertir la decisión.[43]

Especial importancia toma la motivación de los actos que definen situaciones jurídicas cuando se pretende impugnarlos o atacarlos. Si un ciudadano se halla inconforme con la manera en que se definió –por ejemplo- su derecho pensional, necesita conocer las razones por las cuales este fue denegado u otorgado de manera diferente a sus expectativas, ya que para ejercer el derecho a la defensa requiere saber a qué argumentos oponerse. Las entidades siempre deben hacer públicas las razones por las cuales adoptan una decisión, pero particularmente tienen esa obligación cuando la decisión va a frustrar un interés de los afiliados, pues, se repite, el derecho a la defensa solo puede efectivizarse si la administración consagra las razones que la conducen a tomar una decisión.

4.1.2. En la sentencia T-108 de 2012,[44] la Sala Primera de Revisión protegió el derecho al debido proceso de una señora que reclamaba la pensión de sobrevivientes, toda vez que el ISS había denegado su reconocimiento mediante un acto indebidamente motivado. La Corte encontró que al tramitarse su solicitud se tomó como único fundamento de la decisión una prueba impertinente, sin explicarse cómo ese elemento conducía a la negativa. Eso constituía entonces una violación al debido proceso y al derecho a la defensa, pues la peticionaria no conocía las razones a las cuales debía oponerse. En palabras de la Corte:

“[...] el ISS tomó en cuenta una prueba que no desvirtuaba la convivencia continua de la peticionaria con el causante durante los años anteriores a su fallecimiento, porque se refería a una época anterior a esa. Y además, el acto contiene una contradicción porque aunque se refiere a esta declaración, también cita declaraciones extrajuicio en las cuales dos (2) personas afirmaron conocer a la accionante, y relataron que aquella vivió con su exesposo, reanudando su vínculo como compañeros permanentes, conviviendo por espacio

de ocho (8) años antes del fallecimiento del pensionado. Sin embargo cuando la entidad resuelve si la peticionaria tiene o no derecho a la pensión, solo se basa en la declaración de mil novecientos noventa y cinco (1995), sin ninguna otra explicación. ¿Cómo podría entonces la ciudadana presentar y sustentar los recursos en contra de esa decisión, si no conoce las razones en que se fundamenta la entidad para resolver negativamente la solicitud? Es claro entonces que en este caso se vulneró el derecho al debido proceso administrativo.”

4.1.3. Así, los actos que definan situaciones jurídicas, especialmente aquellas relacionadas con derechos fundamentales como la seguridad social y el mínimo vital, deben contener las circunstancias de hecho y las razones de derecho que han llevado a su resolución.

4.1.4. En el caso objeto de estudio la Sala no observa el cumplimiento de esta garantía de motivación. A partir de las pruebas obrantes en el expediente, puede entenderse que Protección S.A. se abstuvo de reconocer la prestación reclamada porque carecía “de los suficientes elementos probatorios y de juicio para determinar si [el actor] tiene derecho a la pensión de sobrevivientes”, toda vez que a partir de una investigación efectuada por una entidad asociada no se logró “establecer la real convivencia del señor Juan con el afiliado fallecido”. Y posteriormente, cuando el peticionario reclamó el expediente del trámite pensional para conocer qué elementos conducían a esa conclusión, la demandada respondió que no podía facilitarle dicha información en tanto “[...] constituye reserva bancaria y no todas las personas tienen acceso a ella”. Inclusive una vez iniciado el proceso de tutela, la demandada se abstuvo de explicar las razones que conducían a su decisión.

Como puede verse, la negativa solo estuvo fundamentada en apreciaciones carentes de soporte fáctico. La demandada señaló simplemente que no tenía “suficientes” pruebas para establecer si al actor le asistía el derecho a la pensión de sobrevivientes, pero no explicó por qué las declaraciones y demás elementos aportados al trámite no llevaban a esa convicción. Aunque indicó que una investigación arrojó como resultado que no existía real convivencia con el afiliado fallecido, en ningún momento le enseñaron al peticionario las pruebas practicadas dentro del trámite pensional, ni le mostraron cómo podía arribarse a la conclusión de que no tenía una unión marital de hecho con el causante, o al menos que había una duda razonable de su existencia. Inclusive, en la contestación de la tutela

Protección S.A. omitió explicar las razones por las cuales tomó esa decisión, limitándose a señalar que no se reunían los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes porque “no [se] demostró la calidad de compañero permanente respecto del afiliado Pedro”, como si no versara controversia alguna al respecto.

Contra una decisión de este tipo el accionante no podría presentar y sustentar adecuadamente recurso alguno, pues no conoce las razones por las cuales se concluyó que no existía una unión marital de hecho con el afiliado fallecido, y sus alegaciones versarían solamente sobre argumentos hipotéticos que no se sabe si en realidad fueron planteados o no. Por esto puede afirmarse que al actor le vulneraron el debido proceso en su dimensión del derecho a la defensa, ya que lo hacen ver obligado a impugnar la decisión sin un punto de ataque claro sobre el cual pueda dirigir todos sus argumentos, tanto de hecho como de derecho.

4.1.5. Ahora bien, Protección S.A. excusó la falta de motivación en una supuesta reserva legal que versa sobre los documentos de sus afiliados. Pero la Sala encuentra que ese argumento no es de recibo, por las siguientes razones: Primero, porque la reserva del expediente pensional no puede ser absoluta, y en este caso la procedencia de la misma es debatible en tanto Juan demostró tener, al menos, un interés legítimo en los documentos que reposan en la entidad, como presunto compañero permanente del afiliado fallecido. El solicitante no es cualquier persona, sino alguien que conocía suficientemente al titular de la información bajo reserva (Pedro), y tiene motivos legítimos para saber qué elementos sirvieron de base para definir su derecho a la pensión de sobrevivientes. Y segundo, porque de todas formas al actor le podían justificar la decisión sin necesidad de alterar la reserva. En efecto, si bien Protección S.A. no le podía hacer entrega del expediente del trámite pensional completo, sí estaba en capacidad de elaborar un documento explicativo de las pruebas tenidas en cuenta para resolver su solicitud y de los motivos que racionalmente condujeron a la conclusión de que no podía reconocérsele la pensión de sobrevivientes. Una actuación de ese estilo habría conservado tanto la reserva del expediente pensional como el deber de motivación (así fuera en un acto posterior) que se tiene respecto de los actos que resuelven situaciones jurídicas.

4.1.6. Es dable afirmar entonces que Protección S.A. vulneró el derecho al debido proceso de Juan, en tanto resolvió su solicitud de reconocimiento pensional sin motivación razonable

alguna, que le permitiera ejercer adecuadamente el derecho a la defensa.

