

Sentencia T-823/14

Referencia: Expediente T-4.411.678

Acción de tutela instaurada por el señor Julio César Amador Loiseau contra la Secretaría de Educación de Bogotá y la Fiduprevisora S.A.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, cinco (5) de noviembre de dos mil catorce (2014).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado 20 Civil Municipal de Bogotá y por el Juzgado 23 Civil del Circuito de la misma ciudad, correspondientes al trámite de la acción de amparo constitucional promovida por el señor Nelson Alejandro Ramírez Vanegas, apoderado del señor Julio César Amador Loiseau, en contra de la Secretaría de Educación de Bogotá y la Fiduprevisora S.A.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

1.1.1. El señor Julio César Amador Loiseau convivió en calidad de compañero permanente con el señor Félix Alberto Solano Molinares desde el 19 de agosto de 1983 hasta el 24 de septiembre de 2009, fecha en la cual éste último falleció.

1.1.2. El señor Solano Molinares se desempeñó como docente oficial adscrito a la Secretaría de Educación de Bogotá, desde el 13 de marzo de 1989 hasta el 10 de septiembre de 2009, momento en el que fue dictaminado con un porcentaje equivalente al 96% de pérdida de capacidad laboral¹. En virtud de

¹ El dictamen fue realizado el 10 de septiembre de 2009 por la Unión Temporal del Norte.

lo anterior, en Resolución No. 10311 del 5 de octubre de 2009, aclarada posteriormente mediante la Resolución No. 10732 del 16 de octubre del año en cita, la aludida Secretaría ordenó su retiro por invalidez a partir del 11 de septiembre de 2009.

1.1.3. Luego de que se produjo la muerte de su compañero permanente, el 12 de enero de 2010, el señor Amador Loiseau interpuso un derecho de petición ante la Secretaría de Educación de Bogotá, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de su compañero permanente, así como la correspondiente sustitución pensional. Esta misma solicitud fue formulada por los padres del señor Solano Molinares el día 25 de marzo del año en cita.

1.1.4. El 26 de octubre de 2010, mediante Resolución No. 5067, la Secretaría de Educación de Bogotá resolvió conjuntamente las solicitudes, en el sentido de negar la sustitución pensional por existir controversia en cuanto al titular de la misma. Por dicha razón, decidió suspender el otorgamiento del derecho hasta tanto el accionante probara en la jurisdicción ordinaria su calidad de compañero permanente. Contra dicha decisión, el accionante interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto negativamente mediante Resolución No. 4972 del 20 de septiembre de 2011.

1.1.5. En virtud de lo anterior, el actor interpuso demanda cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 8 de Familia dirigida contra los herederos del señor Solano Molinares, con la finalidad de obtener no sólo la declaratoria de la unión marital de hecho, sino también de la sociedad patrimonial, ésta última con su correspondiente liquidación.

En sentencia del 4 de mayo de 2012, la citada autoridad judicial declaró la existencia de la sociedad patrimonial desde el momento mismo en que produjo efectos la Sentencia C-075 de 2007², es decir, desde el 8 de febrero del año en cita. No obstante, en relación con la declaratoria de la unión marital de hecho, se consideró que a pesar de estar acreditada la convivencia como pareja del accionante con el señor Solano Molinares, desde enero de 2000 hasta el 24 de septiembre de 2009, fecha en la que falleció este último, jurisprudencialmente no era posible declarar dicha unión entre personas del mismo sexo.

1.1.6. El fallo en cuestión fue apelado por los herederos del señor Solano Molinares, ya que –a su juicio– nunca se probó que entre su hijo y el ahora accionante existiese una relación afectiva y económica. Sobre el particular, en sentencia de 28 de septiembre de 2012, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió confirmar en todas sus partes la decisión del *a-quo*.

1.1.7. Finalmente, el 29 de mayo de 2013, el actor nuevamente radicó ante la Secretaría de Educación de Bogotá la solicitud de reconocimiento y pago de

² M.P. Rodrigo Escobar Gil.

la pensión de invalidez de su compañero permanente, así como la respectiva sustitución pensional a su favor. A pesar de lo anterior, sostiene que aún no ha obtenido respuesta a su petición cuya definición considera inaplazable, ya que se trata de una persona de 69 años de edad, la cual presenta un delicado estado de salud, por ser portador de una válvula mecánica y padecer hipertensión.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los citados hechos, el señor Julio César Amador Loiseau instauró el presente amparo constitucional, con el propósito de obtener la protección de sus derechos fundamentales de petición, vida digna, mínimo vital, seguridad social y debido proceso, los cuales estima vulnerados por la conducta asumida por la Secretaría de Educación de Bogotá y la Fiduprevisora S.A., consistente en no dar respuesta a su solicitud de reconocimiento y sustitución de la pensión de invalidez de su compañero permanente.

Por lo anterior, pide que se ordene a las entidades demandadas reconocer y pagar la pensión de invalidez del señor Félix Alberto Solano Molinares, así como la respectiva sustitución pensional a su favor, en calidad de compañero permanente del causante. En todo caso, con miras a restablecer sus derechos, solicita que se disponga el pago de las mesadas pensionales adeudadas desde el 11 de septiembre de 2009, fecha en la que se retiró del servicio al citado señor Solano Molinares.

1.3. Contestación de la demanda

1.3.1. Contestación de la Secretaría de Educación de Bogotá

La Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá manifestó que desde el momento en que recibió la solicitud del accionante ha enviado dos proyectos de acto administrativo a la Fiduprevisora S.A., en los que reconoce la pensión del señor Solano Molinares y la sustituye a favor de su compañero permanente. No obstante, ambos proyectos han sido devueltos por la entidad financiera. En la primera oportunidad, con el argumento de que en la sentencia del 4 de mayo de 2012, el Juzgado 8 de Familia decidió no declarar la unión marital de hecho entre el accionante y el citado señor Solano Molinares; mientras que, en la segunda, porque –según la Fiduprevisora S.A.– la pensión no fue reconocida en vida a su beneficiario, por lo que se extinguió con su muerte.

Al margen de lo anterior, aclara que el pasado 12 de febrero de 2014 envió nuevamente el expediente a la fiduciaria para que aprobara el acto en el que se reconoce la pensión de invalidez y se sustituye a favor del compañero permanente, sin que hasta el momento se haya obtenido respuesta alguna. En palabras de la Secretaría, mientras no se produzca la citada aprobación de la Fiduprevisora S.A., no le es posible dar una respuesta de fondo al accionante.

1.3.2. Contestación de los señores Alba Esther Molinares y Pablo Rafael Solano García

Los padres del señor Félix Alberto Solano Molinares señalan que están de acuerdo con la decisión de la Fiduprevisora S.A., en la medida en que el Juzgado 8 de Familia decidió no declarar la unión marital de hecho entre su hijo y el accionante, mediante sentencia del 4 de mayo de 2012, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Bogotá.

1.3.3. Contestación de la Fiduprevisora S.A.

La Fiduprevisora S.A. guardó silencio.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Primera instancia

En sentencia del 26 de marzo de 2014, el Juzgado 20 Civil Municipal de Bogotá declaró la improcedencia de la acción, por cuanto no quedó demostrado que con la negativa de la Fiduprevisora S.A. de aprobar la resolución de reconocimiento pensional a favor del accionante, se esté afectando su mínimo vital. Adicionalmente, consideró que no es posible que la acción prospere como mecanismo transitorio porque existe controversia en la titularidad del derecho.

2.2. Impugnación

En escrito del 4 de abril de 2014, el apoderado del accionante solicitó que se revocara la decisión del *a-quo*, pues el señor Amador Loiseau sí se encuentra en una difícil situación económica, ya que no tiene ningún ingreso del cual derivar su subsistencia, al tiempo que presenta problemas de salud y una avanzada edad que le impide conseguir un trabajo fijo.

Por otro lado, señaló que mediante el seguimiento que le ha hecho a su petición en la Secretaría de Educación de Bogotá, fue enterado de que Fiduprevisora S.A. negó por tercera vez la aprobación del acto administrativo que le reconoce su derecho.

2.3. Segunda instancia

En sentencia del 16 de mayo de 2014, el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá confirmó la providencia del *a-quo*, al considerar que no se probó la inminencia de un perjuicio, ni la ocurrencia de una violación respecto de los derechos invocados.

III. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

3.1. Copia de la Resolución No. 10311 de 5 de octubre de 2009, por la cual se retira del servicio al señor Félix Alberto Solano Molinares por pérdida de capacidad laboral de 96%, a partir del 13 de octubre del año en cita³.

3.2. Copia de la Resolución No. 10732 de 16 de octubre de 2009, por la cual se modifica el anterior acto administrativo, en el sentido de disponer la fecha de retiro del señor Solano Molinares, a partir del 11 de septiembre de dicho año⁴.

3.3. Copia del registro civil de defunción del señor Félix Alberto Solano Molinares, en el que se certifica que murió el 24 de septiembre de 2009⁵.

3.4. Copia de la sentencia de primera instancia proferida el 4 de mayo de 2012 por el Juzgado 8 de Familia de Bogotá, dictada en el proceso ordinario de declaración de unión marital de hecho y sociedad patrimonial promovido por el accionante⁶.

3.5. Copia de la sentencia de segunda instancia proferida el 28 de septiembre de 2012 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el referido proceso ordinario⁷.

3.6. Copia de la Resolución No. 5067 de 26 de octubre de 2010, por la cual la Secretaría de Educación de Bogotá acumula los expedientes que contienen las solicitudes de reconocimiento y sustitución pensional del señor Félix Alberto Solano Molinares, presentadas por los padres y el compañero permanente del causante, las cuales se resuelven de forma negativa⁸.

3.7. Copia de la Resolución No. 4972 del 20 de septiembre de 2011, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá confirma la citada Resolución No. 5067 de 2010⁹.

3.8. Copia de una declaración rendida el 13 de febrero de 2014 por el señor José Luis Villareal Echeona, en la que afirma que el señor Solano Molinares y el accionante convivieron como pareja durante 26 años, desde el 19 de agosto de 1983 hasta el día de la muerte del primero¹⁰.

3.9. Copia de la historia clínica del 4 de febrero de 2014 que reposa en la Organización Sanitas Internacional, en la que se registra que el actor padece hipertensión y porta una válvula mecánica¹¹.

3.10. Copia de una solicitud de vinculación de pensiones voluntarias de la Fiduciaria Fiducolombia S.A., en la que el señor Solano Molinares registra como único beneficiario al accionante¹².

³ Folio 6 del cuaderno principal.

⁴ Folio 7 del cuaderno principal.

⁵ Folio 8 del cuaderno principal.

⁶ Folios 9 a 14 del cuaderno principal.

⁷ Folios 15 a 23 del cuaderno principal.

⁸ Folios 25 al 28 del cuaderno principal.

⁹ Folios 29 al 32 del cuaderno principal.

¹⁰ Folio 40 del cuaderno principal.

¹¹ Folio 44 del cuaderno principal.

3.11. Copia del Oficio S-2014-22459 del 12 de febrero de 2014, por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá remite por tercera vez a la citada Fiduciaria, el expediente de la pensión de invalidez del señor Solano Molinares y la correspondiente sustitución a favor del accionante¹³.

3.12. Copia del proyecto de Resolución mediante el cual la Secretaría de Educación reconoce la pensión por invalidez al señor Félix Alberto Solano Molinares a partir del 11 de septiembre de 2009 y sustituye la misma a favor del señor Julio César Amador Loiseau¹⁴.

3.13. Copia de una cuenta de cobro dirigida al accionante por concepto de cuotas de administración dejadas de pagar en el Edificio Plaza, por un valor total de \$ 1.071.385 pesos¹⁵.

3.14. Copia de una certificación bancaria donde consta que el accionante tiene una cuenta de ahorros en Bancolombia, con un saldo de \$ 1.209.728¹⁶.

3.15. Escritos dirigidos el 21 de abril y del 14 de mayo de 2014 a la Secretaría de Educación de Bogotá, en la que el apoderado de los señores Alba Esther Molinares y Pablo Rafael Solano García, solicita la revocatoria directa del acto administrativo mediante el cual, a su juicio, se reconoce la sustitución pensional a favor del accionante¹⁷.

IV. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

4.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 10 de julio de 2014 proferido por la Sala de Selección número Siete.

4.2. Trámite surtido en la Corte Constitucional

4.2.1. En Auto del 11 de septiembre de 2014, el Magistrado Sustanciador dispuso oficiar a la Fiduprevisora S.A., para que informara: (i) por qué razón no ha adelantado las gestiones necesarias para dar respuesta a la petición formulada por el actor el 29 de mayo de 2013 ante la Secretaría de Educación de Bogotá; (ii) cuáles son sus competencias en relación con el reconocimiento de derechos pensionales y (iii) cuál es el sustento normativo que justifica su decisión de continuar negándose a aprobar el proyecto de acto administrativo

¹² El formulario aparece firmado por el señor Solano Molinares, pero no está firmado por ningún funcionario de la fiduciaria. Folio 45 del cuaderno principal.

¹³ Folios 82 al 84 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 86 a 88 del cuaderno principal.

¹⁵ Folio 115 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 116 del cuaderno principal.

¹⁷ Folios 28 al 34 del cuaderno principal.

por el cual la citada Secretaría, reconoce y sustituye la pensión de invalidez causada por el señor Félix Alberto Solano Molinares a favor del actor.

Vencido el término concedido, no se recibió respuesta por parte de la entidad.

4.2.2. En Auto de la misma fecha, el Magistrado Sustanciador dispuso oficiar a la Secretaría de Educación de Bogotá, para que informara qué trámites ha adelantado para dar respuesta a la petición de reconocimiento y sustitución de la pensión de invalidez formulada por el actor hace más de 15 meses.

En escrito del 17 de septiembre de 2014, la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá informó que en tres oportunidades ha enviado a la Fiduprevisora S.A., la solicitud de aprobación de reconocimiento de la sustitución pensional del señor Solano Molinares a favor de su compañero permanente. Sin embargo, en igual número de oportunidades, la citada entidad se ha negado a su aprobación, por considerar principalmente que no existe una sentencia de unificación que permita proceder a la aprobación de la resolución de reconocimiento, máxime cuando en este caso el juez ordinario se abstuvo de declarar la unión marital de hecho entre el accionante y el señor Solano Molinares.

En este entendido, señaló que pese a su actuación proactiva en favor del accionante, no tuvo alternativa distinta que negar la sustitución pensional mediante Resolución No. 5694 del 4 de septiembre de 2014, por cuanto la entidad que representa únicamente puede otorgar derechos pensionales previa aprobación de la citada sociedad fiduciaria, pues a ella le compete el manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por consiguiente, en tanto existe un acto administrativo en firme, señala que el accionante debe acudir ante el juez contencioso administrativo para desvirtuar su legalidad, sin que sea la acción de tutela la vía idónea para tal fin. Por último, la Secretaría de Educación de Bogotá aportó las siguientes pruebas relevantes:

(i) Copia de la hoja de revisión del 8 de octubre de 2013 enviada por la Fiduprevisora S.A., a través de la cual se niega el reconocimiento del derecho pensional solicitado por la citada Secretaría a favor del actor, con fundamento en el hecho de que al docente no se le alcanzó a reconocer la pensión de invalidez en vida, de manera que con su muerte se extingue el derecho para el beneficiario.

(ii) Copia de la hoja de revisión del 19 de marzo de 2014 enviada por la Fiduprevisora S.A., mediante la cual se niega el reconocimiento del derecho pensional solicitado por la citada Secretaría a favor del actor, con base en que el Juzgado 8 de Familia de Bogotá, en sentencia del 4 de mayo de 2012, decidió no declarar la unión marital de hecho entre el accionante y el señor Solano Molinares.

(iii) Copia de la hoja de revisión del 11 de junio de 2014 enviada por la Fiduprevisora S.A., en la que se niega el reconocimiento del derecho solicitado por la citada Secretaría a favor del actor, reiterando lo dicho en la hoja de revisión del 19 de marzo de 2014. Por lo demás, se manifestó que no existe una sentencia de unificación que permita la aprobación de la solicitud, aunado a que en el Decreto 1848 de 1969¹⁸, la sustitución pensional no está consagrada a favor del compañero permanente del mismo sexo.

(iv) Copia de la Resolución No. 5694 del 4 de septiembre de 2014, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá negó el reconocimiento y sustitución de la pensión de invalidez solicitada por el accionante en calidad de compañero permanente del señor Félix Alberto Solano Molinares, con fundamento en la negativa de la Fiduprevisora S.A. de aprobar el proyecto de acto administrativo que otorga dicha prestación¹⁹.

