El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

**Providencia:** Sentencia - 2ª instancia - 22 de junio de 2017

**Proceso:** Acción de tutela – Revoca decisión del a quo y concede amparo

**Radicación No.:** 66001-31-05-002-2017-00176-01

**Accionante:** Hernando Pinzón Rodríguez

**Accionado:** Ministerio de Educación y Otros

**Juzgado de origen:** Segundo Laboral del Circuito de Pereira

**Tema:**

**VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD POR PARTE DEL ARTÍCULO 7º DEL DECRETO 224 DE 1972 AL EXCLUIR DE LA PRERROGATIVA A QUIEN TIENE LA CALIDAD DE COMPAÑERO(A) PERMANENTE:** En consecuencia, a la luz del artículo 4º de la Constitución, se debe armonizar el contenido del artículo 7º del Decreto 224 de 1972 a nuestra Carta Política, para entender que cuando la norma se refiere al cónyuge supérstite como beneficiario de la pensión post morten, se debe incluir dentro de ese concepto a quien tiene la calidad de compañero o compañera permanente del o la docente fallecida, por cuanto la aplicación literal o exegética del texto viola el derecho a la igualdad de quien fue la pareja de hecho de aquel o aquella. Pero si con todo, la entidad obligada a reconocer la pensión post morten considera que no puede desatender el tenor literal de esa norma (artículo 7 Decreto 224 de 1972), debe utilizar la figura de la excepción de inconstitucionalidad al caso concreto a efectos de no violar el derecho a la igualdad del o la compañera permanente.

**PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA AMPARAR EL DERECHO A LA IGUALDAD:** Ahora, siendo evidente la violación directa de la constitución, la acción por excelencia para salvaguardarla es la acción de tutela, por cuanto aunque pudiera alegarse que el actor puede acudir a la acción de nulidad y restablecimiento ante la jurisdicción contencioso administrativa, ello pondría en entredicho la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Carta, que establece la primacía de la Constitución sobre la ley u otra norma jurídica en caso incompatibilidad entre aquella y éstas, sin necesidad de acudir a un proceso especial ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa. En otras palabras, en caso de violación directa de la Constitución, la acción de tutela tiene la misma naturaleza y fuerza de la excepción de inconstitucionalidad.

**DIFERENCIAS ENTRE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y LA PENSIÓN POST MORTEM-18 AÑOS:** Cosa diferente ocurre con el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada por el actor, cuyos requisitos y efectos en el tiempo son diferentes a la pensión post morten consagrada en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, por cuanto el actor no se encuentra en ninguna de las circunstancias descritas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que en vez del Decreto 224 de 1972 (pensión post morten) se le aplique la ley 100 de 1993 (pensión de sobrevivientes) ya que no se demostró en este proceso que sea un sujeto de especial protección bien por la edad o por la incapacidad para laborar *–tiene 56 años y es trabajador activo- ,*  ni que se le esté causando un perjuicio irremediable como quiera que gana una salario superior al mínimo.

En consecuencia, hay que aclarar que el amparo que se otorga en esta acción de tutela al derecho a la igualdad va encaminado a que se le aplique al actor el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 cuyos efectos son temporales (5 años) y por lo tanto, si lo que pretende es que se le reconozca la pensión de sobrevivientes del sistema general de pensiones (que es vitalicia) en subsidio de la pensión post morten, debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

**(22 de junio de 2017**)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 3 de mayo de 2017 por el Juzgado segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **Hernando Pinzón Rodríguez** en contradel **Ministerio de Educación, Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio, Municipio De Pereira** y la entidad vinculada **Fiduprevisora S.A,** a través de la cual pretende el amparo de los derechos fundamentales a la **igualdad, debido proceso administrativo en igualdad de condiciones, seguridad , mínimo vital** y el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes**.**

#### La demanda

Manifestó la apoderada judicial del accionante, que la señora Olga Beatriz Henao laboró en el servicio educativo a cargo del municipio de Pereira como docente desde el 12 de febrero de 1997 hasta el 5 de marzo del 2015, fecha en que falleció; que la causante se encontraba en grado de escalafón 12 con nombramiento en propiedad, devengaba un salario de $2.173.349 y pertenecía al fondo de prestaciones sociales del magisterio donde hacia sus aportes a la previsión social.