4.2. Protección S.A. condicionó el reconocimiento pensional al cumplimiento de un presupuesto que no está consagrado en la normativa vigente, como lo es aportar una sentencia judicial que declare la unión con el causante para demostrar la calidad de beneficiario

Además de lo anterior, la Sala encuentra que en este caso la demandada vulneró el debido proceso del actor al condicionar el reconocimiento pensional a que cumpliera un requisito extralegal: aportar una “sentencia judicial emitida por un juez laboral donde se declare la convivencia con el causante”. El ordenamiento jurídico no exige dicho trámite para acceder a la pensión de sobrevivientes, ni mucho menos para demostrar la calidad de compañero o compañera permanente del causante, pues en la materia rige un sistema de libertad probatoria.

4.2.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que es inconstitucional exigirle a las personas que pretenden el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañeros o compañeras permanentes, que demuestren la unión marital de hecho mediante alguna solemnidad, porque el ordenamiento jurídico no impone un medio único y necesario para demostrar dicha relación. En esta materia rige un sistema de libertad probatoria, por lo que la unión debe acreditarse de conformidad con los hechos que la configuran mediante elementos probatorios legales, conducentes y pertinentes,[45] y sería contrario al debido proceso exigir más de lo que dispone el ordenamiento jurídico.

“[...] la sustitución pensional entre compañeros, no supone sino la prueba de la convivencia efectiva a que ha hecho referencia esta Corporación en varios de sus fallos. Y, como se desprende de lo antes afirmado, la convivencia efectiva bien puede ser demostrada con cualquiera de los medios probatorios contemplados en la ley, como, por ejemplo, las declaraciones de testigos que conozcan sobre el aludido hecho.

[...] [O]bserva la Sala que el Ministerio de Defensa está exigiendo un requisito que no está previsto en norma legal alguna y que, según lo dicho, no puede hoy ser exigible a la luz de claros postulados de la Constitución de 1991, cual es el de presentar una sentencia ejecutoriada para demostrar la calidad de compañera permanente. Esta, en el proceso del que se trata, se encuentra suficientemente acreditada con la prueba documental

contenida en los registros civiles de tres hijos comunes debidamente reconocidos por su padre y además con las declaraciones juramentadas de personas que han conocido de la convivencia.”

Igualmente, en la sentencia T-357 de 2013,[47] la Sala Séptima de Revisión sostuvo que un fondo administrador de pensiones había vulnerado el debido proceso de un señor que reclamaba una pensión de sobrevivientes en calidad de compañero permanente de otra persona del mismo sexo, al condicionar el reconocimiento hasta tanto se aportara “sentencia ejecutoriada de declaración de la unión marital de hecho que demuestre la calidad de compañero permanente con el causante.” En la providencia se explicó que una actuación de esa naturaleza contrariaba la Constitución, porque “[...] tal exigencia no está prevista en la ley para que la pareja, con independencia de su orientación sexual, demuestre la condición de compañero permanente en el trámite de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.”

4.2.2. Cabe precisar que el sistema de libertad probatoria de la unión marital de hecho para efectos de acceder a la pensión de sobrevivientes, se aplica tanto para las parejas compuestas por personas del mismo sexo como aquellas integradas por individuos de diferente sexo. Lo contrario supondría una violación del derecho a la igualdad y la dignidad humana, en tanto no hay alguna razón constitucionalmente válida para distinguir entre una especie de unión con la otra, y crear barreras de acceso al derecho a la seguridad social que resultan discriminatorias. Así lo han reconocido diversas salas de revisión de la Corte al decidir casos en los cuales se exigía la declaratoria de la unión marital de hecho mediante notario o sentencia judicial, para efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes como compañero o compañera permanente de un afiliado del mismo sexo. En la sentencia T-051 de 2010,[48] por ejemplo, la Sala Segunda de Revisión sostuvo que un fondo pensional vulneró los derechos al debido proceso administrativo y la igualdad de varias personas que reclamaban una pensión de sobrevivientes, justamente porque les exigieron demostrar la unión con su pareja del mismo sexo mediante declaración conjunta ante notario, u omitieron aportar una prueba cuyo cumplimiento no es exigido por la legislación vigente. A juicio de la Sala, solicitar el cumplimiento de presupuestos extralegales para acceder a la pensión de sobrevivientes “[...] implica imponerles a las parejas homosexuales una carga desproporcionada y arbitraria que riñe con las previsiones contenidas en el artículo 13 superior y quebranta el derecho a la garantía del debido proceso administrativo establecida

en el artículo 29 de la Constitución Política.” [49]

4.2.3. En este marco jurisprudencial, puede afirmarse que un fondo administrador de pensiones no tiene la facultad de exigir la declaratoria judicial o ante notario de la unión marital de hecho para acceder a la pensión de sobrevivientes como compañera o compañero permanente, con independencia de la orientación sexual de las personas que integran la pareja, so pena de vulnerar el derecho al debido proceso en tanto dicho requisito no está consagrado en la normativa vigente y sobre la materia opera un sistema de libertad probatoria.

4.2.4. Así las cosas, puede asegurarse que Protección S.A. vulneró el derecho al debido proceso de Juan al exigirle aportar una “sentencia judicial emitida por un juez laboral donde se declare la convivencia con el causante”, como presupuesto para demostrar la calidad de beneficiario y reconocerle la pensión de sobrevivientes. Con esa actuación, la demandada limitó injustificadamente la libertad probatoria de que dispone el accionante para demostrar la unión marital de hecho, y en ese sentido fue más allá de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

4.2.5. De conformidad con lo expuesto en párrafos precedentes, la unión marital de hecho puede demostrarse a través de cualquier medio legal, conducente y pertinente, porque ninguna norma establece un mecanismo único para su acreditación. En consecuencia, la Constitución no admite tergiversar la libertad probatoria en este tipo de casos, porque en un Estado de Derecho “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes [...] con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (art. 29, CP), y esto lleva a que la situación pensional de los ciudadanos solo pueda definirse en aplicación de las normas vigentes y las respectivas interpretaciones jurisprudenciales de las autoridades competentes. En eso está fundamentado el principio de legalidad que orienta toda actividad administrativa, el cual protege a los asociados de decisiones arbitrarias que se apartan de la voluntad del constituyente primario y del legislador democráticamente elegido.

