T-357-13

Sentencia T-357/13

ACCION DE TUTELA CONTRA EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Procedencia como mecanismo definitivo, por no existir otro medio de defensa judicial

Esta Sala considera que, en esta oportunidad, el mecanismo ordinario laboral no resultaría idóneo frente a la exigencia de protección inmediata de los derechos fundamentales del accionante, toda vez que el amparo solicitado se circunscribe a la no aceptación de las pruebas aportadas para el reconocimiento de la pensión por parte de la entidad accionada. En esa medida, al actor se le está pretermitiendo la instancia inicial y legal para que se estudie su pretensión de acceder al derecho prestacional. Esta circunstancia le permite a la Sala afirmar, que en el caso concreto se hace procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo por no contar el actor con otro medio de defensa idóneo para contrarrestar la violación al debido proceso administrativo causada con la actuación del Fondo de Pensiones.

REGIMEN DE PENSION DE SOBREVIVIENTES DE COMPAÑEROS PERMANENTES-Decisión de sentencia C-336/08 se extiende a parejas del mismo sexo

La Corte en aras de amparar los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, incluyó a las parejas del mismo sexo dentro de los beneficiarios del régimen de pensión de sobrevivientes reconocido hasta entonces para las parejas heterosexuales.

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

Es razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un medio probatorio igual a las parejas heterosexuales, las cuales disponen de cinco alternativas para ello en el caso de la adjudicación de efectos jurídicos en materia de pensiones, valga decir, (i) escritura pública ante notario, (ii) acta de conciliación, (iii) sentencia judicial, (iv) inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones y (v) cualquier

medio probatorio previsto en la ley.

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Autoridades administrativas, judiciales y Administradoras de Fondos de Pensiones no podrán negar reconocimiento con base en trabas injustificadas

Todo acto arbitrario de la administración, las entidades administradoras de pensiones, al apartarse de las normas aplicables vigentes o de la jurisprudencia constitucional, en cuanto a la exigencia de la carga probatoria imposible de suministrar como requisitos indispensables para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en especial a las personas del mismo sexo, implica violación del debido proceso administrativo, más aún cuando la decisión adoptada dentro de dicha actuación puede llegar a afectar su mínimo vital. Por lo tanto, los procesos administrativos se deben cumplir atendiendo los requerimientos de agilidad, rapidez y flexibilidad, con el fin de garantizar una eficaz y oportuna realización de la función pública cumpliendo estrictamente con el respeto por los derechos de la personas sin distinción de su orientación sexual.

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

En el presente caso es evidente que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., actuó en abierta contradicción con el precedente constitucional, debido a que se impone un tratamiento diferenciado, a través de la exigencia de requisitos no previstos en el ordenamiento jurídico, fundado en un criterio sospechoso de discriminación, como es la orientación sexual del solicitante. De la misma forma, un comportamiento de esta naturaleza viola el derecho fundamental del peticionario al debido proceso administrativo, siendo éste y no otro, el derecho fundamental que la entidad demandada se encuentra vulnerando, al exigir al accionante una prueba imposible como es la acreditación ante notario de la unión permanente del actor con el causante. Además, 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. Actuación que, como en el caso del actor, se interpreta como un tratamiento discriminatorio prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

Referencia: expediente T-3.807.272

Acción de tutela presentada por el señor Yesid de Jesús Varela González, contra el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

Derechos fundamentales invocados: A la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y a la seguridad social.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veinte (20) de junio de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside –, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del proceso T-3.807.272, el fallo de tutela adoptado por el Juzgado Diecinueve Penal Municipal de Bogotá, del 27 de diciembre de 2012, quien amparó los derechos fundamentales del actor, y revocado por el Juzgado Treinta y Seis del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento, del 4 de febrero de 2013.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Tres (3) de la Corte Constitucional, mediante Auto del doce (12) de marzo de dos mil trece (2013) escogió, para efectos de revisión, la acción de tutela de la referencia.

1. ANTECEDENTES

El señor Yesid de Jesús Varela González, presenta acción de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se le protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y

a la seguridad social, los cuales considera que la entidad accionada le vulneró al negarle la pensión de sobreviviente a causa del fallecimiento de su compañero permanente José William Bautista Montealegre.

1.1. HECHOS

1.1.2. Asegura el accionante, que desde el 16 de junio de 2006 conformó con su compañero José William Bautista Montealegre una unión marital de hecho en forma continua y permanente, la cual duró hasta el día 5 de enero de 2012, fecha en que éste último falleció a causa de un paro cardiorespiratorio.

1.1.3. Sostiene que su compañero permanente comenzó a presentar graves quebrantos de salud a nivel coronario desde comienzos del año 2008, después de dos años de relación de convivencia. Dice que presentó un pre infarto el 28 de diciembre del mismo año, el cual fue atendido en la Clínica San Rafael de Bogotá.

1.1.4. Agrega que posteriormente, en el año 2009, se le practicó un procedimiento de stent vascular, para lo cual asegura, estuvo prodigándole atención y cuidado, y estuvo hasta el año 2010 bajo tratamiento farmacológico con los medicamentos de Plavix, Enalapril y Metoporol.