4.3. Problema jurídico y esquema de resolución

4.3.1. A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales y de la información obtenida en sede de revisión, esta Corporación debe determinar si la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá y la Fiduprevisora S.A. desconocieron los derechos de petición, vida digna, mínimo vital, seguridad social, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y debido proceso del señor Julio César Amador Loiseau, con fundamento en la omisión en que se incurrió consistente en no dar respuesta favorable a la solicitud de reconocimiento y sustitución de la pensión de invalidez de su compañero permanente.

4.3.2. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Revisión inicialmente se pronunciará sobre (i) el principio de subsidiaridad y la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de derechos pensionales; luego de lo cual se referirá a (ii) la sustitución pensional y a la pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo. Con sujeción a lo anterior, (iii) se resolverá el caso en concreto.

4.4. Del principio de subsidiaridad y de la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de derechos pensionales

4.4.1. Tal como lo ha expuesto esta Corporación en las Sentencias T-471²⁰ y T-596 de 2014²¹, el artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de amparo constitucional sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²². Esto significa

¹⁸ “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.”

¹⁹ Esta misma resolución fue puesta de presente por el apoderado del actor mediante escrito radicado el 22 de septiembre de 2014 en la Secretaría General de esta Corporación.

²⁰ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²¹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²² Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010.

que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual *“procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”*²³. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en el desarrollo de los principios de independencia y autonomía de la actividad judicial.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo suficientemente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte, en la Sentencia SU-961 de 1999²⁴, al considerar que: *“en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”*. La segunda posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales²⁵.

En relación con el primer supuesto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible²⁶. Este amparo es eminentemente temporal, como lo reconoce el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: *“En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”*.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de

²³ Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

²⁴ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁵ Véanse, además, las Sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995.

²⁶ Sentencia C-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

ser *inminente*, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser *urgentes*; (iii) el perjuicio debe ser *grave*, esto es, susceptible de generar un daño trascendente en el haber jurídico de una persona; y (iv) exige una respuesta *impostergable* para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos²⁷. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008²⁸, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de *“presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.”*

En cuanto al segundo evento, se entiende que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, esta Corporación ha dicho que: *“el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal”*²⁹. *La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado”*³⁰.

Finalmente, reitera la Sala que en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, esta Corporación también ha establecido que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial³¹. Al respecto, la Corte ha señalado que: *“no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”*³².

4.4.2. En lo que respecta al reconocimiento de derechos pensionales por medio de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha señalado que por regla general dicha pretensión es improcedente debido a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial. No obstante, por ejemplo, de manera excepcional, se ha contemplado su viabilidad para obtener el derecho a la

²⁷ Véanse, entre otras, las Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.

²⁸ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁹ Véase, entre otras, las Sentencias T-106 de 1993 y T-100 de 1994.

³⁰ Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³¹ Igual doctrina se encuentra en las Sentencias T-203 de 1993, T-483 de 1993 y T-016 de 1995.

³² Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

pensión de sobrevivientes (incluida la sustitución pensional)³³, cuando por su falta de otorgamiento se ven afectados de manera directa los derechos fundamentales de los beneficiarios del causante, puesto que al faltar la persona que proveía la manutención del hogar, *“aquellas personas que dependían económicamente de éste, quedarían desprovistas de los recursos necesarios para su congrua subsistencia”*³⁴. En estos casos, la controversia que en principio podría ser resuelta según las reglas de competencia por la jurisdicción ordinaria o por la justicia contenciosa, se torna en un conflicto constitucional³⁵.

En este orden de ideas, esta Corporación excepcionalmente ha admitido la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, en aquellos casos en los que se verifica que (i) su falta de reconocimiento y pago ha generado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, en particular de su derecho al mínimo vital; (ii) se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos; y (iii) aparece acreditado –siquiera sumariamente– las razones por las cuales el medio de defensa judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable³⁶. En todo caso, cuando el amparo se solicita por un sujeto de especial protección constitucional (persona de la tercera edad, madre o padre cabeza de familia, persona inválida o en situación de discapacidad), el juicio de procedencia de la acción de tutela debe hacerse menos riguroso³⁷.

A los requisitos previamente expuestos, la Corte ha adicionado (iv) la necesidad de acreditar en el trámite de la acción de tutela –por lo menos sumariamente– que se cumplen con los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada. Sobre este punto se ha dicho que:

³³ Tal como se indica en la Sentencia C-111 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), que a su vez cita la Sentencia C-617 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), el numeral 1° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a los casos en los que se presenta la muerte de la persona que ya se encuentra pensionada por invalidez o por vejez, de manera que frente a este escenario se presenta en realidad una *“subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular, y no la generación de una prestación nueva o diferente”*. Este escenario ha sido contemplado por la jurisprudencia como la sustitución pensional. A pesar de ello, por fuera de dicha precisión terminológica, el ordenamiento jurídico suele incluir a esta prestación dentro del concepto genérico de pensión de sobrevivientes.

³⁴ Sentencias T-479 de 2008, T-776 de 2009 y T-602 de 2010.

³⁵ En dicho sentido esta Corporación explicó que: *“La controversia sobre el reconocimiento de los derechos pensionales adquiere la dimensión de un problema constitucional cuando su no reconocimiento viola o amenaza violar derechos fundamentales diversos entre ellos el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la familia o su protección especial y los derechos fundamentales de los niños, y los medios judiciales no son eficaces para su protección teniendo en cuenta las circunstancias particulares del actor, o la intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable”*. Sentencia T-1083 de 2001 reiterada en las Sentencias T-473 de 2006, T-517 de 2006, T-580 de 2006, T-395 de 2008, T-707 de 2009 y T-708 de 2009.

³⁶ Véanse, entre otras, Sentencias T-249 de 2006, T-055 de 2006, T-851 de 2006, T-1046 de 2007, T-597 de 2009 y T-427 de 2011.

³⁷ Al respecto, en la Sentencia T-836 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, esta Corporación expuso que: *“(…) en estos casos la lesión a sus derechos fundamentales tiene un efecto particularmente severo en la medida en que estos sujetos se encuentran previamente en una especial condición de desamparo, la cual se hace mucho más gravosa ante el no reconocimiento del derecho pensional.”*

“El excepcional reconocimiento del derecho pensional por vía de tutela se encuentra sometido, adicionalmente, a una última condición de tipo probatorio, consistente en que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho, a pesar de la cual la entidad encargada de responder no ha hecho el mencionado reconocimiento o simplemente no ha ofrecido respuesta alguna a la solicitud. Ahora bien, en aquellos casos en los cuales no se encuentre plenamente acreditado el cumplimiento de los requisitos y los derechos fundamentales del solicitante se encuentren amenazados por un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá reconocer de manera transitoria el derecho pensional cuando exista un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud.

El mencionado requisito probatorio pretende garantizar dos objetivos: en primer lugar, busca asegurar la eficacia de los derechos fundamentales del sujeto que a pesar de encontrarse en una grave situación originada en el no reconocimiento de su derecho pensional, cuya procedencia está acreditada, no ha visto atendida su solicitud de acuerdo a la normatividad aplicable y a las condiciones fácticas en las que apoya su petición. Y, en segundo lugar, este requisito traza un claro límite a la actuación del juez de tutela, quien sólo puede acudir a esta actuación excepcional en los precisos casos en los cuales esté demostrada la procedencia del reconocimiento.”³⁸

Como se observa de lo expuesto, en virtud del principio de subsidiaridad, una vez se valora la situación fáctica del accionante y se llega a la conclusión de que la acción de tutela es procedente, ésta podrá otorgarse de forma definitiva o como mecanismo transitorio. En criterio de esta Corporación, el amparo se concederá como mecanismo principal de protección, en aquellos casos en que se acrediten los requisitos mencionados, siempre que el medio de defensa judicial existente no resulte idóneo o eficaz para resolver el litigio planteado, entre otras, porque no brinda una protección integral e inmediata frente a la urgencia requerida³⁹. Para tal efecto, como ya se dijo, es indispensable tener en cuenta las circunstancias del caso y la condición de sujeto de especial protección que pueda tener la persona que acuda en amparo constitucional, como ocurre, por ejemplo, con las personas inválidas o en situación de discapacidad⁴⁰.

³⁸ Sentencia T-836 de 2006 reiterada, en otras, en las Sentencias T-300 de 2010, T-868 de 2011 y T-732 de 2012.