4.2.6. Pero además, esta actuación desconoce la esencia misma de la unión marital de hecho y la libre determinación del actor. La unión marital se rige fundamentalmente por los principios de informalidad y prevalencia de la realidad sobre las formas, en tanto la relación emerge y produce efectos jurídicos con la sola voluntad de las personas de construir un

proyecto de vida común, sin la necesidad de solemnizar y oponer la convivencia ante la sociedad. Su “esencia es producir efectos jurídicos antes de ser certificada probatoriamente”.^[50] En este sentido, es contrario a la naturaleza misma de la institución exigir una declaración judicial de la unión para acceder a la pensión de sobrevivientes, o para demostrar la convivencia. Igualmente, eso interfiere en la capacidad de autodeterminación de las personas, en tanto supedita los efectos jurídicos de la unión marital al adelantamiento de trámites formales que suponen hacer pública la voluntad de convivencia con otra persona del mismo sexo.

4.2.7. Ahora bien, la demandada podría alegar que lo que hizo fue actuar de conformidad con el artículo 6º de la Ley 1204 de 2008,^[51] según el cual cuando se presenta una controversia entre dos (2) personas, porque ambas aducen tener un mejor derecho a la pensión de sobrevivientes, los fondos administradores deben suspender la decisión respectiva hasta tanto un juez competente decida el asunto. No obstante, ese argumento no es de recibo. Primero, porque la norma consagra esa posibilidad cuando está en disputa una pensión entre cónyuges y compañeros(as) permanentes, o entre hijos, pero no en la hipótesis examinada en esta oportunidad: la pensión la reclaman el compañero permanente y el hijo del causante. Y segundo, porque en este caso Protección S.A. señaló simplemente que no contaba con suficientes elementos probatorios para determinar que el actor tenía derecho a la pensión, pero no explicó cómo ni por qué llegó a esa determinación. No puede negarse un reconocimiento pensional alegando la existencia de una controversia, cuando la misma no está demostrada suficientemente ni fundamentada en las normas vigentes.

4.2.8. La situación pensional del actor se definió entonces de manera arbitraria, con base en interpretaciones particulares de Protección S.A. respecto del régimen probatorio de la unión, que en nada consultan la normativa y la jurisprudencia vigentes, ni respetan la esencia de la unión marital de hecho y la autonomía del actor. Por esta razón, la Sala estima que se vulneró el debido proceso administrativo.

4.3. Se vulneró también el mínimo vital del accionante, toda vez que de manera injustificada se le privó de una pensión a la cual en principio tiene derecho

Al proceso se aportaron elementos probatorios suficientes para demostrar que en principio el accionante reúne los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, y que sin

ésta su mínimo existencial queda en grave riesgo de ser vulnerado.

4.3.1. En efecto, los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, disponen que a) la compañera o compañero permanente del afiliado podrá ser beneficiario de la pensión vitalicia de sobrevivientes, si b) tenía más de treinta (30) años al momento del fallecimiento del causante, y si c) este último cotizó más de cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la muerte.[52] En el expediente está acreditado que Juan tenía más de treinta (30) años de edad al momento de la muerte de Pedro,[53] y además, que el afiliado cotizó más de cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores al fallecimiento.[54] La única duda que persiste es si el actor tenía la calidad de compañero permanente del causante.

4.3.2. En relación con la existencia de la unión marital de hecho entre Pedro y Juan, en el expediente obran las siguientes pruebas: (i) dos (2) declaraciones del accionante realizadas bajo la gravedad de juramento, en las cuales informa de la vida en relación con el causante y la forma en que la misma se desarrolló durante ocho (8) años;[55] (ii) dos (2) declaraciones juramentadas ante notario de personas cercanas a la pareja, que manifestaron conocer de la unión marital de hecho; [56] (iii) una declaración del hijo del causante, señalando que el tutelante tenía una relación con su padre hacía seis (6) años, y los últimos seis (6) meses de vida convivieron en el mismo apartamento “en habitaciones separadas”;[57] (iv) registro fotográfico de Pedro con el actor;[58] (v) un informe de que los servicios funerarios del causante fueron solicitados por él;[59] y (vi) un certificado del Notario Único de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, que indica que el registro civil de nacimiento del causante se solicitó el quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009) -11 días antes del fallecimiento- “para matrimonio a solicitud del interesado”. [60]

4.3.3. Con base en este acervo probatorio, la Sala observa que en principio existió la unión marital de hecho en cuestión. De las declaraciones extrajudiciales del peticionario y las dos (2) personas allegadas que conocían la pareja, realizadas bajo la gravedad de juramento ante notario, se puede apreciar directamente que hubo una convivencia de ocho (8) años entre Juan y Pedro, comprendidos entre finales del año dos mil uno (2001) y el veintiséis (26) de diciembre de dos mil nueve (2009), cuando este último falleció. La declaración del hijo del causante corrobora lo anterior, pues a partir de la misma se puede colegir que la relación perduró hasta los últimos días de vida de Pedro, a quien le brindaba lo necesario

para el debido tratamiento de su enfermedad. En el registro fotográfico obrante en el expediente, se puede observar que el actor y el causante estuvieron juntos en diferentes momentos de la vida marital. Y él aportó un certificado de la Notaría Única de Santa Rosa de Cabal, en el cual se constata que Pedro solicitó su registro de nacimiento para efectos de matrimonio antes de fallecer.

4.3.4. No se pierde de vista que el hijo del causante también adjuntó pruebas tendientes a demostrar la inexistencia de la unión. Pero, la Sala considera que las mismas no tienen prima facie la virtualidad de afectar la versión del accionante. Ciertamente, el joven Esteban asegura que no existió la mencionada unión porque si bien conocía que ambos eran homosexuales y tenían una amistad “desde hacía aproximadamente seis (6) años”, el petitionario solo convivió con su padre los últimos seis (6) meses de vida “en habitaciones separadas”, y su intención fue dejar todas sus pertenencias a sus hijos y su madre. Como sustento de su dicho adjuntó (i) dos (2) declaraciones extrajudiciales de la madre y el hermano del causante que dan cuenta de su afirmación,[61] y (ii) un certificado de la aseguradora AON S.A. en la cual informan del desembolso de un seguro de vida a la madre y los dos (2) hijos del causante.[62]

4.3.5. Como se puede observar, el hijo del causante acepta que este convivió con el señor Juan , al menos, durante los últimos seis (6) meses de vida, y eso corrobora la existencia de la unión marital de hecho en tanto demuestra que inclusive una persona que tiene intereses en contrario, admite que ellos vivían en el mismo hogar. La circunstancia de estar en habitaciones separadas es comprensible, si se tiene presente que Pedro estaba gravemente enfermo y podría requerir unas condiciones específicas de asepsia que restringían un espacio compartido.[63]