1.1.5. Manifiesta que en el mes de diciembre de 2010, su compañero permanente sufrió nuevamente un infarto, razón por la cual en abril de 2011, se le practicó una cirugía a corazón abierto. Dice que en esa ocasión, los cuidados y atención, antes y después de la cirugía, estuvieron a cargo de él y de las dos hermanas de José William Bautista Montealegre, así como de su hermano, quienes posteriormente, realizaban visitas periódicas con el fin de estar atentos a su recuperación, ya que éstos no residían en la ciudad de Bogotá.

1.1.6. Dice que la convalecencia de su compañero permanente fue de tres meses, para lo cual estuvo en el apartamento donde ellos convivían, por lo que era de público conocimiento la unión marital entre los dos y muy conocida por su familia y amigos.

1.1.7. Continúa diciendo, que el día 6 de noviembre de 2011, se le detectaron tres tumores cancerígenos en el colon, por lo cual se le practicó una cirugía el día 27 de noviembre del

mismo año. También afirma, que en el mes de diciembre sufrió de fuertes dolores a causa de la cirugía por lo que se le ordenó, por parte de los médicos tratantes, morfina para el dolor. Y como consecuencia de ello, el día 29 de diciembre de 2011 fue internado nuevamente en la Clínica Palermo de Bogotá, donde murió el día 5 de enero de 2012.

1.1.8. Manifiesta que los hermanos de su compañero permanente, después de su muerte, recogieron todas sus pertenencias del apartamento donde convivieron durante seis años, y retiraron de la cuenta bancaria la suma de $10.000.000.oo correspondientes a los ahorros de los dos. De igual forma, reclamaron en la firma Auditores S.A., donde su compañero trabajaba, las liquidaciones laborales.

1.1.9. Enfatiza que el padre y los hermanos de José William Bautista Montealegre viven en la ciudad del Hobo, Huila, por lo que su relación con ellos no era tan cercana ni antes ni mientras estuvieron juntos en unión marital de hecho. Además, indica que aunque durante la enfermedad de su compañero tuvo escaso contacto con sus hermanos, ellos conocían de la relación y aceptaban la convivencia de pareja. Agrega, que con el padre fue distinto porque nunca lo conoció, ni compartió espacios familiares con él.

1.1.10. Concluye, que en el mes de marzo de 2012, radicó ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la reclamación pensional de sobrevivientes, en su calidad de compañero permanente del señor José William Bautista Montealegre, para lo cual presentó la documentación requerida, es decir, las declaraciones extrajuicio de él y de testigos realizadas ante un notario.

1.1.11. El día 30 de mayo de 2012, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., le respondió que debe aportar la sentencia ejecutoriada de declaración de la unión marital de hecho que demuestre la calidad de compañero permanente del señor José William Bautista Montealegre, desconociendo las declaraciones juramentadas presentadas en la reclamación, evidenciándose una discriminación por su orientación sexual. Igualmente se le informó que el señor Santiago Bautista, padre del señor José William Bautista Montealegre, había realizado una solicitud en el mismo sentido.

1.2. SOLICITUD DE LA TUTELA.

Con fundamento en los hechos narrados, el accionante solicitó el amparo de sus derechos

constitucionales y en consecuencia, se disponga ordenar al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que le reconozca y pague la pensión de sobreviviente a que tiene derecho originada en la muerte de su compañero permanente José William Bautista Montealegre, a partir de la fecha de su fallecimiento.

1.2.1. Pruebas allegadas al proceso.

1.2.1.1. Copia del registro civil de defunción del señor José William Bautista Montealegre, expedida por la Notaría 33 del Círculo de Bogotá (folio15).

1.2.1.2. Copia de la declaración extrajuicio presentada el día 7 de febrero de 2012, por el señor Yesid de Jesús Varela González (folio 16).

1.2.1.3. Copias de las declaraciones extrajuicio presentadas el día 7 de febrero de 2012 por los señores Yaneth del Socorro Meza Acosta y Nelson Enrique Gutiérrez (folio 17).

1.2.1.4. Copia del oficio remitido por Porvenir S.A., donde solicita la sentencia ejecutoriada de declaración de la unión marital de hecho que demuestre la calidad de compañero permanente del señor José William Bautista Montealegre (folio18).

1.2.1.5. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Yesid de Jesús Varela González (folio 19)

1.2.1.6. .Copia de la cédula de ciudadanía del señor José William Bautista Montealegre (folio 20).

1.2.1.7. Fotocopias y copias de correos electrónicos entre los señores Yesid de Jesús Varela González y José William Bautista Montealegre, que demuestran convivencia de hecho (folios del 21 al 31).

1.2.1.8. Oficio recibido por este Despacho en sede de revisión y que fuera remitido por el señor Yesid de Jesús Varela González, de fecha 30 de mayo de 2013, donde manifiesta que con el fallo revocatorio de segunda instancia se ha desconocido en presedente constitucional fijado con carácter inter comunis en la sentencia T-051 de 2010.

1.2.2. Respuesta de la entidad demandada.

Ante el requerimiento que le hiciera el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, dentro de la admisión de la demanda de tutela, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se pronunció mediante oficio del 26 de diciembre de 2012, donde solicitó declarar improcedente la acción de tutela, bajo el argumento de que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y no puede ser usada para gestionar el trámite administrativo de reconocimiento de pensión o la devolución de saldos de una cuenta de ahorro individual.