³⁹ Sentencias T-1291 de 2005, T-668 de 2007, T-471 de 2014 y T-596 de 2014.

⁴⁰ La Constitución Política, en los artículos 13 y 17, establece que las personas con discapacidad con sujetos de especial protección. Este reconocimiento se fuerza, entre otros, con los siguientes instrumentos internacionales: *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 1346 de 2009)*, *la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971)*, *la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975)*, *las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad* y *la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*.

Por el contrario, el amparo será transitorio, cuando además de acreditar la afectación de un derecho fundamental y la existencia de una actividad desplegada para obtener su debida protección, se está ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, cuya valoración resulta necesaria ante la eficacia del otro medio de defensa judicial, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. En criterio de la Corte, una de dichas hipótesis se presenta cuando luego de revisar el acervo probatorio, existe una discusión sobre la titularidad del derecho reclamado o quedan algunas dudas sobre el cumplimiento de todos los requisitos para obtener el derecho a la pretensión requerida, siempre que exista un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud. En estos casos se evaluará la satisfacción de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para sustentar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad de la acción) y se adoptará una decisión con efectos temporales, esto es, mientras se define la controversia mediante los recursos judiciales ordinarios⁴¹.

A manera de ejemplo, en la Sentencia T-776 de 2009⁴², la Corte decretó un amparo transitorio en el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, en relación con la cónyuge y los hijos menores de edad de una persona que fue víctima de desaparición forzada. Al pronunciarse sobre el caso concreto, esta Corporación consideró que la contabilización de las 50 semanas al Sistema General de Pensiones dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del afiliado⁴³, debía realizarse desde el momento en el que el desaparecido estuvo en imposibilidad física y jurídica de cotizar y no desde cuando se decretó la muerte presunta por las autoridades judiciales. Al tratarse de un asunto que generaba duda sobre la forma de contabilizar el número mínimo de semanas requeridas para acceder a la pretensión solicitada, la Corte defirió su determinación a la justicia ordinaria mientras concedía un amparo transitorio, por una parte, por entender que se estaba ante un perjuicio irremediable y, por la otra, por considerar que existía un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud.

En este mismo sentido, en la Sentencia T-740 de 2007⁴⁴, esta Corporación otorgó un amparo transitorio en el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, al pronunciarse sobre la solicitud de una señora 80 de años (madre de la causante) que, a su vez, tenía un hijo al cual le negaron dicha prestación por no acreditar su condición de estudiante. Para la Corte, si bien existe un orden de beneficiarios de la citada pensión⁴⁵, mientras uno de ellos no acredite su condición de tal, es posible otorgar el reconocimiento de la prestación reclamada a los que le sigan en turno, tal y como ocurrió en el caso objeto de pronunciamiento, en el que ante un perjuicio irremediable, se

⁴¹ Decreto 2591 de 1991, art. 8.

⁴² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴³ El artículo 46 de la Ley 100 de 1993 determina que: “*Tendrán 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*”.

⁴⁴ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁵ Al respecto, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, dispone que: “*a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste*”.

accedió al otorgamiento de un amparo temporal a favor de la accionante, mientras no se llegue a reconocer la existencia de un mejor derecho a favor del hijo de la causante.

4.4.3. Con fundamento en lo anterior, esta Sala procederá a examinar si en el caso sometido a revisión se cumple con el requisito de subsidiaridad, en particular se verificará (i) que se haya invocado la afectación de algún derecho fundamental, (ii) que se haya intentado una actividad mínima para proteger ese derecho y (iii) que se hayan expuesto las razones por las cuales el otro medio de defensa judicial no está llamado a prosperar.

Al contrastar la verificación de los requisitos previamente expuestos, esta Sala encuentra que:

- El accionante invoca primordialmente la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, pues afirma que dependía económicamente de su compañero permanente. Así las cosas, en la actualidad, el señor Amador Loiseau se encuentra en una precaria situación económica, ya que sostiene que en su cuenta de ahorros sólo le queda \$ 1.200.000 pesos, que máximo le alcanzará para el sostenimiento de sus gastos por un mes. Por lo demás, señala que tiene deudas por concepto de administración⁴⁶, y que por su edad (69 años) y las complicaciones cardíacas que padece, se le ha dificultado obtener un trabajo fijo del cual derivar su subsistencia.
- En cuanto a la necesidad de que se haya desplegado cierta actividad administrativa o judicial en defensa de sus derechos, esta Sala observa que el actor ha formulado tres solicitudes de reconocimiento pensional ante la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá. La primera, el día 24 de noviembre de 2010, la cual fue resuelta negativamente mediante Resolución No. 5067 del 26 de octubre del año en cita, contra la cual interpuso recurso de reposición. Las siguientes solicitudes se radicaron en mayo y septiembre de 2013, sin que obtuviese una respuesta favorable a sus intereses. Al margen de lo anterior, se encuentra que el accionante también inició un proceso ordinario, para obtener la declaratoria de unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial entre él y su compañero permanente, esto es, el señor Félix Alberto Solano Molinares. Desde este punto de vista, en criterio de esta Sala de Revisión, es claro que el actor ha tenido una actitud diligente encaminada a la protección de sus derechos fundamentales, con miras a lograr el reconocimiento y pago de la prestación reclamada.
- Finalmente, a partir del contexto general de la acción de tutela y de las actuaciones adelantadas en sede de revisión, esta Sala evidencia que se expusieron las razones por las cuales los medios ordinarios de defensa judicial no están llamados a prosperar. En efecto, el accionante manifestó que no tiene ingresos para vivir dignamente y que desde el año 2010 está solicitando el reconocimiento de una prestación cuya titularidad –en su

⁴⁶ Se trata de una cuenta de cobro por valor de \$ 1.071.385 pesos.

opinión— no está en discusión, de manera que, de someterse nuevamente a otro proceso judicial, se haría muy gravosa su situación.

Sobre este último punto, la Sala encuentra que el accionante tendría dos vías para la salvaguarda de sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social. En primer lugar, haber interpuesto un recurso de reposición contra el acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez y, por ende, la respectiva sustitución pensional. Y, en segundo lugar, promover un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho dirigido a la obtención de la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 5694 del 4 de septiembre de 2014, en la que finalmente la Secretaría de Educación de Bogotá negó el derecho reclamado⁴⁷.

Para esta Sala de Revisión, visto los elementos particulares del caso, es claro que ninguno de los citados medios de defensa resulta idóneo para resolver el asunto planteado. Precisamente, en lo que atañe a la interposición del recurso de reposición, esta Corporación debe insistir en que el ejercicio de la acción de amparo constitucional no exige el agotamiento previo de los recursos administrativos, como expresamente lo dispone el artículo 9 del Decreto 2591 de 1991⁴⁸, por lo que ante la necesidad apremiante de proteger derechos fundamentales, no cabe exigir la iniciación de una actuación administrativa⁴⁹.

De igual manera, en lo que respecta al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, se observa que dadas las particulares y excepcionales circunstancias del señor Amador Loiseau, el citado medio de defensa judicial carece de la entidad suficiente para otorgar un amparo integral. En efecto, la demora en la definición de su derecho pensional, conduce a la existencia de una dilación injustificada en la resolución acerca de la obtención de una prestación, como lo es la sustitución pensional, prevista para resguardar el mínimo vital y las condiciones básicas de subsistencia de quienes dependían del causante para subsistir. En este caso, como se deriva de los hechos invocados en la demanda, no cabe duda el carácter apremiante que tiene el presente amparo constitucional, pues, como ya se dijo, se trata de una persona de 69 años de edad, que presenta dificultades en su condición salud, que lleva más de cuatro años esperando la resolución de su situación pensional y que carece de un trabajo fijo del cual derivar su subsistencia.

⁴⁷ El artículo 104 del CPACA dispone que: “*La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...) 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público (...)*”.

⁴⁸ La norma en cita señala que: “**Artículo 9.- Agotamiento opcional de la vía gubernativa.** No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerzan directamente en cualquier momento la acción de tutela. (...)”.

⁴⁹ Por ejemplo, en la Sentencia T-596 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, a pesar de encontrarse en trámite un recurso de apelación contra un acto administrativo proferido por Colpensiones, se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por el actor.

Por lo anterior, la Sala concluye que se encuentran satisfechos los requisitos enunciados por la jurisprudencia, para que se entienda acreditado el requisito de subsidiariedad. No obstante, más adelante, se examinará si el señor Julio César Amador Loiseau tiene o no derecho a la pensión solicitada y, si es del caso, el tipo de amparo llamado a prosperar⁵⁰.