4.3.6. Con base en lo anterior, puede decirse que el accionante tiene en principio derecho a la pensión de sobrevivientes, y que al negársela injustificadamente, Protección S.A. comprometió el goce efectivo de sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital. La ausencia de la prestación lo tiene sumido en un estado de precariedad económica, soportada en el hecho de que es portador del virus del VIH positivo y tiene dificultades para procurarse ingresos regulares, que permitan asegurarle una vida en condiciones mínimas de dignidad, viéndose obligado injustificadamente a destinar sus pocos recursos para el tratamiento de sus afecciones, en perjuicio de sus necesidades más básicas de

alimentación, vestido y vivienda. A lo anterior se suma la afectación del mínimo vital de su madre, quien afirma no tener fuentes de ingresos regulares y depender económicamente de él.[64]

5. Verificada la vulneración de los derechos en un caso como este, la Sala debe establecer el remedio constitucional que mejor garantice su goce efectivo

5.1. Lo expuesto es suficiente para declarar que Protección S.A. violó los derechos fundamentales de Juan, y ordenarle simplemente que emita un nuevo acto subsanando los errores de indebida motivación y exigencia de presupuestos extralegales. Sin embargo, una orden de ese estilo no garantizaría el goce efectivo del mínimo vital del actor, en tanto aceptaría la definición de su situación pensional en cualquier sentido, como si el resultado fuera el mismo si decidiera negarle el beneficio. En este caso no puede aceptarse dicha solución, porque, como se explicó en los apartes tercero y cuarto de esta sentencia, (i) la acción de tutela es procedente para reclamar la pensión de sobrevivientes, y (ii) al proceso se aportaron elementos probatorios suficientes para demostrar que en principio el accionante reúne los requisitos para acceder a ese beneficio pensional. Por tanto, es preciso ordenar a Protección S.A. que emita un nuevo acto reconociendo la pensión reclamada.

5.2. Esto no significa que la Sala vaya a otorgar definitivamente dicha prestación. Eso no sería razonable por los siguientes motivos. Primero, porque la porción que le corresponde al actor está en disputa con otra persona (Esteban el hijo del causante); y segundo, en casos en los cuales existe una pensión de sobrevivientes en disputa, la Corte ha sido cautelosa y ha decidido reconocer transitoriamente la pensión de sobrevivientes, hasta tanto un juez ordinario se pronuncie definitivamente sobre el conflicto.[65]

5.3. La Sala advierte que la carga de acudir a la jurisdicción ordinaria como consecuencia del amparo transitorio no debe estar en cabeza de Juan, sino que debe ser responsabilidad de aquella persona interesada en impugnar el derecho que se le está otorgando en esta providencia. Esto es así, porque el actor se halla en situación de debilidad manifiesta en tanto es portador del virus del VIH y, como se explicó en el apartado relativo a la procedibilidad de la tutela presentada por el accionante, acudir a la jurisdicción ordinaria para la defensa de los intereses resulta desproporcionado, dada su situación de salud. Más aún, si se tiene presente que, como lo manifiesta en el escrito de tutela, atraviesa una

situación económica difícil debido a la desventaja que tiene para participar en el mercado laboral, y acudir a la justicia supondría realizar erogaciones de abogado y trámites que se harían en perjuicio del cubrimiento de sus necesidades más básicas.

Además, esta carga bien puede trasladarse al joven Esteban y su hermano Camilo, ya que ambos son mayores de edad y cuentan con el apoyo y la colaboración de su abuela y su tío.[66] De las pruebas obrantes en el expediente no puede apreciarse que sean sujetos de especial protección constitucional o estén en circunstancias de debilidad manifiesta.

En caso de que los interesados en impugnar el derecho a la pensión de Juan, especialmente los hijos del actor, no cumplan con la carga de acudir ante la justicia ordinaria en un término máximo de cuatro (4) meses, contados desde el momento en que se les notifique la presente providencia, la decisión se tornará definitiva.[67]

6. Conclusión, decisión y órdenes[68]

6.1. Protección S.A. vulneró el debido proceso administrativo y el mínimo vital de Juan porque lo privó injustificadamente de la pensión de sobrevivientes, (i) incumpliendo con el deber de motivación de los actos que resuelven situaciones jurídicas de los ciudadanos, al no explicarle qué pruebas llevaron a esa determinación ni por qué; y (ii) limitar la libertad probatoria de la unión marital para efectos pensionales, condicionando el otorgamiento de la prestación a un trámite que no está dispuesto en el ordenamiento jurídico, como lo es que una autoridad judicial declare la calidad de compañero permanente. Así, para enervar la vulneración, (iii) la Sala estima necesario que la demandada profiera transitoriamente un nuevo acto reconociendo la pensión, pues la tutela es procedente transitoriamente y el actor demostró que en principio tenía derecho a ella.

6.2. En consecuencia, la Sala Primera de Revisión revocará la sentencia del veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, que confirmó el fallo del catorce (14) de agosto de dos mil trece (2013) emitido por el Juzgado Setenta y Siete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el cual declaró improcedente la acción de tutela presentada por Juan por considerar que no cumplía con el presupuesto de subsidiariedad. En su lugar, concederá el amparo transitorio de los derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital del accionante.

6.3. Así, se ordenará a Protección S.A. que, en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, le reconozca y pague transitoriamente a Juan la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañero permanente de Pedro. En caso de que las personas interesadas en impugnar el derecho a la pensión del actor no presenten las acciones ordinarias correspondientes, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, la decisión se tornará definitiva.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia del veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, que confirmó el fallo del catorce (14) de agosto de dos mil trece (2013) emitido por el Juzgado Setenta y Siete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el cual declaró improcedente la acción de tutela presentada por Juan por considerar que no cumplía con el presupuesto de subsidiariedad. En su lugar, CONCEDER transitoriamente el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y al mínimo vital del accionante.

Segundo.- ORDENAR a Protección S.A. que, en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, le reconozca y pague a Juan la pensión de sobrevivientes en un cincuenta por ciento (50%), en calidad de compañero permanente de Pedro. Se advierte que caso de que las personas interesadas en impugnar el derecho a la pensión del actor no presenten las acciones ordinarias correspondientes, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia, la decisión contenida en esta providencia se tornará definitiva.

Tercero.- Por Secretaría General de la Corte, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y

cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Historia Clínica de Juan elaborada por Salud Total EPS, en la cual consta que el actor padece una “enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana (VIH)” (folio 54 del cuaderno principal). En adelante, siempre que se haga mención a un folio del expediente, se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[2] Cédula de Ciudadanía de Juan, en la que se puede constatar que nació el dieciocho (18) de mayo de mil novecientos setenta y nueve (1979), (folio 37).