Lo anterior lo fundamentó en el hecho de que existe un conflicto de beneficiarios con el padre del afiliado fallecido, quien también reclama el mismo derecho pensional, y en ambos casos presentan declaraciones extrajuicio alegando, por un lado, el señor Yesid de Jesús Varela González, convivencia marital de hecho por más de seis años, y por el otro, el señor Santiago Bautista, ser el único beneficiario de la pensión de su hijo fallecido y desconoce cualquier otro beneficiario con mejor derecho. Se anexan las fotocopias de las reclamaciones citadas.

Asegura, que no es posible darle trámite a las reclamaciones presentadas, por cuanto el Fondo de Pensiones carece de competencia o jurisdicción para determinar realmente quien cuenta con mejor derecho en el presente asunto, razón por la cual, se le solicitó al señor Yesid de Jesús Varela González, para que aportara la sentencia ejecutoriada de declaración de la unión marital de hecho que demuestre la calidad de compañero permanente del señor José William Bautista Montealegre, pues las declaraciones extraproceso constituyen tan solo una prueba sumaria, de conformidad con el artículo 299 del CPC., y por lo tanto, como se evidencia un conflicto de intereses, la prueba requerida no puede considerarse como un acto intransigente antijurídico imputable a Porvenir S.A.

Por último aclaró, que el señor José William Bautista Montealegre, suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A. AFP señalando como beneficiario a su padre Santiago Bautista Murcia, como se evidencia de la fotocopia que se anexa al escrito.

1.2.3. Sentencias judiciales.

1.2.3.1 Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, mediante fallo del 27 de diciembre de 2012, amparó el derecho fundamental al debido proceso administrativo del señor Yesid de Jesús Varela González, al exigirle una prueba de convivencia sin un fundamento legal válido, como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes, y ordenó a Porvenir S.A., para que proceda a evaluar y resolver de fondo sobre la procedencia o no del reconocimiento de la misma al accionante con los documentos presentados por él ante esa entidad.

Para llegar a la anterior conclusión, el Juez constitucional consideró, en primer lugar, la procedencia de la acción de tutela, al establecer que aunque el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. es de carácter privado, la misma es procedente por cuanto, no obstante se trata de un particular, éste presta un servicio público.

En segundo lugar, consideró que "al exigirse una sentencia ejecutoriada de unión marital de hecho, el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., viola su derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana al exigirle requisitos diferentes y adicionales a los que se requieren a las parejas heterosexuales. (…) Además, la sentencia T-711 de 2011 establece que los medios probatorios a los que debe recurrir una persona para obtener la pensión de sobrevivientes serán los establecidos por la ley sin importar la orientación sexual, esto, pues el derecho sustancial prima sobre el procesal."

Finalmente dentro del análisis, el juez de instancia consideró que no era pertinente la vinculación del señor Santiago Bautista Murcia, padre del señor José William Bautista, por cuanto no corresponde determinar si el accionante tiene o no el derecho a la pensión sustitutiva del causante, sino establecer si la entidad accionada vulneró algún derecho fundamental al solicitar una declaratoria de unión marital de hecho ante notaría, entre éste y el afiliado fallecido.

1.2.2 Sentencia de Segunda Instancia.

El Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, mediante fallo del 4 de febrero de 2013, revocó en su totalidad el fallo de primera instancia, al considerar: (1) el juez de primera instancia centró su discusión en la existencia de conductas discriminatorias de género por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., hacia el demandante, (2) si bien las normas en materia pensional dan paso a la

libertad probatoria para demostrar la convivencia entre personas, independientemente de su orientación sexual, la Ley 1204 de 2008 "… requiere que en los casos donde se presenta controversia entre presuntos beneficiarios del derecho pensional, no sean los fondos de pensiones las entidades competentes para entrar a dirimir dichos conflictos, más si se tiene en cuenta que en el presente caso los beneficiarios son excluyentes entre sí teniendo que, el reconocimiento en cabeza del progenitor de causante, tiene como consecuencia la negativa del derecho que invoca el presunto compañero permanente, y viceversa, sin que la ley permita que para estos casos haya una distribución porcentual de la mesada pensional, por lo que, el mecanismo procedente es que la jurisdicción ordinaria establezca si en realidad se constituyó o no una unión marital de hecho entre el actor y el titular de la pensión, pues en el caso de resultar así, la misma ley dispone un derecho pensional que estaría por encima del otro solicitante." (3) asegura que el hecho de haber dejado en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, tanto para el compañero permanente o para el padre del causante, deja ver que los actos ejecutados por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., van encaminados a negar el derecho a alguno de los presuntos beneficiarios.

2 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

2.1. COMPETENCIA.

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala Séptima de Revisión debe establecer si el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., vulneró los derechos fundamentales del accionante a la igualdad, a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad social, y especialmente al debido procedimiento administrativo al condicionar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, hasta tanto se aporte la sentencia ejecutoriada de declaración de la unión marital de hecho que demuestre la calidad de compañero permanente con el causante.

Para resolver el problema jurídico, la Sala Séptima de Revisión examinará: primero, la

procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, segundo, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo a partir de la sentencia C-336 de 2008, tercero, el régimen probatorio para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los miembros de una pareja del mismo sexo; cuarto, el debido proceso administrativo y, por último, se analizará el caso concreto.