4.5. De la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo

4.5.1. El Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes en los artículos 46 y subsiguientes⁵¹. De acuerdo con lo previsto en el citado régimen normativo, este derecho nace cuando la persona pensionada por vejez o invalidez⁵² o el afiliado al sistema fallecen, generando una prestación económica a favor de los miembros del grupo familiar que dependían del causante, con el propósito de enervar las contingencias económicas derivadas de su muerte. Esta pensión constituye una garantía para satisfacer el mínimo vital respecto de quienes tenían una relación de dependencia, en desarrollo de los principios de solidaridad y universalidad que rigen el servicio público a la seguridad social, conforme se establece en el artículo 48 de la Constitución Política.

Al respecto, en la Sentencia T-210 de 2011⁵³, esta Corporación se refirió a la *sustitución pensional* como expresión actual de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“El derecho a la seguridad social previsto en el artículo 48 de la Constitución Política incluye, conforme lo señaló esta Corte en sentencia de constitucionalidad C- 1141-08, ‘el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos de atención de salud, c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos u los familiares a cargo’ (Resalta la Sala).

El derecho a la pensión sustitutiva⁵⁴ hace referencia a la situación que se presenta ante la muerte de quien fue pensionado por vejez

⁵⁰ Esto se vincula con el cuarto requisito de procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de derechos pensionales, referente a la necesidad de acreditar en el trámite de la acción de tutela –por lo menos sumariamente– que se cumplen con los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada.

⁵¹ “**Artículo 46. 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”

⁵² Como ya se dijo, este escenario ha sido contemplado por la jurisprudencia como la sustitución pensional.

⁵³ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁴ La referencia a la pensión sustitutiva y a la pensión de sobreviviente ha sido utilizada de manera similar, bajo la noción de que ambas tienen la finalidad de “proteger al núcleo familiar que se ve desamparado por el fallecimiento de la persona que proveía lo necesario para el sustento del hogar en sus diferentes aspectos” (T-1067 de 2001). Empero, se ha de señalar que técnicamente corresponde a nociones diferentes,

que genera la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación económica que éste venía recibiendo. Constituye así un derecho de contenido fundamental en cuanto garantiza –es el soporte para satisfacer– el mínimo vital de las personas que dependían del causante y que se erige en sus beneficiarios de conformidad con la ley⁵⁵.

La pensión sustitutiva tiene como finalidad proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Su objetivo es que los dependientes del causante mantengan el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del fallecido. En otros términos, se instituyó con el fin de evitar que los allegados al trabajador pensionado queden desamparados por el sólo hecho de su desaparición, esto es, con el fin de que los beneficiarios obtengan recursos económicos, producto de la actividad laboral del causante, para tener una vida digna y justa expresada en la obtención de la mesada pensional que tenía el causante⁵⁶.”

4.5.2. En el asunto *sub-judice*, el estudio sobre el reconocimiento de la sustitución pensional se realiza a la luz de lo previsto por el Decreto 1160 de 1989⁵⁷, que en los artículos 5 y 6 determina los escenarios en los que cabe este derecho y enumera los beneficiarios de la citada prestación, en los siguientes términos:

“Artículo 5.- Sustitución pensional. Hay sustitución pensional en los siguientes casos:

- a). Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez;
- b). Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.”

“Artículo 6.- Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndase las provisiones sobre sustitución pensional:

según se expuso en sentencia de constitucionalidad C-617 de 2001: la sustitución pensional o pensión sustitutiva hace referencia a la situación que se presenta ante la muerte del pensionado, por vejez o por invalidez, hipótesis en la cual tiene lugar la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación económica que venía recibiendo su titular y no la generación de una prestación nueva o diferente. La pensión de sobreviviente por su parte ocurre ante la muerte del afiliado, se paga a sus familiares y es una nueva prestación de la que no gozaba el causante, que se genera –previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley– en razón de su muerte.

⁵⁵ Sentencias T-173 de 1994, T-789 de 2003 y T-1229 de 2003.

⁵⁶ Véase, entre otras, las sentencias: T-190 de 1993, C-002 de 1999, T-1067 de 2001, C-1094 de 2003, T-789 de 2003, T-425 de 2004, C-451 de 2005, T-104 de 2006 y T-1056 de 2006.

⁵⁷ La citada norma es la que acoge la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá para elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de la pensión reclamada, en virtud del régimen especial aplicable consagrado, entre otras, en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante. (...)"

Asimismo, el Decreto en cita dispone que:

“Artículo 12.- Compañero permanente. Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien ostente el estado civil de soltero(a) y haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales.

Parágrafo.- El compañero o compañera permanente pierde el derecho a la sustitución pensional que esté disfrutando cuando contraiga nupcias o haga vida marital.

Artículo 13.- Prueba de la calidad de compañero permanente. Se acreditará la calidad de compañero o compañera permanente, con la inscripción efectuada por el causante en la respectiva entidad de previsión social o patronal. Igualmente se podrá establecer con dos (2) declaraciones de terceros rendidas ante cualquier autoridad política o judicial del lugar.

En caso de vínculo matrimonial del compañero o compañera permanente que reclame el derecho a la sustitución pensional, se deberá presentar la respectiva sentencia judicial sobre la nulidad o el divorcio, debidamente ejecutoriada.” (Los apartes subrayados fueron declarados nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 8 de julio de 1993⁵⁸)

En este orden de ideas, según el Decreto 1160 de 1989, el derecho a la sustitución pensional incluye al compañero o compañera permanente con quien el causante haya hecho vida marital durante el año inmediatamente anterior a su fallecimiento. Si bien la norma no tiene una previsión expresa que haga extensivo el beneficio pensional a parejas del mismo sexo, es preciso aclarar que, en este caso, estas parejas deben entenderse incluidas en el campo de protección de la norma, por las razones que a continuación se exponen.

4.5.3. Inicialmente, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de extender los beneficios pensionales a parejas del mismo sexo, en el régimen general de la Ley 100 de 1993. En efecto, en la Sentencia C-336 de 2008⁵⁹, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de varias disposiciones de dicho régimen, en el entendido de que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo, en virtud del mandato constitucional que prohíbe otorgar tratos discriminatorios (CP art. 13), en armonía con la garantía de la dignidad

⁵⁸ C.P. Clara Forero de Castro.

⁵⁹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP arts. 12 y 16), en su faceta de la libre opción sexual. Sobre el particular, se dispuso que:

“Cabe recordar, que a la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. (...)”

En el presente caso, la aplicación de las expresiones demandadas 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, aún 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.

Trato discriminatorio para las parejas homosexuales que 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.”

En desarrollo de lo anterior, en sede de revisión, la Corte también ha considerado que es exigible el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo, en aquellos casos en que los regímenes pensionales especiales no consagran expresamente a dicha pareja como beneficiaria. En este orden de ideas, por ejemplo, en la Sentencia T-1241 de 2008⁶⁰, este Tribunal manifestó que si bien a partir de una lectura aislada del artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, referente al régimen prestacional de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, no se encuentra referencia explícita a la pensión de sobrevivientes para el compañero o compañera permanente del mismo sexo, una lectura armónica de dicha norma con los mandatos previstos en la Constitución, entre los cuales se destacan los derechos a la igualdad y la dignidad humana, así como el principio de protección universal en seguridad

⁶⁰ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

social⁶¹, permitía concluir que se debía otorgar el mismo trato a las parejas heterosexuales como homosexuales.

Por su relación con el asunto bajo examen, se transcriben *in extenso* los principales elementos que constituyen el fundamento de la citada decisión:

“Sobre el particular, la Sala comprueba que, tal y como lo ha manifestado la entidad, de la lectura aislada del artículo 185 del Decreto 1211 de 1990 es cierto que se puede inferir que dentro del régimen prestacional adscrito a los oficiales y suboficiales del ejército, la pensión de sobrevivientes únicamente está fijada para el cónyuge sobreviviente⁶². // Sin embargo, como se pasa a ver, la aplicación de la norma en esas condiciones deviene en inconstitucional, cuando excluye las demás formas de vínculo o unión, por desconocer derechos como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. De entrada es importante reiterar, como lo ha hecho este Tribunal en múltiples oportunidades, que la Constitución Política de 1991 dio igual valor a todas las formas de pareja, “*sin importar si ellas nacen por vínculos jurídicos o naturales*”⁶³ y, de esa forma, nuestro sistema de derechos rechaza, por discriminatorio, todo acto u omisión que diferencie a las relaciones perfeccionadas a partir del matrimonio [o] de las uniones de hecho. Bajo estas consideraciones la Sala Plena y las Salas de Revisión de la Corte han extendido a los compañeros permanentes los derechos -como la pensión de sobrevivientes- que en otro marco constitucional sólo estaban restringidos a aquellas personas que ostentaban el título jurídico de cónyuge⁶⁴.