[3] Registro Civil de Defunción de Pedro. Allí se puede leer que éste falleció el veintiséis (26) de diciembre de dos mil nueve (2009), en la ciudad de Bogotá D.C. (Folio 39). Así mismo, obra una Historia Clínica elaborada por la tripulación de la ambulancia que lo atendió el día del fallecimiento, y allí se puede constatar que efectivamente murió el veintiséis (26) de diciembre de dos mil nueve (2009), y que al igual que el actor, Pedro tenía antecedentes de VIH positivo, (folio 42).

[4] Declaración extraprocesal realizada por Juan en la Notaría 30 de Bogotá D.C., el cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010), en la que manifiesta bajo la gravedad de juramento que “convivía con el señor Pedro [...] en forma permanente, estable e ininterrumpida, desde

[...] el mes de noviembre de 2001, hasta el día de su fallecimiento ocurrido el 26 de diciembre de 2009.” Y que además tenía “exclusiva dedicación al hogar, dependía económicamente, en forma total, de [su] compañero Pedro.” (folio 32).

[5] Declaración extrajudicial realizada por Carlos Alberto Sánchez Castaño en la Notaría 49 de Bogotá D.C. el cinco (5) de febrero de dos mil diez (2010), en la cual manifiesta bajo la gravedad de juramento que “(...) conozco de vista, trato y comunicación desde hace ocho (8) años a los señores Pedro y Juan, [...] razón por la cual sé y me consta que convivieron en unión marital de hecho, desde hace ocho (8) años, conviviendo juntos bajo el mismo techo.” (folio 33). Igualmente, obra en el expediente una declaración efectuada Edwin Armando Escobar Suaza en la Notaría 15 de Bogotá D.C. el catorce (14) de mayo de dos mil trece (2013), indicando bajo la gravedad de juramento lo siguiente: “[...] conozco de vista, trato y comunicación desde hace veinticuatro (24) años al señor Juan, [...] por tal conocimiento sé y me consta que durante ocho (8) años convivió en unión marital de hecho de manera ininterrumpida con el señor Pedro, [...] hasta el 26 de diciembre de 2009, fecha del fallecimiento de Pedro.” (folio 34).

[6] Fotografías en las cuales se pueden observar juntos a los señores Pedro y Juan (folios 114 y 115), cotejadas con las fotografías que obran en las respectivas cédulas de ciudadanía. (folios 37 y 38).

[7] Certificado de Servicios Funerarios emitido por la Funeraria los Olivos, en la cual consta que Juan se encargó de solicitar tales servicios ante la muerte de Pedro (folio 41).

[8] En ese certificado se estipula que el quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009) se acudió a la Notaría Única de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, para extraer una copia autenticada del Registro Civil de Nacimiento de Pedro “para matrimonio a solicitud del interesado” (folios 39 y 40).

[9] El accionante señala que a su caso se aplica la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, la cual dispone en el artículo 46 que “[t]endrán derecho a la pensión de sobrevivientes: [...] 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento”, y en su artículo 47, que “son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o

compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.”

[10] Según informa el Fondo de Pensiones y Cesantías ING (que luego pasó a ser Protección S.A.), Pedro cotizó ininterrumpidamente ochocientas veintinueve (829) semanas antes de su muerte. Inclusive, como se verá más adelante, dichos aportes sirvieron de base para reconocer a favor de sus dos hijos el 50% de la pensión de sobrevivientes, lo que demuestra que el requisito de haber cotizado cincuenta (50) semanas antes del fallecimiento se halla plenamente satisfecho, y sobre el cumplimiento del mismo no versa discusión alguna, (folios 22 al 24).

[11] Ciertamente, para el momento del fallecimiento de Pedro el accionante tenía treinta (30) años y siete (7) meses de edad cumplidos, según se puede verificar con el registro civil de defunción del primero (folio 39) y la cédula de ciudadanía del segundo (folio 37).

[12] Camilo nació el treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995) y tiene dieciocho (18) años de edad, y Esteban nació el catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) y cuenta con diecinueve (19) años de edad (folio 53).

[13] Comunicación del Banco Popular dirigida al accionante, mediante la cual le informa que el 50% que le correspondería como mesada de pensión de sobrevivientes “ha sido consignada a través de un depositado judicial en el Banco Agrario, con el fin de que sea un juez quien defina a qui[é]n debe ser entregado este valor y decida judicialmente la viabilidad o de la unión patrimonial de hecho” (folio 31).

[14] Folio 56 del cuaderno de revisión.

[15] *Ibíd.*

[16] *Ibíd.*

[17] Folio 14.

[18] Respuesta al derecho de petición elaborada por Protección S.A. el tres (3) de abril de dos mil trece (2013) (folios 15 y 16).

[19] Ley 1328 de 2009, “por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”, artículo 7º, literal i): “[l]as entidades vigiladas [por la Superintendencia Financiera] tendrán las siguientes obligaciones especiales: || i) Guardar la reserva de la información suministrada por el consumidor financiero y que tenga carácter de reservada en los términos establecidos en las normas correspondientes, sin perjuicio de su suministro a las autoridades competentes.”

[20] Para soportar su afirmación, el accionante citó en su escrito de tutela las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-336 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández, SPV. Jaime Araújo Rentería) y T-051 de 2010 (MP. Mauricio González Cuervo, SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En su concepto, dichas providencias contienen una regla según la cual las parejas del mismo sexo tienen libertad probatoria para demostrar la unión marital de hecho, para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañero o compañera permanente.

[21] Declaración extrajudicial prestada por la madre del actor, la señora Mariana, en la cual manifiesta bajo la gravedad de juramento lo siguiente: “actualmente [11 de marzo de 2013] no me encuentro laborando, no recibo ingresos por parte de ninguna entidad pública ni privada, no recibo pensión por lo tanto dependo económicamente de mi hijo Juan, [...] quien me sostiene con un ingreso mensual equivalente a \$170.000. Dentro de mi matrimonio procreé 5 hijos ya mayores de edad, pero el único [del] que recibo ayuda y apoyo tanto económico como moral es de mi hijo ya mencionado” (folio 45).

[22] Cédula de Ciudadanía de Mariana, en la cual se puede observar que nació el quince (15) de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) (folio 23 del cuaderno de revisión).