Para el estudio de los asuntos enunciados, esta Sala seguirá algunos lineamientos que fueran fijados en idéntico asunto en las sentencias T-860 de 2011[1], y T-716 de 2011[2] que analizaron temas de la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo.

2.2.1. La procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Reiteración de la jurisprudencia.

La Constitución Política de Colombia creó la acción de tutela como un mecanismo para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales y, como tal, el Decreto 2591 de 1991 la reglamentó y señaló las reglas básicas para su aplicación. Es así como en su artículo 6º delimitó la procedencia de la tutela para situaciones en las cuales no existan recursos o mecanismos judiciales ordinarios, salvo que deba interponerse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no obsta para analizar, en cada caso, si el procedimiento correspondiente resulta eficaz de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas.

La jurisprudencia de esta Corporación[3], ha reiterado, que en principio la tutela no procede para ordenar el reconocimiento de prestaciones económicas derivadas del derecho a la seguridad social, en razón al carácter subsidiario previsto en el artículo 86 de la Constitución[4]. Sin embargo, ha indicado excepciones a la regla general[5].

En primer lugar, la Corte Constitucional[6] ha señalado que la tutela procederá como mecanismo principal y definitivo cuando las condiciones particulares del afectado hacen que el mecanismo judicial ordinario no resulte idóneo y/o eficaz[7], y por lo tanto "… debe dilucidarse en el caso concreto si el peticionario se encuentra en un estado de vulnerabilidad o marginalidad tal que requiera con urgencia la prestación económica como presupuesto para el mantenimiento de su subsistencia en condiciones dignas"[8].

Respecto al criterio descrito, esta Corporación en sentencia T-021 de 2010[9] concedió la

pensión de sobrevivientes a una persona que padecía de VIH-SIDA, teniendo en cuenta que la enfermedad "genera un detrimento significativo en la salud de la actora. La circunstancia antedicha enmarca a la accionante en el grupo sujetos considerados de especial protección constitucional, para los cuales el Estado tiene el deber de protegerlos y de sancionar cualquier abuso que se cometa en contra de ellos. Adicionalmente se encuentra probado que la actora carece de otros medios para garantizarse su propia subsistencia, pues la enfermedad que padece, le impide desarrollar alguna actividad productiva y debido a esto la peticionaria no ha podido sufragar los gastos que conlleva su enfermedad, ni satisfacer sus necesidades básicas".

En otras oportunidades donde el peticionario se encuentra en situación de vulnerabilidad o marginalidad, esta Corte ha concedido en forma definitiva la pensión de sobrevivientes. Por ejemplo, en la sentencia T-197 de 2010[10] se estudió el caso de una señora que le fue negada la pensión de sobreviviente de su esposo, argumentando que no cumplió con el requisito establecido por la Ley 100 de 1993 de acreditar que convivió con el pensionado hasta su muerte. En ella esta Corporación sostuvo que:

"… debe tenerse en cuenta que la tutelante es una persona de la tercera edad, que está prácticamente sola en la vida después de la muerte de su cónyuge, y que ha tenido que sobrellevar su vida sin contar con la pensión que éste le dejara después de su muerte y sin otros medios que le depararan la posibilidad de satisfacer autónomamente sus necesidades básicas. A estas cargas, no sería justo sumarle una adicional, así sea la de instar la justicia ordinaria. Hacerlo significaría someterla a un período adicional de incertidumbre sobre los derechos que tiene, y a una inversión de tiempo, esfuerzos y dinero que bien podrían evitarse pues en este caso no hay dudas, determinantes y decisivas, de que a ella le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes."

En segundo lugar, ha señalado igualmente que la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, cuando es necesario para evitar un perjuicio irremediable derivado de la afectación del derecho fundamental al mínimo vital"[11]. En este caso, para determinar la existencia de la violación o amenaza a este derecho fundamental, ha dicho la Corte que se debe comprobar que "(i) la prestación económica que percibía el trabajador o pensionado fallecido constituye el sustento económico de su grupo familiar dependiente; y (ii) los beneficiarios

de la pensión carecen, después de la muerte del trabajador o pensionado, de otros medios para garantizarse su subsistencia, por lo cual quedan expuestos a un perjuicio irremediable derivado de la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital"[12].

Por otra parte, esta Corporación en sentencia T-051 de 2010 [13] señaló otras consideraciones pertinentes, por ejemplo, "… la condición de sujeto de especial protección, y el deber de amparo que, de acuerdo con el art. 46 de la Constitución, surge para el Estado, la sociedad y la familia respecto de los sujetos en esta condición, el cual resulta incompatible con el tiempo de respuesta de los medios ordinarios dentro del sistema jurídico, el que resulta excesivo si se tiene en cuenta que se resuelven casos de personas que no cuentan con otra fuente de ingresos económicos[14]".

Ahora bien, la citada sentencia establece que cuando se presentan circunstancias especiales, deben ser tenidas en cuenta para determinar la procedencia de la acción de tutela. En ella sostuvo que:

"No obstante, en el asunto bajo examen se presentan circunstancias especiales que deben ser tenidas en cuenta por la Sala Segunda de Revisión para establecer la procedencia del amparo tutelar. En primer lugar, resulta preciso distinguir entre la protección de los derechos constitucionales fundamentales y las consecuencias prácticas que se derivan de esa protección en los casos bajo análisis, a saber, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. Entiende la Sala, que en los asuntos puestos a su consideración las entidades demandadas y los jueces de tutela le confirieron especial atención al segundo aspecto y dejaron por entero desatendido el primero y más importante: la protección de los derechos constitucionales a la garantía del debido proceso administrativo y el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobrevivientes bajo las mismas condiciones que lo hacen las parejas heterosexuales".