Así también, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de señalar los cauces mínimos que deben regir el sistema de seguridad social y los límites a los que están sometidos el legislador y los diferentes operadores administrativos cuando definen o aplican los

⁶¹ CP. art. 48.

⁶² El artículo 185 del Decreto 1211 de 1990 dice: “**ARTICULO 185. ORDEN DE BENEFICIARIOS.** Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial: “a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley. // b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley. // c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así: - El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.- El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales. // d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se divide entre los padres así: - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres. - Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción. - Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres. - Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción. // Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años. // Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos. // A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

⁶³ Sentencia C-482 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁴ Específicamente sobre los derechos de los compañeros permanentes sobre la pensión de sobreviviente, [se pueden consultar, entre otras], las sentencias T-660 de 1998, T-349 de 2006, T-202 de 1995, T-018 de 1997, T-122 de 2000, T-870 de 2007 (caso aplicado al régimen prestacional especial de la Policía Nacional) y C-1094 de 2003.

lineamientos de acceso y los requisitos para aprovechar sus diferentes servicios y prestaciones. Una de las restricciones más importantes a las que se ha referido esta Corporación es la inserción de clasificaciones subjetivas irrazonables como, por ejemplo, aquellas que constituyen injerencias arbitrarias en el fuero interno de las personas. Una aplicación puntual de esta restricción es el respeto del derecho fundamental a la libre opción sexual o potestad de autodeterminación sexual, de acuerdo al cual *“el comportamiento sexual, amén de pertenecer a la esfera más íntima del ser humano, hace parte estructural de su libertad personal, lo cual descarta cualquier intervención del Estado y la sociedad, pues no se trata de una situación en la que se entienda comprometido el interés público o de la que pueda derivarse un perjuicio social”*⁶⁵.

Precisamente, en aplicación del tal derecho, aceptando del valor que la diversidad tiene en nuestra Carta Política y dentro de una comprensión de nuestra sociedad en la que se reconoce que la *“realidad homosexual se ha hecho más visible”*⁶⁶, llevando a la apertura o admisión de nuevas ‘opciones’ y el reconocimiento de necesidades y carencias, este Tribunal Constitucional ha comprobado la existencia de prácticas discriminatorias y la desprotección o ‘déficit’ de protección de las parejas homosexuales en múltiples ámbitos jurídicos.

Uno de ellos, relativo al derecho a la pensión de sobrevivientes en las parejas del mismo sexo, fue definido por la Corte con anterioridad a la presentación de la presente acción de tutela. En efecto, en la Sentencia C-336 de 2008⁶⁷ se estableció que excluir a las parejas del mismo sexo del acceso a esta prestación constituye un trato discriminatorio, contrario al *“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”*. (...)

Así pues, nótese que en la actualidad es inconstitucional excluir a las parejas del mismo sexo del acceso a la pensión de sobreviviente, en razón a su condición sexual. La Corte, en varias providencias de constitucionalidad⁶⁸, ha aclarado que no existen fundamentos jurídicos legítimos a partir de los cuales se pueda sostener que dicha prestación (así como otros beneficios de la seguridad social) está limitada exclusivamente a las uniones heterosexuales sino que, en aplicación directa de la Constitución Política y con el objeto de corregir el déficit y la discriminación de dichos sujetos, la misma debe extenderse en iguales condiciones a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas del mismo sexo. Por tanto, a partir de tales fundamentos, la

⁶⁵ Sentencia C-507 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶⁶ Sentencia C-075 de 2007, citada.

⁶⁷ Esta providencia fue dictada por la Sala Plena de la Corte el 16 de abril de 2008.

⁶⁸ Las más importantes de ellas son las Sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007 y C-336 de 2008.

Sala rechaza tajantemente la interpretación que la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares efectuó sobre el orden de beneficiarios para acceder a la prestación, conforme al artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, y en su lugar, habrá de prevenirle para que en adelante ajuste todos sus procedimientos internos a los fundamentos jurídicos establecidos en la sentencia C-336 de 2008⁶⁹, permitiendo dentro del régimen prestacional de la fuerza pública el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al compañero o compañera permanente de las parejas homosexuales, siempre que cualquiera de ellos cumpla con los mismos requisitos exigidos a los integrantes de las parejas heterosexuales⁷⁰.

4.5.4. Similar análisis debe realizarse en este caso, pues en desarrollo del artículo 4 del Texto Superior⁷¹, es innegable que la aplicación de las normas sobre seguridad social (incluido el régimen pensional) debe realizarse de acuerdo con los mandatos constitucionales, lo que en el asunto *sub-judice* implica que aunque el artículo 6 del Decreto 1160 de 1989 no prevé expresamente entre los beneficiarios de la sustitución pensional a las parejas del mismo sexo, lo cierto es que en virtud del carácter prevalente de la Constitución y en respuesta a los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, en un contexto acorde con el principio de acceso universal a la seguridad social, lo procedente es extender el alcance de dicha protección a ese grupo poblacional, siempre que se acrediten las condiciones previstas para las parejas heterosexuales en el artículo 12 del decreto en cita, esto es, que quienes invoquen la condición de compañeros permanentes (sin importar su sexo) prueben haber convivido con el causante durante el último año antes de su muerte⁷².

⁶⁹ La aplicación de estos precedentes al régimen prestacional especial de la fuerza pública tiene fundamento en el principio de igualdad y en el valor de las decisiones proferidas por el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 243 de la Carta. La sentencia T-292 de 2006 explicó este fenómeno hermenéutico de la siguiente manera: “*En el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta que punto el precedente es relevante o no: (i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que ‘cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente’. Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla -prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes.*”

⁷⁰ Subrayado por fuera del texto original.

⁷¹ La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

⁷² Como previamente se dijo, la norma en cita dispone que: “*Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien ostente el estado civil de soltero(a) y haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales. (...)*”. Los apartes subrayados fueron declarados nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 8 de julio de 1993. No sobra recordar que en términos de prueba, el mencionado artículo 13 señala que: “*Se acreditará la calidad de compañero o compañera permanente, con la inscripción efectuada por el causante en la respectiva entidad de previsión social o patronal. Igualmente se podrá establecer con dos (2) declaraciones de terceros rendidas ante cualquier autoridad política o judicial del lugar.*”

En conclusión, en criterio de esta Sala de Revisión, en desarrollo directo de los mandatos constitucionales, y siguiendo la jurisprudencia sobre la materia, es claro que la sustitución pensional que consagra el Decreto 1160 de 1989 también debe extenderse a las parejas del mismo sexo, siempre que se acredite la convivencia previamente reseñada, la cual, según se expuso, debió prolongarse por lo menos un año antes del fallecimiento del causante.

4.6. Caso concreto

4.6.1. Antes de pasar al análisis del caso concreto, es preciso aclarar que sobre el amparo del derecho de petición, la Sala advierte que existe carencia actual de objeto, pues durante el trámite de revisión surtido en este Tribunal, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá dio respuesta el 4 de septiembre de 2014, en el sentido de negar el reconocimiento y sustitución de la pensión de invalidez mediante la Resolución No. 5694 de dicho año.

4.6.2. De esta manera, la presente acción de tutela se circunscribe al análisis respecto de la decisión adoptada por la Secretaría de Educación de Bogotá y la Fiduprevisora S.A., consistente en abstenerse de reconocer la aludida pensión de invalidez del señor Félix Alberto Solano Molinares y, a partir ello, otorgar la respectiva sustitución pensional a favor del accionante, así como el pago de las mesadas pensionales adeudadas desde el 11 de septiembre de 2009. Por esta razón, de acuerdo con el problema jurídico planteado, esta Sala de Revisión debe determinar si la decisión previamente reseñada configura o no una vulneración de los derechos al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad social del señor Julio César Amador Loiseau.