[23] Al respecto manifestó lo siguiente: “[...] El Sr. Juan no tiene derecho a la pensión de mi padre, [porque] 1) él nunca fue compañero permanente de mi padre, ambos eran homosexuales pero fueron amigos ya que no vivieron juntos. Vivían en la misma casa pero en diferente habitación. 2) El Sr. Juan solo vivió los últimos seis (6) meses con mi padre en la misma casa, mi padre antes de eso vivió otros seis (6) solo en esa habitación.” (folio 54 del cuaderno de revisión). Para soportar esta afirmación, el joven aportó una declaración de la madre del causante, Fabiola Torres Flórez realizada ante la empresa que supuestamente

efectuó la 'investigación' para determinar si el actor tenía la calidad de compañero permanente. Allí se dijo lo siguiente: "[...] [mi hijo] convivió bajo el mismo techo pero en cuartos separados, con el señor Juan [...] desde hacía 6 meses hasta el día de su fallecimiento. Igualmente, al señor Juan lo distinguimos como amigo del señor Pedro desde hacía aproximadamente 6 años, más nunca supimos ni nos dimos cuenta que hubiesen convivido como pareja en unión marital de hecho, pese a que conocimos de la condición de homosexualismo por parte de ellos dos" (folio 63 del cuaderno de revisión). Igualmente, adjuntó una declaración juramentada extrajuicio realizada nuevamente por la madre del causante, en la cual asegura que "Pedro inicialmente vivía solo en la casa de la familia, donde residía, y seis (6) meses antes de fallecer el señor Juan llegó a dicha residencia a vivir, cada uno en cuartos separados" (folio 65 del cuaderno de revisión).

[24] Certificado de asignación del seguro de vida de AON S.A. a la madre y los hijos del causante (folios 61 y 62 del cuaderno principal).

[25] Esteban asegura que a su hermano, Camilo, le fue suprimido el 25% correspondiente a la pensión de sobrevivientes por cuanto abandonó sus estudios, y de conformidad con el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, los hijos mayores de dieciocho (18) años tienen derecho a la pensión de sobrevivientes hasta los 25 años, "siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes."

[26] El actor manifiesta que conoció a Pedro en el año dos mil uno (2001), y que luego en el año dos mil dos (2002) se "[fueron] a vivir juntos como pareja [...] [en] un apartamento pequeño en un barrio de Manizales que se llama San Joaquin". Posteriormente, señala que en febrero el año dos mil tres (2003) se separaron por un lapso de dos (2) meses, debido a que el accionante tenía "posibilidades de trabajo en Bogotá", y que luego Pedro se le unió en la Capital, por lo que volvieron a vivir juntos "en un cuarto que yo [Juan] tenía alquilado en la tercera con 68. De ahí nos mudamos con dos amigos [...] a las Américas con 68. Convivimos un tiempo con ellos, hasta que tomamos la decisión de que necesitábamos nuestro espacio como pareja solos y alquilamos un apartamento en el barrio Marsella. Sin embargo, nos cambiamos de apartamento al barrio Salazar Gómez ya que nos quedaba a tres cuerdas de nuestro trabajo." Afirma que en el año dos mil cinco (2005) se mudaron para "la casa de la tía de Alex", en la cual convivieron juntos por dos (2) años. Luego se fueron "a vivir a un apartamento en ciudad Roma con Jacqueline Bedoya en el 2007, [...] y

en el 2008 nos fuimos a vivir los dos solos a un apartamento en Fontibón” (folios 41 al 48 del cuaderno de revisión).

[27] Al respecto, basta informar que el actor y el causante tuvieron que convivir por un tiempo sin informarle de la relación a sus respectivas familias, porque previamente les habían reprochado su orientación sexual. Así mismo, en el trabajo fueron obligados a ocultar su relación sentimental (folios 41 al 48 del cuaderno de revisión).

[28] Sobre este punto, el accionante manifiesta lo siguiente: “[a vísperas del fallecimiento, Pedro] me dijo que quería que hiciéramos la unión marital para protegerme de lo que pudiera hacer su familia, pero nunca al final lo hicimos. Antes lo habíamos hablado, pero honestamente no habíamos visto la necesidad de hacerla. De hecho alcanzamos a pedir el registro civil para matrimonio el 15 de diciembre. [...] Él me había expresado que quería que declaráramos la unión marital en enero cuando estuviéramos en Manizales, pero debido a que murió no pudimos hacerlo. También me dijo que antes de morir que las cosas de la casa no las dejara tocar por nadie porque esas cosas eran mías” (folios 41 al 48 del cuaderno de revisión).

[29] (Folio 50 del cuaderno de revisión).

[30] La intervención estuvo a cargo de las ciudadanas Andrea Parra Fonseca, María José Montoya Lara, Ana Lucía Forero González e Isabel Mejía Llano, quienes hacen parte del programa PAIS de la Universidad de los Andes.

[31] Sobre las barreras que deben sortear las parejas del mismo sexo en Colombia para acceder a la pensión de sobrevivientes, el PAIS citó la siguiente publicación: “¿Sentencias de Papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia”. Dirigido por César Rodríguez Garavito y Mauricio Albarracín Caballero. Universidad de los Andes, Bogotá D.C., 2011. El texto está disponible en el siguiente enlace de Internet: http://www.justiciaglobal.net/files/publicacion_archivo_6.pdf (abril de 2014).

[32] MP. Clara Inés Vargas Hernández, SPV. Jaime Araújo Rentería.

[34] MP. Mauricio González Cuervo, SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[35] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[36] Cita textual de la sentencia T-860 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto): “Ver las sentencias T-401 de 2004, T-971 de 2005, T-836 de 2006, T-692 de 2006, T-129 de 2007, T-236 de 2007 y T-593 de 2007, entre otras.”

[37] Cita textual de la sentencia T-860 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto): “Ver las sentencias T-021 de 2010 y T-592 de 2010.”

[38] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[39] Ob, cit. MP. Mauricio González Cuervo.

[40] MP. Mauricio González Cuervo.

[41] El accionante allegó al proceso de tutela diferentes elementos probatorios que dan cuenta de su deterioro en salud. En la historia clínica se informa que es portador del VIH aproximadamente desde el año dos mil cuatro (2004), por lo que lleva cerca de diez (10) años en tratamiento continuo para el control del virus, (folio 50). Durante ese lapso ha tenido diversos controles con especialistas, y en el más reciente se puede observar que la carga viral con respecto al último examen varió en “log 2.98”, lo que significa un aumento en el nivel del virus en la sangre (folio 40 del cuaderno de revisión). Así mismo, el actor indica que ha sido incapacitado en reiteradas oportunidades, lo cual no solo demuestra que su enfermedad se constituye en un obstáculo para trabajar, sino también que desmejora con el paso del tiempo (al respecto, ver folios 56, 57, 161 y 162).