En resumen, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo definitivo o transitorio, según el caso, exige de la autoridad judicial un análisis de la situación en particular del actor, para establecer si existe una violación o amenaza al derecho fundamental invocado por la ausencia de reconocimiento y pago de la prestación referida.

2.2.2 El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los miembros de las parejas del

mismo sexo en la sentencia C-336 de 2008. Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivientes es una prestación del sistema general de seguridad social, dentro del régimen de prima media con solidaridad, que se reconoce a favor del grupo familiar del afiliado o pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, de acuerdo con las condiciones de cotización y personales de los beneficiarios, previstas en la misma norma.[15] El artículo 73 de la misma Ley, establece que las mismas condiciones, en lo que respecta a los requisitos para acceder a la prestación y su monto, son igualmente predicables para la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-336 del 16 de abril de 2008[16], resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993, contra las expresiones "compañero o compañera permanente" que establecen quienes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. La demanda se fundamentó en la violación de los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 13 de la Constitución), a la seguridad social (artículo 48 ídem) y a la dignidad humana, por cuanto la norma no incluía a las parejas homosexuales en el régimen de protección que en materia de seguridad social se reconoce a las parejas heterosexuales, como era la pensión de sobrevivientes.

En la citada sentencia, la Corte declaró exequibles las normas demandadas "en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo". En ella expresó:

"la aplicación de las expresiones demandadas [compañero o compañera permanente] ha permitido dar a las parejas homosexuales un tratamiento distinto al que se otorga a las parejas heterosexuales en cuanto éstas son beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y aquellas no, trato distinto que resulta discriminatorio respecto de las parejas homosexuales, las cuales, aun cuando no están excluidas de manera expresa de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, sí resultan de hecho exceptuadas del sistema de seguridad social, pues la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado social de derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y a las normas que desde la Constitución

amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual".

Agregó que:

"... este trato discriminatorio para las parejas homosexuales (...) conlleva a que se encuentren en un déficit de protección en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes. Por tanto, con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género".

De esa forma, la Corte en aras de amparar los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, incluyó a las parejas del mismo sexo dentro de los beneficiarios del régimen de pensión de sobrevivientes reconocido hasta entonces para las parejas heterosexuales.

2.2.3 El régimen probatorio para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al miembro supérstite de una pareja del mismo sexo.

Como se dijo en el acápite anterior, en la sentencia C-336 de 2008 se afirmó en la parte motiva que "al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable"[17]. Y en la parte resolutiva de este mismo pronunciamiento se sostuvo que las normas que regulaban el derecho de la pensión de sobrevivientes se declaraban exequibles "en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales"[18].

Sin embargo, en sentencias posteriores[22] esta Corporación acogió una interpretación más favorable que garantiza los derechos fundamentales involucrados. Este razonamiento fue acogido por la sentencia T-860 de 2011[23], al señalar que: "además de ser más favorable a los derechos fundamentales involucrados, es la acertada a juicio de la Sala, razón por la cual la reitera y refuerza en esta oportunidad. De acuerdo con esta interpretación el miembro supérstite de la pareja homosexual goza de todos los medios probatorios admitidos para las uniones maritales de hecho heterosexuales, a efectos de acreditar la existencia de una relación permanente de pareja con el fin de acceder a la pensión de sobrevivientes".

Razón por la cual, la citada sentencia se opuso al razonamiento e interpretación sostenida en las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009, por cuanto:

"impone a las parejas homosexuales una carga imposible de cumplir, pues muerto uno de los compañeros o una de las compañeras no es factible que la pareja acuda simultáneamente a la notaría a acreditar la permanencia y singularidad de la unión"[24]. Así, la exigencia de la sentencia C-521 de 2007 "fue pensada para solicitar la afiliación en salud y no puede aplicarse, sin más ni más, en el caso de la pensión de sobrevivientes (…) En el caso de la pensión de sobreviviente, es claro para la Sala (…) que las circunstancias y supuestos de hecho son distintos y exigen que el sentido y alcance de lo establecido en la sentencia C-521 de 2007 se ajuste a los supuestos de hecho que rodean el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, instituto cuya aplicación tiene lugar precisamente cuando acontece la muerte de uno de los compañeros permanentes. De lo contrario, se impone una carga probatoria imposible de cumplir por cuanto suele ocurrir –y esto sucede tanto respecto de parejas homosexuales como de parejas heterosexuales– que uno de los compañeros permanentes muere sin que haya podido la pareja acudir ante notario para acreditar la unión"[25].

En la misma providencia, la Sala Octava de Revisión expuso dos razones adicionales para apartarse de la posición sostenida en las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009:

"En primer lugar, recuérdese 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.

En segundo lugar, esta interpretación es constitutiva de otra distinción injustificada –también violatoria del derecho a la igualdad- entre las uniones permanentes homosexuales y heterosexuales pues supone que las primeras disponen de un único modo de acreditación de su relación, mientras las segundas cuentan con varias alternativas para ello.