Para efectos de lo anterior, en primer lugar, se estudiará si en el caso bajo examen es procedente el otorgamiento de la pensión de invalidez reclamada; en segundo lugar, se examinará si se cumplen o no con los requisitos para conceder la sustitución pensional a un compañero permanente del mismo sexo y, finalmente, en caso de que los citados requisitos se encuentren satisfechos, se procederá a determinar si el amparo está llamado a prosperar y si su otorgamiento procede con carácter definitivo o transitorio.

4.6.3. Respecto del primer punto, esto es, lo referente a la pensión de invalidez reclamada, tal como lo expone la Secretaría de Educación de Bogotá, en este caso, el señor Solano Molinares perdió un 96% de su capacidad laboral, razón por la cual fue retirado del servicio a partir del 11 de septiembre de 2009, de manera que en los términos del Decreto 1848 de 1969, se trata de un empleado que supera el 75% de pérdida de capacidad laboral, por lo que tiene derecho a acceder a la citada pensión de invalidez⁷³.

⁷³ La Secretaría de Educación de Bogotá explicó que, en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el régimen aplicable para el otorgamiento de la pensión de invalidez reclamada por el accionante corresponde al Decreto 1848 de 1969. (Folio 83 del cuaderno principal). Sobre el particular, el artículo 65 del decreto en cita dispone que: “**Artículo 61°.- Definición.** 1. Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido el empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, [ha] perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente. (...)”

Ahora bien, pese a que al citado señor no se le reconoció en vida su pensión, ello no es óbice para entender que desde el día en que fue retirado del servicio se causó su derecho y nació la posibilidad de que a su muerte, la citada prestación fuese sustituida en uno de sus beneficiarios. Así, por ejemplo, el artículo 5 del Decreto 1160 de 1989 dispone que: *“Hay sustitución pensional en los siguientes casos: a) Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez (...)”*⁷⁴.

De acuerdo con lo expuesto, se encuentran cumplidos los presupuestos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, como igualmente lo sostiene la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, por lo que procederá la Sala de Revisión al examen del asunto que centra la atención en este caso, referente a si es posible la sustitución de dicha pensión a favor del accionante, en su calidad de compañero permanente del mismo sexo del causante.

4.6.4. De acuerdo con lo previsto en la parte motiva de esta providencia⁷⁵, en desarrollo del artículo 4 del Texto Superior, no cabe duda de que la aplicación de las normas sobre seguridad social (incluido el régimen referente a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional) debe realizarse de acuerdo con los mandatos constitucionales, lo que en el asunto *sub-judice* implica que aunque el artículo 6 del Decreto 1160 de 1989 no prevé expresamente entre los beneficiarios de la sustitución a las parejas del mismo sexo, lo cierto es que en virtud del carácter prevalente de la Constitución y en respuesta a los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, en un contexto acorde con el principio de acceso universal a la seguridad social, lo procedente es extender el alcance de dicha protección a ese grupo poblacional, siempre que se acrediten las condiciones previstas para las parejas heterosexuales en el artículo 12 del decreto en cita, esto es, que quienes invoquen la condición de compañeros permanentes (sin importar su sexo) prueben haber convivido con el causante durante el último año antes de su muerte⁷⁶.

Al descender al caso concreto, se encuentra en el expediente de tutela que ahora se revisa, que existe un pronunciamiento de un juez de familia que si bien no declara la unión marital de hecho, discusión ajena a lo que se debate en este proceso, sí declara la existencia de una sociedad patrimonial entre el señor Solano Molinares y el señor Amador Loiseau, con fundamento en la convivencia de pareja que se exige en las Leyes 54 de 1990 y 979 de 2005. Al respecto, se dijo que:

“Analizada la prueba allegada a este asunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, esto es la lógica, la ciencia y la experiencia acogidas

⁷⁴ Énfasis por fuera del texto original.

⁷⁵ Véase, al respecto, los acápites 4.5.3 a 4.5.4 de esta providencia.

⁷⁶ Como previamente se señaló, la norma en cita dispone que: *“Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien ostente el estado civil de soltero(a) y haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales. (...)”*. Los apartes subrayados fueron declarados nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 8 de julio de 1993.

reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia, se concluye necesariamente que se probó que entre JULIO CÉSAR AMADOR LOISEAU Y FELIX ALBERTO SOLANO MOLINARES, existió una convivencia en pareja del mismo sexo, con las características esenciales de permanencia, singularidad y comunidad de vida debidamente demostrada la misma desde el año 2000 hasta el 24 de septiembre de 2009, fecha en la que se produjo el deceso del causante FELIX ALBERTO SOLANO MOLINARES (...)

También quedó acreditado que las partes compartieron como pareja del mismo sexo, haciendo comunidad de vida permanente y singular en el inmueble ubicado en la KRA. 7 (...) de esta ciudad, no solo probado este hecho con la prueba testimonial, sino además con lo indicado por el fallecido FELIX ALBERTO en la SOLICITUD DE VINCULACIÓN PENSIONES VOLUNTARIAS de fecha 11 de mayo de 2005, en donde el mismo manifestó que la dirección de su residencia era KRA. 7 (...), confirmado tal hecho con el interrogatorio absuelto por el demandante en donde el mismo adujo que la convivencia con el causante se desarrolló en la dirección anotada⁷⁷.

En esta medida, si el régimen aplicable exige para efectos de la sustitución pensional, el deber de acreditar que el compañero permanente haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior su fallecimiento, como lo dispone el artículo 12 del Decreto 1160 de 1989, no queda duda de que ello se encuentra plenamente acreditado en el asunto *sub-examine* con el fallo proferido por el Juzgado 8 de Familia de Bogotá, en el que no sólo se puso de presente la duración del año de convivencia antes del deceso, sino la existencia de una comunidad de vida, permanente y singular, entre el señor Solano Molinares y el accionante por un espacio ininterrumpido de 9 años⁷⁸. Dicha circunstancia, además de lo expuesto, dio vida jurídica a una sociedad patrimonial, la cual, como lo disponen las Leyes 54 de 1990 y 979 de 2005, parte de la condición de acreditar la calidad de compañeros permanentes de sus integrantes⁷⁹.

Por lo demás, aun cuando el artículo 13 del Decreto 1160 de 1989 dispone como pruebas de la calidad de compañeros permanentes, la inscripción efectuada por el causante en la respectiva entidad o dos (2) declaraciones de terceros rendidas ante cualquier autoridad política o judicial del lugar, lo cierto es que esta Corporación –en jurisprudencia reiterada– ha señalado que en dicha materia existe libertad probatoria. Así, en Sentencia T-327 de 2014⁸⁰, se expuso que:

⁷⁷ Juzgado 8 de Familia de Bogotá, sentencia del 4 de mayo de 2012. Énfasis por fuera del texto original.

⁷⁸ Esta decisión fue confirmada por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 28 de septiembre de 2012.

⁷⁹ No sobra recordar que, como previamente se dijo, la Sentencia C-075 de 2007, señaló que las leyes en cita se entienden ajustas a la Constitución, en el entendido de que el régimen de protección en ellas contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

⁸⁰ M.P. María Victoria Calle Correa.

“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 2010⁸¹, 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.”⁸²

(...) 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.”

De donde se infiere que, respecto del caso concreto, se encuentran satisfechos los presupuestos materiales y formales para que opere la sustitución pensional a favor del accionante. Ahora bien, con fundamento en lo anterior, pasa la Sala a determinar el papel que debe cumplir en el trámite de reconocimiento del derecho pensional, tanto la Fiduprevisora S.A. como la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, para efectos de determinar si las dos entidades

⁸¹ MP. Mauricio González Cuervo.

⁸² 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.

desconocieron los derechos fundamentales invocados por el señor Amador Loiseau.

4.6.5. En primer lugar, al referirse al reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, *“por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”*, dispone que:

“Artículo 56.- Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

A su vez, en cuanto al trámite de solicitudes pensionales, el Decreto 2831 de 2005 que reglamenta el citado artículo 56 de la Ley 962 de 2005, indica que:

“Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4°. **Trámite de solicitudes.** El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su

aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.”

Como se deriva de las normas transcritas, es claro que debe existir plena armonía entre las actuaciones de la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la secretaría de educación del ente territorial a la que se encuentre vinculado el docente que reclama un derecho prestacional, con el único fin de asegurar la realización de este último. Con este propósito, se le otorga a la primera entidad la responsabilidad de aprobar el proyecto de acto administrativo que incluye el reconocimiento pensional, al tiempo que a la segunda se le impone el deber de elaborar dicho proyecto y una vez obtenida su aprobación, la obligación de efectuar su respectiva suscripción.