Indicó que el señor Hernando Pinzón Rodríguez tenia unión marital de hecho con la señora Olga Beatriz Henao desde el 13 de enero de 1992, la cual se dio de manera ininterrumpida, viviendo bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho, con ayuda mutua, afecto de pareja y sin impedimento alguno, conformando un hogar, teniendo una unión permanente y singular hasta el día 05 de marzo de 2015, fecha del fallecimiento de su compañera permanente, de cuya unión nacieron dos hijos, Milton Daniel y Edwin Alexander Pinzón Henao; unión marital de hecho que fue declarada por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas el 2 de marzo de 2016.

Agregó que el accionante dependía económicamente de su esposa, quien con sus ingresos mensuales sufragaba la mayor parte de los gastos de manutención del hogar y los gastos personales del accionante, por lo que desde el fallecimiento de su compañera ha pasado por una situación económica crítica puesto que solo devenga un salario mínimo legal mensual vigente con el que tiene que sufragar sus gastos y los de su madre quien tiene 92 años de edad y siempre ha dependido económicamente de él.

Relató que presentó solicitud de pensión de sobrevivencia el 9 de junio de 2015 bajo el radicado 2015-PENS-011689, dándole respuesta el día 15 de junio de 2016 mediante Acto Administrativo 2151 por medio del cual la negaron argumentando que” *no procede el reconocimiento de la prestación ya que el docente estaba vinculado en vigencia de la ley 91 de 1989, por lo que dentro de los tipos de prestaciones a los que tiene derecho no se encontraba la pensión de sobrevivientes*”. Posteriormente presentó derecho de petición radicado 2016- PENS 351217 de fecha de 6 de julio de 2016, con el fin de que se le reconociera pensión POST MORTEM, a este le dieron la cual también se negó el día 16 de septiembre de 2016 mediante Acto Administrativo 4381 proferido por la Secretaria de Educación del Municipio de Pereira, argumentando que los compañeros permanentes no son beneficiarios de la prestación conforme al decreto 224 de 1972. Frente a la decisión presentó recurso de reposición el día 24 de octubre de 2016 el cual fue resuelto desfavorablemente el 11 de noviembre mediante acto administrativo 5836, agotando la vía gubernativa.

Finalizó mencionando que con la negativa del reconocimiento de la pensión, están desconociendo múltiples pronunciamientos jurisprudenciales que disponen la existencia del derecho a la pensión con base en la ley 100 de 1993 ya que tiene requisitos menos exigentes para acceder al derecho que los del decreto 224 de 1972.

#### Contestación de la demanda

**Secretaría de Educación Municipal**

Indicó que la solicitud de pensión la remitió a Fiduprevisora S.A., ente encargado de estudiar si se aprueba o no, y que una vez se allegó la respuesta a la secretaria, elaboró el acto administrativo negando la pensión como lo dispuso la entidad. Aclara que la Secretaria de Educación no puede emitir acto administrativo concediendo una prestación que la Fiduprevisora S.A. haya negado, por lo que solicitó ser exonerada de toda responsabilidad.

**Ministerio de Educación**

El Ministerio de Educación indicó que no fue radicada la solicitud de pensión en sus instalaciones y que no es viable que en una eventual sentencia le impongan la obligación de dar contestación al requerimiento, máxime cuando esta entidad no es competente para expedir actos administrativos de reconocimiento y pago de prestaciones sociales a los docentes, porque la que tiene esta facultad es la Secretaria de Educación de la entidad territorial correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente y la fiduciaria que administre el fondo.

Solicitó se le desvincule por no estar desconociendo ni vulnerando derecho fundamental alguno.