No existe norma alguna que imponga como único medio probatorio para acreditar la condición de compañero acudir al notario para ello. En el caso de las parejas heterosexuales, en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil y las normas pertinentes, el tema probatorio de la categoría de compañero se maneja con un listado de formas o fórmulas de acreditación de la existencia de la unión marital contenido en la ley y bajo el principio de libertad probatoria para configurar alguna de dichas fórmulas.

En efecto, la ley ha establecido distintas formas de acreditación, tales como la escritura pública ante notario, el acta de conciliación, la sentencia judicial (artículo 2 Ley 54 de 1990) y para fines de adopción la inscripción del(a) compañero(a) en las cajas de compensación, declaración ante notario y el registro civil de nacimiento de los hijos de los compañeros (parágrafo artículo 124 Código de Infancia y Adolescencia). Específicamente para efectos de la pensión, el artículo 11 del decreto 1889 de 1994 establece que “se presumirá compañero o compañera permanente, quien haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora. Igualmente se podrá acreditar dicha calidad por cualquier medio probatorio previsto en la ley.”.

De igual manera, para constituir alguna de las referidas fórmulas de acreditar tal condición, existe una regla general de libertad probatoria, tal como se ve en los procesos que la Sala de Casación Civil falla cuando se trata de demostrar la existencia de una unión marital luego del fallecimiento de uno de los compañeros[26]. En resumen, la ley determina por cuáles medios se tiene certeza jurídica de la existencia de una unión marital y a dicha certeza se llega por regla general por los medios probatorios comúnmente aceptados en derecho".

De conformidad con lo expuesto, no hay razones constitucionalmente válidas para hacer una distinción injustificada –violatoria del derecho a la igualdad- entre las uniones permanentes homosexuales y heterosexuales, ya que ello supone que las primeras producen efectos jurídicos sólo a partir de la suscripción formal del requisito de acreditación ante notario de su unión permanente.

Así las cosas es razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un medio probatorio igual a las parejas heterosexuales, las cuales disponen de cinco alternativas para ello en el caso de la adjudicación de efectos jurídicos en materia de pensiones, valga decir, (i) escritura pública ante notario, (ii) acta de conciliación, (iii) sentencia judicial, (iv) inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones y (v) cualquier medio probatorio previsto en la ley.

2.2.4 Debido proceso administrativo.

La Constitución Política de Colombia dispone que el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituyéndose en garantía en las actuaciones surtidas contra los particulares.

En este sentido, la corte Constitucional en sentencia T-1083 de 2004[27], se pronunció de la siguiente manera:

"El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una

obligación.

El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia "de la plenitud de las formas propias de cada juicio", lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.

En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso".

Entendido el derecho al debido proceso administrativo como la garantía a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que la afectación o la privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado, no pueda hacerse con detrimento de sus derechos fundamentales.

Así, lo ha indicado esta Corporación en sentencia T-359 de 2006[28]: "si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados."

Por su parte, la sentencia T-051 de 2010[29] amparó los derechos fundamentales de los peticionarios que reclamaban el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y, que fueran negadas por parte de las entidades administradoras de pensiones demandadas, bajo el sustento de que los accionantes no cumplían con los requisitos que en materia probatoria estableció la sentencia C-336 de 2008 a las parejas del mismo sexo para acceder al derecho a la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones que a las parejas heterosexuales. En ella señaló:

"… hacen patente los numerosos inconvenientes que impiden a las parejas homosexuales el pleno disfrute en la práctica de sus derechos. A partir del recuento fáctico expuesto en los antecedentes de la presente sentencia y de las pruebas allegadas al expediente en sede de

Revisión, cabe destacar la tendencia de las autoridades administrativas y judiciales así como de los Fondos de Pensiones privados a imponer trámites, exigencias o pruebas inexistentes en la legislación con lo cual entorpecen, cuando no niegan de tajo, el acceso de las compañeras y compañeros permanentes de parejas homosexuales al efectivo disfrute de su derecho a acceder a la pensión de sobreviviente y quebrantan, de paso, el derecho de las personas homosexuales a la garantía del debido proceso administrativo.

(…)

El debido proceso administrativo se ha entendido como la regulación jurídica que tiene por fin limitar en forma previa los poderes estatales así "que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley"[30]. Desde la perspectiva antes señalada, este derecho no es más que una derivación del principio de legalidad con arreglo al cual "toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión" (artículos 4º y 122 C. P.)[31]. De este modo, las autoridades sólo podrán actuar en el marco establecido por el sistema normativo y, en tal sentido, todas las personas que se vean eventualmente afectadas conocerán de antemano los medios con que cuentan para controvertir las decisiones adoptadas y estarán informadas respecto del momento en que deben presentar sus alegaciones y ante cuál autoridad".