No obstante, en este caso no se observa que la actitud de la fiduciaria esté encaminada al reconocimiento pensional. Por el contrario, el examen de los documentos mediante los cuales dicha entidad devuelve el proyecto de acto administrativo a la Secretaría de Educación de Bogotá, solo se ponen de presente impedimentos que irreflexivamente llevan a una decisión negativa, que no resultan de recibo desde la perspectiva constitucional.

4.6.6. En desarrollo de lo expuesto, pasa la Sala a exponer las razones por las cuales no son de recibo los argumentos dados por la Fiduprevisora S.A., para negar el derecho a la sustitución pensional:

- En primer lugar, la fiduciaria señala que al docente no se le alcanzó a reconocer la pensión de invalidez en vida, de manera que con su muerte se extingue el derecho para el beneficiario. Sobre este punto, como ya se dijo, la sustitución pensional también opera en aquellos casos en que fallece una persona con “*derecho a la pensión de invalidez*”, de conformidad con lo previsto en el literal a) del artículo 5 del Decreto 1160 de 1989⁸³. De suerte que, como lo señala la Secretaría de Educación de Bogotá, en este caso, la pensión ya había sido causada por el docente.

- En segundo lugar, se aduce que el Juzgado 8 de Familia de Bogotá en sentencia de 4 de mayo de 2012, decidió no declarar la unión marital de hecho entre el señor Solano Molinares y el accionante. En relación con lo anterior, basta con señalar que dicha declaratoria es innecesaria, pues el supuesto que convalida la sustitución es que se haya hecho vida marital con el

⁸³ Como previamente se mencionó, la norma en cita establece que: “*Hay sustitución pensional en los siguientes casos: a) cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez (...)*”. Énfasis propio.

causante durante el año inmediatamente anterior a su fallecimiento⁸⁴, lo cual se acreditó, como se expuso, de acuerdo con el principio de libertad probatoria, a partir de la declaración que el citado juez realizó sobre la existencia de una sociedad patrimonial entre el accionante y el señor Solano Molinares, con base en la convivencia que tuvieron como pareja durante el término de nueve años anteriores a su deceso.

- Por último, se alega que en el régimen normativo aplicable a este caso no se enlista como beneficiario de la sustitución pensional al compañero permanente del mismo sexo. Al respecto, basta con referenciar las consideraciones expuestas en el acápite 4.5 de esta providencia, sobre el deber de aplicar las disposiciones legales, de acuerdo con los mandatos previstos en el Texto Superior, lo cual implica la obligación de entender que la referencia a los compañeros permanentes, incluye a las parejas del mismo sexo.

De esta manera, contrario a lo expuesto por la fiduciaria en sus hojas de revisión a través de las cuales devolvió el proyecto de acto administrativo de reconocimiento emanado de la Secretaría de Educación de Bogotá, es claro que sí está acreditado que el señor Julio César Amador era el compañero permanente del señor Félix Alberto Solano Molinares, de suerte que dicha entidad está vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, pues, como ya se dijo, se demostró que se trata de una persona de 69 años, que presenta dificultades en su condición de salud, que lleva más de cuatro años esperando la resolución de su situación pensional y que carece de un trabajo fijo del cual derivar su subsistencia⁸⁵.

Así las cosas, mientras la Sala observa una actitud diligente encaminada al otorgamiento de la prestación reclamada por el accionante de parte de la Secretaría de Educación de Bogotá, lo contrario ocurre con las actuaciones desarrolladas por la Fiduprevisora S.A., pues no ha podido concretarse el acto administrativo de reconocimiento de la sustitución pensional, como previamente se expuso, en la medida en que dicha entidad ha puesto trabas contrarias a lo previsto en la Constitución y en la normatividad aplicable. Al respecto, no sobra recordar que, como se señala en el Decreto 2831 de 2005, el acto de reconocimiento proferido por el secretario de educación del ente territorial, depende de la aprobación del proyecto que al respecto realice la citada fiduciaria.

4.6.7. Por las razones expuestas, la Sala Tercera de Revisión concederá el amparo solicitado por el señor Julio César Amador Loiseau y, por ende, le reconocerá el derecho a la sustitución pensional del señor Félix Alberto Solano Molinares, ya que del análisis probatorio allegado al expediente, es innegable que se cumplen con los requisitos legales para que sea beneficiario de dicha prestación. En este orden de ideas, es deber de la Sala establecer si la protección otorgada en esta providencia se concederá de manera transitoria o de forma definitiva.

⁸⁴ Decreto 1160 de 1989, art. 12.

⁸⁵ Véase, al respecto, el acápite 4.3.3 de esta providencia.

A juicio de esta Sala de Revisión, en el asunto bajo examen, es procedente conceder el amparo definitivo, porque (i) existe plena certeza de que el accionante cumple con los requisitos para acceder a la sustitución pensional. Adicionalmente, (ii) a pesar de que dicha prestación también fue reclamada por los padres del señor Solano Molinares⁸⁶, el otorgamiento de la misma no está sometida a controversia, pues cuando se cumplen los presupuestos para que el compañero permanente la adquiera, se desplaza a los demás posibles beneficiarios (con excepción de los hijos), cuyo derecho está sometido a la falta del primero⁸⁷. Finalmente, (iii) el motivo por el cual la Secretaría de Educación de Bogotá negó la prestación reclamada, se derivó de la falta de aprobación de la fiduciaria, quien, como ya se vio, sustentó su negativa en razones que no son de recibo desde la perspectiva constitucional ni legal.

4.6.8. En virtud de lo anterior, la Sala revocará la sentencia proferida el 16 de mayo de 2014 por el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá, que confirmó el fallo del 26 de marzo de 2014 adoptado por el Juzgado 20 Civil Municipal de la misma ciudad, en virtud del cual se decidió declarar la improcedencia de la acción y, en su lugar, amparará los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del señor Julio César Amador Loiseau. En consecuencia, se ordenará a la Secretaría de Educación de Bogotá elaborar un nuevo proyecto de acto administrativo reconociendo la pensión de invalidez del señor Félix Alberto Solano Molinares, y sustituyéndola a favor del señor Julio César Amador Loiseau, en calidad de compañero permanente del causante, desde el momento en que este último adquirió el derecho. Una vez ocurra lo anterior, se ordenará a la Fiduprevisora S.A. aprobar el referido acto, el cual deberá ser nuevamente remitido a la referida Secretaría de Educación para su suscripción.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 16 de mayo de 2014 por el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá, que confirmó el fallo del 26 de marzo de 2014 adoptado por el Juzgado 20 Civil Municipal de la misma ciudad, en virtud del cual se decidió declarar la improcedencia de la acción. En su lugar, **AMPARAR** los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del señor Julio César Amador Loiseau.

Segundo.- DEJAR sin efectos la Resolución No. 5694 de 4 de septiembre de 2014, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá y el Fondo

⁸⁶ Los padres del causante fueron vinculados en esta acción de tutela y tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

⁸⁷ Lo anterior se puede constatar en el artículo 6 del Decreto 1160 de 1989, así como en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio niegan la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Félix Alberto Solano Molinares y la correspondiente sustitución pensional a favor del señor Julio César Amador Loiseau.

Tercero.- ORDENAR a la Secretaría de Educación de Bogotá, por conducto de su representante legal o de quien haga sus veces, que en el término máximo de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, envíe a la Fiduprevisora S.A. el proyecto de acto administrativo reconociendo la pensión de invalidez del señor Félix Alberto Solano Molinares, y sustituyéndola a favor del señor Julio César Amador Loiseau, en calidad de compañero permanente del causante, desde el momento en que este último adquirió el derecho.

Cuarto.- Una vez surtido el trámite de la referencia, **ORDENAR** a la Fiduprevisora S.A., por conducto de su representante legal o de quien haga sus veces, que proceda a la aprobación del referido acto administrativo, en un término máximo de tres (3) días hábiles.

Quinto.- Con base en la aprobación reseñada, **ORDENAR** a la Secretaría de Educación de Bogotá, por conducto de su representante legal o de quien haga sus veces, que proceda a suscripción del acto administrativo a través del cual se otorga la prestación reclamada, en un término máximo de tres (3) días hábiles.

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

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Ausente con permiso

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

ANDRES MUTIS VANEGAS
Secretario General (E)