**Fiduprevisora**

Indicó que tiene la calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que carece de competencia para expedir actos administrativos de reconocimiento de prestaciones económicas a los docentes afiliados al FOMAG; que sus funciones son aprobar los proyectos de acto administrativo expedidos por las secretarias de educación verificando que se cumplan los requisitos legales para el reconocimiento de las prestaciones sociales solicitadas, por lo que no emitieron los actos administrativos con los que el accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales, concluyen que la Fiduprevisora no está legitimada en la causa para dar trámite a las pretensiones hechas en el escrito de tutela.

Adujo que encuentra improcedente la acción de tutela en el caso ya que no se evidencia un perjuicio irremediable al accionante por lo que no considera que sea el mecanismo idóneo para controvertir actos administrativos ni para el reconocimiento de prestaciones sociales, pues el accionante cuenta con un mecanismo expedito diferente para la protección de los derechos que considera vulnerados.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado declaró improcedente la presente acción, bajo el argumento que el actor cuenta con otro medio de defensa para dirimir la inconformidad presentada frente a las decisiones emitidas por la Secretaría de Educación relacionadas con su solicitud de pensión de sobrevivientes, como es el caso de la jurisdicción ordinaria laboral.

Agregó que la acción de tutela, según el artículo 86 de la carta, es un mecanismo de carácter residual y subsidiario que está encaminada a proteger los derechos fundamentales que hayan sido vulnerados o desconocidos por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, buscando la cesación a la vulneración que se esté presentando y se puede invocar cuando no exista otro medio idóneo para el amparo de tales derechos, o existiendo otros medios se requiera acudir a ella como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Indicó que en el presente caso, la apoderada judicial del accionante justificó la solicitud de amparo aduciendo que con la negativa de la entidad a reconocer la prestación que presuntamente tiene derecho el señor Hernando Pinzón, vulnera los derechos al debido proceso, la igualdad, mínimo vital, seguridad social y el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; pero explicó que la Corte Constitucional ha señalado que la pensión de sobrevivencia es una prestación social, que busca garantizar a la familia del afiliado fallecido una estabilidad económica con la cual pueda asegurar su subsistencia en condiciones dignas evitando que llegue a un estado de abandono y miseria, estando esta situación ligada al derecho fundamental al mínimo vital, derecho a la vida y a la seguridad social. Sin embargo la jueza al hacer un estudio de las condiciones fácticas del actor, no observó el cumplimiento de las exigencias jurisprudenciales para ello, principalmente al tener en cuenta que las pretensiones del actor son de carácter económico.

#### Impugnación

La apoderada judicial del señor Hernando Pinzón Ramírez presentó recurso de apelación donde manifestó su desacuerdo con la decisión, toda vez que consideró que la jueza de primera instancia no tuvo en cuenta la motivación de los actos referidos por medio de los que se negó la pensión de sobreviviente y/o pensión “*post mortem 18 años*” al accionante, los cuales considera inconstitucionales e ilegales por desconocer la jurisprudencia de la Corte Constitucional y lo preceptuado en la ley 100 de 1993 sobre los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

Indicó que es obligación del juez de tutela ordenarle a los entes administrativos de pensiones que no motiven los actos en normas o decretos que han sido retiradas del ordenamiento jurídico, como lo es el artículo 7 del decreto 224 de 1972, por ser discriminatorio y desconocer los beneficios en materia de pensión de sobrevivientes.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

¿La acción de tutela es procedente para el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia? En caso afirmativo, ¿en el presente caso se cumplen los presupuestos para que proceda el amparo constitucional?