De otro lado, cabe señalar que, por lo general, las autoridades judiciales como las administrativas, incluyendo las Administradoras de los Fondos de Pensiones suelen ignorar el principio constitucional de buena fe, según el cual –como lo ordena el artículo 83 superior– "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

De lo anterior se concluye, que todo acto arbitrario de la administración, o en el caso que nos ocupa, las entidades administradoras de pensiones, al apartarse de las normas aplicables vigentes o de la jurisprudencia constitucional, en cuanto a la exigencia de la carga probatoria imposible de suministrar como requisitos indispensables para el

reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en especial a las personas del mismo sexo, implica violación del debido proceso administrativo, más aún cuando la decisión adoptada dentro de dicha actuación puede llegar a afectar su mínimo vital. Por lo tanto, los procesos administrativos se deben cumplir atendiendo los requerimientos de agilidad, rapidez y flexibilidad[32], con el fin de garantizar una eficaz y oportuna realización de la función pública cumpliendo estrictamente con el respeto por los derechos de la personas sin distinción de su orientación sexual.

3. CASO CONCRETO

En el presente asunto, el señor Yesid de Jesús Varela González considera que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad social y en especial al debido proceso, al negarse a reconocerle la pensión de sobrevivientes con fundamento en su orientación sexual. Lo anterior por cuanto le exige una prueba imposible de cumplir, como es el requisito de acreditación ante notario de su unión permanente con el causante José William Bautista Montealegre. En consecuencia, solicita se le de plena validez a las pruebas aportadas para el reconocimiento de la misma.

La primera verificación que se debe realizar en este caso es la relativa a la procedibilidad de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución prescribe que ésta sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, expuesta en precedencia, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto: la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social. De modo tal que es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna de las dos excepciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes por medio de acción de tutela.

Contrario a lo sostenido por el juez de segunda instancia, esta Sala considera que, en esta oportunidad, el mecanismo ordinario laboral no resultaría idóneo frente a la exigencia de protección inmediata de los derechos fundamentales del señor Yesid de Jesús Varela

González, toda vez que el amparo solicitado se circunscribe a la no aceptación de las pruebas aportadas para el reconocimiento de la pensión por parte de la entidad accionada. En esa medida, al actor se le está pretermitiendo la instancia inicial y legal para que se estudie su pretensión de acceder al derecho prestacional.

Esta circunstancia le permite a la Sala afirmar, que en el caso concreto se hace procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo por no contar el actor con otro medio de defensa idóneo para contrarrestar la violación al debido proceso administrativo causada con la actuación del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

De otra parte, de conformidad con lo ya indicado, la Sala no entrará a determinar si el señor Yesid de Jesús Varela González, tiene o no el derecho a la sustitución pensional en calidad de compañero permanente del señor José William Bautista Montealegre. Lo que corresponde establecer en esta oportunidad es si el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., vulneró el derecho fundamental al debido proceso administrativo, al exigirle como único requisito para acceder a la pensión, la acreditación ante notario de la unión permanente del actor con el causante José William Bautista Montealegre, desconociendo los documentos aportados por el accionante para el efecto.

De una lectura detallada del expediente, se observa que el accionante anexa para acreditar su vida de unión marital con el causante los siguientes documentos: (i) una declaración extraproceso, (ii) correos electrónicos entre los años 2009 y 2011, en los cuales el señor José William Bautista Montealegre impartía órdenes a su pareja Yesid de Jesús Varela González acerca de la distribución de su salario[33], (iii) copia de registros fotográficos de la pareja en diversas situaciones[34], (iv) y declaraciones notariales juramentadas con fines extraprocesales, en las que, dos ciudadanos coinciden en afirmar que conocían a la pareja conformada por los ciudadanos Yesid de Jesús Varela González y José William Bautista Montealegre, quienes estuvieron juntos por periodos que oscilan entre los 6 y 5 años[35].

Ahora bien, una vez relacionados los documentos cuestionados, es preciso aclarar que los efectos de la sentencia C-336 de 2008 no son constitutivos de una prestación económica particular, sino declarativos de una discriminación injustificada contra las parejas del mismo sexo. Esto indica que una vez promulgada la sentencia, las autoridades del Estado y los particulares, están obligadas a cumplir con lo dispuesto en el fallo, es decir, que todas las

actuaciones que deban adelantarse con el fin de reconocer prestaciones sociales, especialmente la pensión de sobrevivientes deben tener en cuenta que el régimen legal de ésta última, es igualmente predicable a los compañeros permanentes del mismo sexo.

De esa forma, de conformidad con la providencia citada, como la exigencia a que se refiere la sentencia C-521 de 2007 fue pensada para solicitudes relacionadas con la afiliación en salud, más no para el caso de las pensiones de sobrevivientes, la Sala reitera que en estos casos quien reclame esta prestación goza de libertad probatoria, toda vez que una interpretación distinta impondría al compañero sobreviviente una carga imposible de cumplir por cuanto suele ocurrir que la pareja fallezca sin que se haya podido acreditar la unión marital de hecho ante un notario.[36]

Bajo ese entendido, en el presente caso es evidente que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., actuó en abierta contradicción con el precedente constitucional, debido a que se impone un tratamiento diferenciado, a través de la exigencia de requisitos no previstos en el ordenamiento jurídico, fundado en un criterio sospechoso de discriminación, como es la orientación sexual del solicitante Yesid de Jesús Varela González.