[42] Corte Constitucional, sentencia T-108 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa). En esa providencia, la Sala Primera de Revisión amparó el derecho al debido proceso de una persona a la cual le negaron la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante, porque la negativa se basó únicamente en la valoración de una prueba impertinente, “sin ninguna otra explicación.” A juicio de la Corte, las decisiones administrativas que resuelvan derechos pensionales deben ser racionales y razonables, en los siguientes términos: “[e]n sus decisiones, la administración debe atender a criterios de racionalidad y de razonabilidad. La racionalidad hace referencia a que sus acciones sean susceptibles de ser fundadas en razones que lógicamente y empíricamente puedan ser constatadas o controvertidas; las razones han de responder, al menos, a una lógica instrumental, en la cual se justifique las acciones adoptadas como medios para alcanzar los

finés socialmente propuestos. En cuanto a la razonabilidad, las decisiones de la administración no pueden encontrar solo justificaciones racionales, desde un punto de vista lógico o técnico, sino también, desde un punto de vista ético. Es decir, no solamente se ha de justificar la decisión a la luz de una razón instrumental, sino también a la luz de una razón ponderada, con la cual no se sacrifiquen valores constitucionales significativos e importantes, por proteger con mayor empeño otros de menor valía. Por lo tanto, con la racionalidad se busca evitar conclusiones y posiciones absurdas, en tanto con la razonabilidad se busca evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden ser lógicas, no son adecuadas a la luz de esos valores constitucionales.”

[43] Respecto del deber de motivación de los actos que resuelven situaciones jurídicas, puede observarse, entre otras, la sentencia de la Corte Constitucional SU-250 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero). Allí, la Sala Plena de la Corte amparó el debido proceso de una mujer que alegó la desvinculación irregular de su cargo, porque el acto administrativo no estaba debidamente motivado y eso le impidió ejercer los recursos legales para impugnarlo. En esa providencia se indicó que el deber de motivación garantiza, al menos, que los ciudadanos tengan el convencimiento de que la decisión no corresponde a una actuación arbitraria y está apegada al ordenamiento jurídico vigente, y además que se tiene la posibilidad de ejercer recursos para controvertirla, si así lo considera el interesado.

[44] Ibíd. MP. María Victoria Calle Correa.

[45] Al respecto pueden observarse, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-122 de 2000 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), T-051 de 2010 (MP. Mauricio González Cuervo), T-592 de 2010 (MP. Mauricio González Cuervo), T-921 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), T-716 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-357 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En todas ellas las respectivas salas de revisión señalaron que, para efectos de reclamar la pensión de sobrevivientes en calidad de compañeros o compañeras permanentes, la unión marital de hecho puede demostrarse a través de cualquier medio probatorio legal, pertinente y conducente, por lo que sería inconstitucional limitar su acreditación a alguna solemnidad, tipo declaración judicial o exteriorización de la voluntad de la pareja ante notario de vivir en comunidad.

[46] MP. José Gregorio Hernández.

[47] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[48] MP. Mauricio González Cuervo.

[49] La misma interpretación se estableció por otras salas de revisión de la Corte, en las sentencias T-592 de 2010 (MP. Mauricio González Cuervo), T-346 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa), T-716 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-860 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), y T-357 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en las cuales se sostuvo que es inconstitucional limitar la libertad probatoria de la unión marital a las parejas del mismo sexo, para efectos de obtener la pensión de sobrevivientes.

[50] Así lo estableció la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional en la sentencia T-860 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), cuando al resolver un caso similar al examinado en esta oportunidad, sostuvo que a las compañeras o compañeros permanentes del afiliado fallecido no le podían limitar la libertad probatoria para acceder a la pensión de sobrevivientes, porque eso iba en contra de la esencia misma de la figura de la unión marital de hecho. Allí se explicó en la parte motiva que “[...] la esencia de la categoría jurídica del compañero(a) permanente, así como la naturaleza de la figura de la unión marital, supone justamente la posibilidad de generar derechos y obligaciones propias de los cónyuges al margen del adelantamiento de las formalidades propias del matrimonio. La unión marital es una institución jurídica que cobra sentido en nuestro ordenamiento porque pretende funcionar la mayoría de las veces a prevención. Esto es, sólo cuando se quiere solicitar la adjudicación de consecuencias jurídicas propias de los compañeros resulta relevante probar su existencia; por lo cual su esencia es producir efectos jurídicos antes de ser certificada probatoriamente. Si no fuera de esta manera, sería idéntica a la figura del matrimonio, que solo produce efectos a partir de su celebración formal y, dicha formalidad es precisamente la prueba de su existencia. En este orden, si los criterios jurisprudenciales expuestos se interpretan de la manera descrita, querría decir que se desconoce la posibilidad inherente a la figura de la unión marital, cual es que antes de acreditar jurídicamente la condición de compañero, tal condición existe y produce efectos para el derecho.”

[51] Ley 1204 de 2008, por la cual se modifican algunos artículos de la Ley 44 de 1980 y se impone una sanción por su incumplimiento, artículo 6º: “[d]efinición del derecho a

sustitución pensional en caso de controversia. En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera: || Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto. || Si la controversia radica entre hijos y no existiere cónyuge o compañero (a) permanente que reclame la pensión, el 100% de la pensión se repartirá en iguales partes entre el total de hijos reclamantes, pero solo se ordenará pagar las cuotas que no estuvieran en conflicto, en espera a que la jurisdicción decida. Si existe cónyuge o compañero (a) permanente se asignará el 50% a este o estas(os) y sobre el 50% correspondiente a los hijos se procederá como se dispuso precedentemente.”

[52] Cabe precisar que a las compañeras o los compañeros permanentes del afiliado fallecido no se les exige un tiempo de convivencia mínima para acceder a la pensión de sobrevivientes. Ese presupuesto solo aplica en caso de muerte del pensionado, según lo dispuesto en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, así: “[...] [e]n caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”. Esa interpretación la corroboró la Corte en la sentencia C-1094 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño, unánime), al declarar exequible esta norma que consagra el requisito de convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes, precisamente porque “[...] la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes” (subrayado fuera del texto).

[53] Ciertamente, para el momento del fallecimiento de Pedro el accionante tenía treinta (30) años y siete (7) meses de edad cumplidos, según se puede contrastar entre el Registro de Defunción del primero (folio 39) y la cédula del segundo (folio 37).

[54] Según informa el Fondo de Pensiones y Cesantías ING (que luego pasó a ser Protección S.A.), Pedro cotizó ininterrumpidamente ochocientas veintinueve (829) semanas antes de su muerte. Inclusive, como se verá más adelante, dichos aportes sirvieron de base para reconocer a favor de sus dos hijos el 50% de la pensión de sobrevivientes, lo que demuestra que el requisito de haber cotizado cincuenta (50) semanas antes del fallecimiento se halla plenamente satisfecho, y sobre el cumplimiento del mismo no versa discusión alguna, (folios 22 al 24).

[55] Folio 41 del cuaderno de revisión.