* 1. **Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales**

La Corte Constitucional ha manifestado que por regla general es improcedente el amparo cuando en el ordenamiento jurídico se encuentra estipulado un medio de defensa particular para redimir la controversia objeto de la acción; no obstante, el Alto Tribunal en la Sentencia T 209 de 2015, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, permite la procedencia de la acción de tutela, excepcionalmente, para el reconocimiento de derechos pensionales, atendiendo factores tales como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas y la forma en que está integrado el grupo familiar del actor, para determinar si exige del Estado una mayor protección, celeridad y diligencia en procura de salvaguardar sus derechos, no siendo oportuno someterlo a un proceso ordinario, si acredita plenamente el cumplimiento de los requisitos para obtener la gracia pensional. Por tanto concluyó la Corte Constitucional:

***“****La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia pensional*

*5. La Sentencia T-385 de 2012[5] ha recogido la línea jurisprudencial sobre las condiciones de procedencia excepcional de la acción tutela contra actos administrativos en materia pensional. La Corte Constitucional ha establecido, como regla general, que la solicitud de amparo no es el medio adecuado para controvertir actos administrativos en materia pensional, ya que existen mecanismos administrativos y judiciales para hacerlo. No obstante, este Tribunal ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio, en dos escenarios:“(i) [cuando] la actuación administrativa ha desconocido los derechos fundamentales, en especial los postulados que integran el derecho al debido proceso; y (ii) [cuando] los mecanismos judiciales ordinarios, llamados a corregir tales yerros, no resultan idóneos en el caso concreto o se está ante la estructuración de la inminencia de un perjuicio irremediable(…)”[6].*

*6. En cuanto a la primera hipótesis, la eventual violación del derecho al debido proceso, la Sentencia T-571 de 2002[7] identificó dos circunstancias en las cuales el acto administrativo que resuelve una solicitud pensional es contrario a las garantías propias de este derecho:*

*“i. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de una pensión de jubilación se declara que el peticionario cumple con los requisitos establecidos por la ley para acceder al status de pensionado pero se le niega el reconocimiento del derecho por razones de trámite administrativo, por ejemplo la expedición del bono pensional.*

*ii. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de la pensión de jubilación se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador, en franca contradicción con la orden constitucional del principio de favorabilidad. Por ejemplo, cuando se desconoce la aplicación de un régimen especial o se omite aplicar el régimen de transición previsto en el sistema general de pensiones.” (Negrilla no original)7. Sobre la segunda hipótesis, la falta de idoneidad de los recursos existentes o la existencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia ha establecido que “la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos es más estricta que contra decisiones judiciales, puesto que las controversias jurídicas que generen aquellos deben ser resueltas, de manera general y preferente, a través de los recursos judiciales contenciosos”[8]. En efecto, la Sentencia T-214 de 2004[9] señaló que:*

*“El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente. En caso de existir otro medio de defensa, procede la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable”.*

*En ese sentido la falta de idoneidad de los recursos existentes deberá ser mínimamente probada o deducible de los hechos del caso y nunca podrá suplir la negligencia de quien no ha hecho uso oportuno de los mecanismos de defensa judicial que otorga el ordenamiento jurídico. Con todo, no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que la posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio.[10]*

*8. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha caracterizado el perjuicio irremediable con los siguientes rasgos (i) inminencia, es decir, que la situación genera una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral sea de gran intensidad; (iii) necesidad urgente de protección; y (iv) carácter inaplazable de la acción de tutela para que realmente pueda garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales de manera integral.[11]*

*En síntesis la Corte ha señalado de manera reiterada [12] que, por regla general, la tutela no procede para ordenar el reconocimiento de pensiones ya que existen medios ordinarios idóneos para resolver dichas pretensiones. Si no se evidencia la vulneración de un derecho fundamental,[13] o la acción no se ha interpuesto para evitar un perjuicio irremediable,[14] no podría proceder un mecanismo constitucional de protección de los derechos de carácter excepcional, pues la acción de tutela no puede sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.[15]”*

* 1. **Posibilidad de aplicar a los maestros el régimen general en materia de pensión de sobrevivientes**