De la misma forma, un comportamiento de esta naturaleza viola el derecho fundamental del peticionario al debido proceso administrativo, siendo éste y no otro, el derecho fundamental que la entidad demandada se encuentra vulnerando, al exigir al accionante una prueba imposible como es la acreditación ante notario de la unión permanente del actor con el causante José William Bautista Montealegre. Además, 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. Actuación que, como en el caso del actor, se interpreta como un tratamiento discriminatorio prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la Sala considera procedente amparar el derecho fundamental al debido proceso administrativo del señor Yesid de Jesús Varela González, por lo que revocará la decisión de tutela de segunda instancia proferida por el Juzgado Treinta y Seis del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, del 4 de febrero de 2013 y, en su lugar, confirmará el fallo de primera instancia del Juzgado Diecinueve Penal Municipal de Bogotá, del 27 de diciembre de 2012. De tal modo, se reiterará la orden impartida por esta

autoridad judicial que ordena al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que proceda a evaluar y resolver de fondo sobre la procedencia o no del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante con fundamento en los documentos aportados dentro de la solicitud.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo de tutela de segunda instancia proferida por el Juzgado Treinta y Seis del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, del 4 de febrero de 2013 y, en su lugar, confirmará el fallo de primera instancia del Juzgado Diecinueve Penal Municipal de Bogotá, del 27 de diciembre de 2012, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- REITERAR la orden judicial de primera instancia que ORDENÓ al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a evaluar y resolver de fondo sobre la procedencia o no del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el señor Yesid de Jesús Varela González, con fundamento en los documentos aportados dentro de la solicitud, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- Prevenir al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron origen a la presente tutela, advirtiendo que el incumplimiento de la presente decisión o su dilación, dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- LÍBRESE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2691 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[2] M. P. Luis Ernesto Vargas.

[3] Sentencias T-657 de 2005, T-691 de 2005, T-971 de 2005, T-1065 de 2005, T-008 de 2006, T-630 de 2006, T-692 de 2006, T-701 de 2006, T-836 de 2006, T-129 de 2007, T-168 de 2007, T-184 de 2007, T-236 de 2007, T-326 de 2007, T-335 de 2007, T-593 de 2007, entre otras.

[4] "Esta acción [la de tutela] sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

[5] Sentencias T-657 de 2005, T-691 de 2005, T-971 de 2005, T-1065 de 2005, T-008 de 2006, T-630 de 2006, T-692 de 2006, T-701 de 2006, T-836 de 2006, T-129 de 2007, T-168 de 2007, T-184 de 2007, T-236 de 2007, T-326 de 2007, T-335 de 2007, T-593 de 2007, entre otras.

[6] En este sentido, sentencia T-630 de 2006.

[7] 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.

[9] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[10] MP. María Victoria Calle Correa.

[11] Sentencia T-971 de 2005. En el mismo sentido las sentencias T-692 de 2006 y T-129 de 2007.

[12] Sentencia T-971 de 2005. En el mismo sentido las sentencias T-692 de 2006 y T-129 de 2007.

[13] MP. Mauricio González Cuervo.

[14] Corte Constitucional. Sentencia T-404 de 2009.

[15] Ley 100/93. Artículo 46. Modificado. L. 797/2003, art. 12. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, y

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 se acrediten las siguientes condiciones:

PAR. 1º—Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2º de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

Artículo 47. Modificado. L. 797/2003, art. 13. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. 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. En 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;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley

100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste, y

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PAR. -Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

[16] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[18] Sentencia C-521 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, a propósito de la declaratoria de inexequibilidad del contenido normativo de la ley 100 de 1993 que establecía que el(a) compañero(a) permanente podría ser beneficiario en salud siempre que acreditara mínimo dos (2) años de convivencia con el afiliado, indicó que "la condición de compañero(a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto (…)"

[19] Sentencia T-860 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[20] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[21] M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Nótese que el magistrado Humberto Antonio Sierra Porto aclaró su voto en la sentencia T-911 de 2009, entre otras cosas, por no compartir esta interpretación.

[22] Sentencias T-051 de 2010 y T-592 de 2010 MP. Mauricio González Cuervo.

[23] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[24] Sentencia T-051 de 2010. Reiterada por la sentencia T-592 de 2010.

[25] Ibídem.

[26] Ver sentencias de la Sala de Casación Civil, SC-239 de 2001, SC-330 de 2005, SC-383 de 2005, SC-050 de 2007, entre otras.

[27] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[28] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[29] MP. Mauricio González Cuervo.

[30] Corte Constitucional. Sentencia T-917 de 2008. En aquella ocasión le correspondió a la sala de Revisión determinar si en el caso sub judice la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Tunja, al abstenerse de levantar las medidas cautelares que recaían sobre bienes y derechos sucesorales del peticionario "pese a existir proceso contencioso administrativo atacando el mandamiento de pago y la decisión negativa a las excepciones" había desconocido los derechos constitucionales fundamentales del actor y se procedía conferir la tutela como mecanismo transitorio para resolver un perjuicio irremediable. La Corte efectuó un conjunto de consideraciones muy importantes respecto de la importancia de respetar el debido proceso en las actuaciones administrativas y resolvió conceder el amparo invocado.

[31] Ibíd. Consultar asimismo Corte Constitucional. Sentencia T-982 de 2004.

[32] Ibíd.

[33] Folios 21 al 24. Cuaderno de primera instancia.

[34] Folios 25 al 31. Cuaderno de primera instancia.

[35] Folios 16 y 17. Cuaderno de primera instancia.

[36] Ibídem.