[56] Declaración extrajudicial realizada por Carlos Alberto Sánchez Castaño en la Notaría 49 de Bogotá D.C. el cinco (5) de febrero de dos mil diez (2010), en la cual manifiesta bajo la gravedad de juramento que “(...) conozco de vista, trato y comunicación desde hace ocho (8) años a los señores Pedro y Juan, [...] razón por la cual sé y me consta que convivieron en unión marital de hecho, desde hace ocho (8) años, conviviendo juntos bajo el mismo techo.” (folio 33). Igualmente, obra en el expediente una declaración efectuada Edwin Armando Escobar Suaza en la Notaría 15 de Bogotá D.C. el catorce (14) de mayo de dos mil trece (2013), indicando bajo la gravedad de juramento lo siguiente: “[...] conozco de vista, trato y comunicación desde hace veinticuatro (24) años al señor Juan, [...] por tal conocimiento sé y me consta que durante ocho (8) años convivió en unión marital de hecho de manera ininterrumpida con el señor Pedro, [...] hasta el 26 de diciembre de 2009, fecha del fallecimiento de Pedro.” (folio 34).

[57] Folio 54 del cuaderno de revisión.

[58] Fotografías en las cuales se pueden observar juntos a los señores Pedro y Juan (folios 114 y 115), cotejados con las fotografías que obran en las respectivas cédulas de ciudadanía (folios 37 y 38). El accionante asegura que una de esas fotos corresponde a un recuerdo del tercer aniversario como pareja (folio 34 del cuaderno de revisión).

[59] Certificado de Servicios Funerarios emitido por la Funeraria los Olivos, en la cual consta

que Juan se encargó de solicitar tales servicios ante la muerte de Pedro. (Folio 41).

[61] Folio 63 del cuaderno de revisión.

[62] Folio 62 del cuaderno de revisión.

[63] Al respecto se puede observar, entre otras, la sentencia T-787 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández). En esa oportunidad la Sala Novena de Revisión estudió una acción de tutela interpuesta contra ISS, por haber proferido una resolución que negaba el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge de uno de sus afiliados, argumentando que no acreditó haber convivido con el causante hasta el momento de su muerte, pues los meses inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado no habitaron bajo el mismo techo. La Corte resolvió tutelar transitoriamente los derechos de la accionante y ordenó al ISS que reconociera la pensión de sobrevivientes, pues interpretó que en ese caso no hubo interrupción de la convivencia entre los cónyuges a pesar de que no hubieran habitado bajo el mismo techo hasta la muerte del pensionado, ya que dentro del proceso se acreditó que la cónyuge supérstite dependía económicamente de aquel y no se vislumbró el propósito de la accionante de obtener el reconocimiento de la prestación de manera fraudulenta. De igual forma, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, manifestó en la sentencia No. 34415 del 1º de diciembre de 2009, que “[...] la convivencia entre los cónyuges no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros.” En esa oportunidad se casó la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y se reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes de la compañera permanente del causante, al considerarse que “[...] si bien durante los últimos meses no vivieron bajo el mismo techo, en momento alguno dejaron de ser pareja, bajo el entendido de la conformación del núcleo familiar”. En el mismo sentido pueden observarse, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral: la No. 31921 del 22 de julio de 2008 (MP. Gustavo José Gnecco Mendoza); y la No. 34466 del 15 de octubre de 2008 (MP. Luis Javier Osorio López).

[64] Declaración extrajudicial prestada por la madre del actor, la señora Mariana, en la cual manifiesta bajo la gravedad de juramento lo siguiente: “actualmente [11 de marzo de 2013]

no me encuentro laborando, no recibo ingresos por parte de ninguna entidad pública ni privada, no recibo pensión por lo tanto dependo económicamente de mi hijo JUAN, [...] quien me sostiene con un ingreso mensual equivalente a \$170.000. Dentro de mi matrimonio procreé 5 hijos ya mayores de edad, pero el único [del] que recibo ayuda y apoyo tanto económico como moral es de mi hijo ya mencionado” (folio 45).

[65] Al respecto se pueden observar, entre otras, las sentencias ya citadas T-346 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa) y T-716 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[66] Durante todo el trámite de reclamación pensional, los hijos de Pedro fueron asistidos por su abuela, la señora Fabiola Torres Flórez, y su tío, el señor Carlos Arturo Londoño Torres. Ellos realizaron a su nombre la petición de reconocimiento pensional y reunieron los documentos pertinentes: tales como declaraciones extrajudiciales, registros civiles de nacimiento, entre otros (folios 63 al 68 del cuaderno de revisión). De hecho el seguro de vida al cual hace alusión el joven Esteban fue reclamado a su nombre por su tío, tal como consta en las respuestas que la empresa le hizo a este último (folios 60 al 62 del cuaderno de revisión). Además, en la intervención adjunta al trámite de revisión de tutela, Esteban indicó que vivía bajo el mismo techo con su abuela, con la cual comparte los gastos del hogar (folio 54).

[67] En diversas oportunidades, la Corte Constitucional, como consecuencia de un amparo transitorio, ha decidido trasladar la carga de acudir a la jurisdicción ordinaria a las personas que se encuentran más capacitadas para hacerlo. Por ejemplo, en la sentencia T-893 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), la Sala Segunda de Revisión trasladó a los demandados en tutela, la carga de acudir a la jurisdicción ordinaria dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la sentencia, so pena de tornarse en definitiva la resolución del asunto en cuestión. De manera similar se decidió, entre otras, en las sentencias T-726 de 2007 (MP Catalina Botero Merino) y T-613 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[68] La Corte Constitucional ha diferenciado en su jurisprudencia entre dos (2) aspectos distintos de la parte resolutoria de un fallo de tutela: la decisión y las órdenes. La decisión consiste fundamentalmente en determinar si se concede o no la tutela, y si se confirman o no las decisiones judiciales objeto de revisión. Las órdenes son las medidas que el juez

adopta como remedios. En este apartado la Sala expondrá cuáles habrán de ser las decisiones respecto del accionante y de las sentencias que resolvieron la tutela; luego, enunciará las órdenes encaminadas a enfrentar situaciones irregulares advertidas en este proceso y señaladas en la presente sentencia. Respecto de la diferencia entre decisión y órdenes, puede observarse, entre otras, la sentencia T-086 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se explicó lo siguiente: “(...) la misión primordial que la Constitución encomienda al juez de tutela es decidir si en cada caso concreto el derecho invocado por el accionante ha sido violado o amenazado y, en caso de que así sea, es su deber tutelarlos y, en consecuencia, tomar las medidas necesarias para que cese la violación o la amenaza. Entonces, se pueden distinguir dos partes constitutivas del fallo: la decisión de amparo, es decir, la determinación de si se concede o no el amparo solicitado mediante la acción de tutela, y la orden específica y necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho amparado”.