La Corte Constitucional en sentencia T 547 de 2012, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, advirtió la posibilidad de aplicar a los maestros el régimen general en materia de pensión de sobrevivientes, considerando que el Decreto 224 de 1972 desconoce el derecho a la igualdad que protege la Constitución Política, citando para el efecto la postura del Consejo de Estado en el siguiente sentido:

*6.1. El Consejo de Estado ha gestado una interpretación de la legislación en materia de pensión de sobrevivientes, a partir de la cual, debe aplicarse el régimen general cuando se cumplan los requisitos prescritos en la Ley 100 de 1993 sobre la materia, y se acredite que no cumple los presupuestos enunciados en el régimen especial; para el caso de los docentes, su regulación se halla prevista en el artículo 7° del Decreto 224 de 1972, que consagra la pensión post mortem en los siguientes términos:*

*“Artículo 7º.- En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años” (no está en negrilla en el texto original).*

*6.2. Por su parte, los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, prescriben el orden de beneficiarios de la pensión y los requisitos que éstos deben acreditar para acceder a ella, así como la cuantía correspondiente de acuerdo con el número de semanas cotizadas, de las personas cobijadas por el régimen general. En este orden, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que cumpla alguno de los siguientes requisitos: i) que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y tenga por lo menos cincuenta (50) semanas al momento de la muerte; y ii) que habiendo dejado de cotizar al sistema, haya efectuado aportes durante por lo menos cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años anteriores al momento de la muerte.*

*6.3. Contrastados los regímenes especial y general, se observa que, aunque regulan la misma materia y tienen la misma naturaleza, se presenta una marcada diferencia en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, puesto que el Decreto 224 de 1972 exige la prestación del servicio del docente por más de 18 años, la Ley 100 de 1993, sin embargo, resulta más benéfica, al requerir 50 semanas de cotización dentro de los tres (3) últimos años anteriores a su muerte.*

*6.4. Evidenciado este desequilibrio sustancial, y acorde con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado determinó que, con base en el principio de favorabilidad, debía privilegiarse aquella interpretación que resulte más protectora de los derechos de los trabajadores y de sus familias, de manera que se aplique el régimen especial cuando este resulte más provechoso para los demandantes, o por el contrario, el régimen general si de allí se deduce una situación más conveniente o beneficiosa, advirtiendo que la aplicación de uno u otro debe ser integral fundado en el principio de inescindibilidad en materia laboral.*

Más adelante concluyó:

*6.6. Así las cosas, el Consejo de Estado, acorde con los criterios expuestos por la Corte Constitucional y con el principio de favorabilidad, ha definido que el régimen especial en materia de pensión pos mortem prescrito en el artículo 7° del Decreto 224 de 1972, sólo debe ser aplicado cuando resulte conveniente para el grupo de beneficiarios del docente. Por el contrario, cuando de la aplicación del régimen especial se produce un tratamiento discriminatorio, se ha de privilegiar la aplicación de los enunciados normativos de la Ley 100 de 1993 que otorga la pensión de sobrevivientes con requisitos menos onerosos.”*

* 1. **Carga de la prueba cuando se alega un trato discriminatorio:**

La Corte Constitucional reiteradamente ha establecido que la carga probatoria no puede recaer exclusivamente sobre la persona que alega ser víctima de discriminación por cuanto esto resultaría inequívoco y contrario al derecho de acceso a la justicia, tal como lo sostuvo en la Sentencia  T-247/10, así:

“*En los eventos de presunta discriminación resultaría inequitativo y contrario al derecho de acceso a la justicia que la carga probatoria recayera exclusivamente sobre la persona que alega ser víctima de dicha discriminación, por cuanto es casi imposible probar elementos intencionales por parte de quien realizó la acción presuntamente discriminatoria. En estas oportunidades la protección material del derecho obliga a otorgar un papel especial a los indicios que surjan de lo recaudado en el expediente y, como antes se indicó, colocan una carga probatoria especial en el acusado, pues estará obligado a demostrar que su conducta es claramente garantista del derecho de igualdad y, por consiguiente, se aleja por completo de cualquier parámetro que se considere discriminatorio para los sujetos directamente afectados”.*

* 1. **Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude a la vía de tutela con el propósito que se protejan los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo en igualdad de condiciones, seguridad, mínimo vitaly el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del señor Hernando Pinzón Rodríguez, toda vez que considera que los actos administrativos en los que le niegan la pensión de sobrevivientes vulneran los referidos derechos.

Revisada la prueba documental, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

* 1. Que el actor tiene la calidad de **compañero permanente** de la causante OLGA BEATRIZ HENAO RODRIGUEZ, conforme se expresa en la sentencia del 2 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado de Familia de Dosquebradas (Risaralda), mediante la cual se declaró que entre la pareja existió una Unión marital de hecho y una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes desde el 13 de enero de 1992 hasta el 5 de marzo de 2015 (fecha de fallecimiento de la Sra. HENAO RODRIGUEZ) (folios 47 a 49). Sobre tal calidad ­*–la de compañero permanente-* existen otras pruebas que lo corroboran como las declaraciones extraproceso de OMAR DAVID HENAO RAMIREZ y BEATRIZ EUGENIA OSORIO PATIÑO (folio 46), la Resolución No. 022 del 12 de enero de 2016 mediante la cual la Secretaría de Educación Municipal de Pereira le reconoció y pagó al actor el seguro de muerte de su fallecida compañera (folio 55 y 54) y la Resolución No. 570 del 9 de diciembre de3 2015 a través de la cual la citada secretaría reconoció y pagó las cesantías de la causante a sus tres hijos y a su compañero permanente (folio 57 y 58).
  2. De dicha unión nacieron dos hijos, Milton Daniel y Edwin Alexander, mayores de edad, aclarando que la causante tenía una tercera hija mayor que los anteriores.
  3. Que el actor a la fecha cuenta con 56 años de edad (folio 59) y trabaja como vigilante en la empresa SEGURIDAD PENTAL LTDA. devengando un salario mínimo, el cual se incrementa con las horas extras diurnas o recargos nocturnos que trabaje en el respectivo mes, conforme se ve en los desprendibles de nómina de diciembre de 2016, enero y febrero de 2017 (folios66 y 67).
  4. Que el actor tiene a su cargo el sostenimiento de su señora madre de 94 años aproximadamente según las declaraciones extraproceso de NATALIA BERMÚDEZ GIRALDO y ALEJANDRA CORREA CARDONA (folio 64) y según lo manifestaron también los dos hijos de la pareja en declaración extraproceso (folio 36).
  5. Que el actor tiene un crédito de consumo con el Banco AV Villas de $2.949.999 en virtud del cual paga una cuota mensual de $120.037 (folio 65).
  6. **Que la negativa de la Secretaría de Educación Municipal de Pereira y la FIDUPREVISORA S.A. para reconocer en favor del tutelante la “pensión post norte 18 años” es su calidad de compañero permanente, toda vez que el Decreto 224 de 1972 en su artículo 7º prevé dicha prerrogativa únicamente para el cónyuge y los hijos menores**. Así se desprende de la Resolución No. 5836 del 11 de noviembre de 2016 expedida por la referida Secretaría (folio 38) y la Hoja de Revisión elaborada por la FIDUPREVISORA (folio 86).

Bajo el contexto fáctico anterior, especialmente atendiendo las razones de la negativa de las entidades demandadas en este caso, puede concluirse que efectivamente **el derecho fundamental involucrado es el derecho a la igualdad**, toda vez que la norma que disciplina la reclamada PENSIÓN POST MORTEN – 18 AÑOS (Decreto 224 de 1972, artículo 7º) sólo la contempló para el cónyuge supérstite y los hijos del causante, lo que de acuerdo a la interpretación que sobre el texto literal hizo la FIDUPREVISORA S.A. no involucra a quien tiene la calidad de compañero o compañera permanente. Así lo dijo expresamente dicha entidad en la HOJA DE REVISIÓN en la que textualmente dijo:

***“OBSERVACIONES:***

*SEÑORES S.E. FRENTE AL ESTUDIO DE AL (SIC) PRESTACIÓN SE ACLARA LO SIGUIENTE:*

*- EL DERECHO ES TEMPORAL, DURANTE CINCO AÑOS PSRTA EL \*\*\*CONYUGE\*\*\* Y LOS HIJOS MENORES DEL AFILIADO.*

*- PÉRDIDA DEL DERECHO PARA LOS HIJOS CUANDO ALCANZAS (SIC) LA MAYORÍA DE EDAD ANTES DE LA EXPIRACIÓN DE LA PENSIÓN (5 AÑOS).*

*- NORMAS APLICABLES, DECRETO 224 DE 1972, DECRETO 3752 DE 2003.*

***POR LO TANTO LOS COMPAÑEROS PERMANENTES NO SON BENEFICIARIOS DE LA PRESTACIÓN****”.* (Negrilla y subraya fuera de texto).

La exclusión de los compañeros permanentes de esa prerrogativa seguramente se explica porque el Decreto 224 data del año 1972, cuando aún no regía nuestra Carta Política que, por un lado, proscribió en el artículo 13 toda forma de discriminación injustificada, y por otro, reconoció la familia constituida por vínculos naturales (artículo 42), como las que conforman los compañeros permanentes.

Sin embargo, precisamente por la vigencia de las citadas normas constitucionales, no puede mantenerse distinciones legales odiosas, por cuanto la misma Constitución faculta para dejar de aplicar una norma en un asunto concreto cuando quiera que por las particularidades del caso la aplicación de aquella produzca unas consecuencias contrarias a la propia constitución, como lo pregona la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia T-404 del 3 de junio de 1992. En efecto, reza el artículo 4º de la Carta, que *“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”,* y por eso, por virtud de esta norma, cualquier persona o institución pública o privada, puede acudir a la excepción de inconstitucionalidad para no aplicar una norma en todos aquellos casos en que resulte incompatible con la Constitución.

En consecuencia, a la luz del artículo 4º de la Constitución, se debe armonizar el contenido del artículo 7º del Decreto 224 de 1972 a nuestra Carta Política, para entender que cuando la norma se refiere al cónyuge supérstite como beneficiario de la pensión post morten, se debe incluir dentro de ese concepto a quien tiene la calidad de compañero o compañera permanente del o la docente fallecida, por cuanto la aplicación literal o exegética del texto viola el derecho a la igualdad de quien fue la pareja de hecho de aquel o aquella. Pero si con todo, la entidad obligada a reconocer la pensión post morten considera que no puede desatender el tenor literal de esa norma (artículo 7 Decreto 224 de 1972), debe utilizar la figura de la excepción de inconstitucionalidad al caso concreto a efectos de no violar el derecho a la igualdad del o la compañera permanente.

Como quiera que ninguna de las conductas anteriores fueron asumidas por la Secretaría de Educación Municipal de Pereira ni por la FIDUPREVISORA S.A. cuando analizaron la solicitud de la pensión post morten del actor, y por el contrario, la negativa para reconocer esa prerrogativa fue precisamente su calidad de compañero permanente, considera la Sala que se violó el derecho fundamental a la igualdad, por cuanto no existe prueba alguna en el expediente que demuestre una justificación valedera y constitucional que legitime ese trato diferenciado.

Ahora, siendo evidente la violación directa de la constitución, la acción por excelencia para salvaguardarla es la acción de tutela, por cuanto aunque pudiera alegarse que el actor puede acudir a la acción de nulidad y restablecimiento ante la jurisdicción contencioso administrativa, ello pondría en entredicho la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Carta, que establece la primacía de la Constitución sobre la ley u otra norma jurídica en caso incompatibilidad entre aquella y éstas, sin necesidad de acudir a un proceso especial ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa. En otras palabras, en caso de violación directa de la Constitución, la acción de tutela tiene la misma naturaleza y fuerza de la excepción de inconstitucionalidad.

Por otra parte, como el derecho a la igualdad permea el resto de derechos fundamentales involucrados en esta acción como el derecho al debido proceso administrativo en igualdad de condiciones, seguridad y mínimo vital, considera la Sala innecesario analizar cada uno de ellos por cuanto el amparo del derecho a la igualdad presupone el amparo de todos aquellos.

Cosa diferente ocurre con el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada por el actor, cuyos requisitos y efectos en el tiempo son diferentes a la pensión post morten consagrada en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, por cuanto el actor no se encuentra en ninguna de las circunstancias descritas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que en vez del Decreto 224 de 1972 (pensión post morten) se le aplique la ley 100 de 1993 (pensión de sobrevivientes) ya que no se demostró en este proceso que sea un sujeto de especial protección bien por la edad o por la incapacidad para laborar *–tiene 56 años y es trabajador activo- ,*  ni que se le esté causando un perjuicio irremediable como quiera que gana una salario superior al mínimo.

En consecuencia, hay que aclarar que el amparo que se otorga en esta acción de tutela al derecho a la igualdad va encaminado a que se le aplique al actor el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 cuyos efectos son temporales (5 años) y por lo tanto, si lo que pretende es que se le reconozca la pensión de sobrevivientes del sistema general de pensiones (que es vitalicia) en subsidio de la pensión post morten, debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Así las cosas, la Sala revocará la decisión de primera instancia para en su lugar dejar sin efectos los actos administrativos que negaron la pensión post morten al actor por resultar contrarios a la Constitución, y a su vez ordenar a la Secretaría de Educación Municipal de Pereira y a la FIDUPREVISORA S.A. procedan a analizar nuevamente la petición de la pensión post morten hecha por el tutelante a efectos de establecer si cumple los requisitos del Decreto 224 de 1.972, salvo aquel que exige tener la calidad e cónyuge, dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de este fallo, tiempo suficiente para que tanto la una como la otra realicen los trámites administrativos pertinentes para el efecto.

Finalmente se absolverá a la Nación Ministerio de Educación de las pretensiones de esta demanda por considerar que no ha violado derecho alguno del actor.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 3 de mayo de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO:** En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso administrativo en igualdad de condiciones, seguridad y mínimo vital del Señor HERNANDO PINZÓN RODRIGUEZ, vulnerados por la Secretaría de Educación Municipal de Pereira y a la FIDUPREVISORA S.A. conforme se explicó en las consideraciones de este fallo.

**TERCERO:** En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** las Resoluciones Nos. 2151 del 7 de junio de 2016y 5836 del 11 de noviembre de 2016, expedidas por la Secretaría de Educación Municipal de Pereira, así como también el concepto de la FIDUPREVISORA S.A. (Hoja de Revisión), actos administrativos mediante los cuales se negó al Señor HERNANDO PINZÓN RODRIGUEZ la “pensión post morten-18 años” consagrada en el artículo 7º del Decreto 224 de 1.972, por resultar contrarios a la Constitución.

**CUARTO: ORDENAR** a la Secretaría de Educación Municipal de Pereira y a la FIDUPREVISORA S.A. procedan a analizar nuevamente la petición de la “pensión post morten-18 años” consagrada en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 hecha por el Señor HERNANDO PINZÓN RODRIGUEZ, a efectos de establecer si cumple los requisitos del referido Decreto, salvo aquel que exige tener la calidad e cónyuge, dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, tiempo suficiente para que tanto la una como la otra realicen los trámites administrativos pertinentes para el efecto.

**QUINTO: NEGAR** el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del sistema general de seguridad social reclamada por el actor por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

**SEXTO: ABOLVER** a la Nación - Ministerio de Educación de las pretensiones de esta demanda, por considerar que no ha vulnerado derecho fundamental alguno del actor.

**SÉPTIMO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**OCTAVO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada Ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

**Secretario**