

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL DE MENOR DE EDAD-Reconocimiento

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE SUSTITUCION PENSIONAL A FAVOR DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION O DE PERSONAS EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Procedencia excepcional

Atendiendo el principio de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes. Sin embargo, la Corte ha estimado que dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se deben considerar las siguientes excepciones a la subregla de la improcedencia: (i) cuando los medios ordinarios de defensa no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales amenazados porque, por ejemplo, el beneficiario de la pensión de sobrevivientes es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta, la acción de tutela procede como instrumento definitivo para salvaguardarlos; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor. En tal caso, si se trata de un sujeto de especial protección conforme establece el artículo 13 Superior, la caracterización del perjuicio debe responder a un criterio más amplio; (iii) el asunto puesto a consideración del juez de tutela supone un problema de relevancia constitucional; y (iv) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada. Si bien las controversias referentes al reconocimiento de la sustitución pensional se deben ventilar ante la justicia laboral, no lo es menos que el medio ordinario de defensa con que cuenta el agenciado carece de eficacia para proteger sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, habida cuenta que el cubrimiento de sus necesidades básicas no puede estar supeditado a un largo y tedioso proceso laboral. Por consiguiente, la tutela procede como instrumento definitivo para salvaguardar los derechos del agenciado, máxime cuando el caso denota relevancia constitucional y la titularidad del derecho reclamado se posibilita para los hijos menores de 18 años que acrediten mediante el registro civil de nacimiento no controvertido, su relación filial con el pensionado fallecido.

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Naturaleza, finalidad y principios constitucionales

SUSTITUCION PENSIONAL-Requisitos que deben cumplir los hijos menores de 18 años para ser beneficiarios

FILIACION MATRIMONIAL Y REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO-Prueba idónea para acreditar parentesco

El estado civil de una persona debe constar en el registro del estado civil, el cual es público y válido siempre que las inscripciones cumplan a satisfacción con todos los requisitos antedichos. De acuerdo con el artículo 103 del Decreto 1260 de 1970, se presume la autenticidad y pureza de las inscripciones hechas en debida forma en el registro del estado civil, lo que significa que, en nuestro caso, el registro civil de nacimiento es la prueba idónea para demostrar el parentesco y, por ende, es el documento que debe adjuntar un hijo menor de 18 años al momento de elevar la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional de su finado progenitor, ya que con él demuestra la condición indispensable de relación filial padre-hijo. El certificado de registro civil de nacimiento es la prueba idónea para acreditar el parentesco y resulta ser el documento indispensable para que los hijos puedan acceder a la sustitución pensional de sus progenitores.

PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y SU ESPECIAL PROTECCION POR PARTE DE LA FAMILIA, LA SOCIEDAD Y EL ESTADO-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha decantado una serie de lineamientos que contribuyen a establecer criterios claros para el análisis de situaciones específicas. En efecto se han fijado dos condiciones a verificar, fácticas y jurídicas, que contribuyen a determinar el grado de bienestar del menor. Dentro de las primeras, i) fácticas, se encuentran “- las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados -,” y entre las (ii) jurídicas, están “-los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil -.” Entonces, con estas dos condiciones se tiene que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención

a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección, deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos. Ahora bien, tratándose de la condición jurídica antedicha, la Corte Constitucional ha identificado algunos parámetros jurídicos relevantes tanto generales -es decir, aplicables a todo caso que involucre la definición de los derechos de un menor de edad- como específicos -esto es, relacionados directamente con el problema jurídico que se debe resolver en esta oportunidad-. En cuanto atañe a los parámetros jurídicos generales, la Corte ha tenido en cuenta los siguientes: (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado y, (vi) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Por su parte, respecto a los parámetros jurídicos específicos aplicables al caso, se deben destacar (i) la garantía de estabilidad socio-económica para el menor; y, (ii) el respeto al derecho a la seguridad social que frente a los niños y niñas se convierte en fundamental.

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL DE MENOR DE EDAD-Caso en que el ISS dejó en suspenso el reconocimiento al no aceptar el registro civil de nacimiento/DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL DE MENOR DE EDAD Y REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO-Caso en que obra como prueba idónea no controvertida que demuestra la relación filial entre el causante y el afiliado

El registro civil de nacimiento obra como prueba idónea no controvertida que demuestra la relación filial entre el causante y el agenciado. De esta forma, el certificado de registro civil de nacimiento es el documento indispensable para que el hijo menor pueda acceder a la sustitución pensional de su padre fallecido, requisito que se cumplió a satisfacción en el presente asunto pues se anexó al momento de radicar la solicitud de reconocimiento y pago

del derecho pensional. Sumado a ello, como se indicó en la consideración central de esta providencia, en el caso específico de los hijos menores de edad, se presume la dependencia económica respecto del finado mientras subsistan las condiciones de la minoría de edad, lo que se traduce en que el dejar en suspenso el estudio o negar el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de aquellos, configura un menoscabo a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social que se convierten en fundamentales tratándose de los menores de edad. Adicionalmente, la Sala de Revisión estima que el Instituto de Seguros Sociales al dejar en suspenso el estudio y reconocimiento de la sustitución pensional a favor del agenciado, desconoció el deber constitucional de ceñir sus actuaciones administrativas al principio de prevalencia del interés superior del menor, pues a pesar de tener conocimiento de que el solicitante es una persona con tan solo 3 años de edad que dependía económicamente del causante que lo reconoció en vida como hijo extramatrimonial, adelantó una supuesta investigación interna de la cual no obra prueba alguna en el expediente de tutela ni fue notificada a la actora, con la que concluyó que el menor por haber sido registrado de forma extemporánea, no es hijo biológico del causante. Para esta Corporación, no cabe duda que la entidad accionada extralimitó sus funciones, ya que en ella no recae competencia para determinar a priori si un menor es o no hijo de un pensionado. Pero más extraño resulta que condicione el reconocimiento del derecho pensional a que la señora anexe copia auténtica de la sentencia judicial debidamente ejecutoriada por medio de la cual la justicia ordinaria en cabeza del juez de familia, declare que el menor es hijo o no del pensionado, pues a aquella lógicamente no le asiste interés jurídico para controvertir la paternidad de su hijo sino que la legitimación para impugnar la paternidad recaería, en caso de inconformidad, en los herederos o interesados en la pensión del causante.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Obligación de verificar objetivamente los hechos que alegan los accionantes y confrontarlos con las pruebas aportadas

Esta Corte aprovecha la oportunidad para recordar que a los jueces constitucionales les asiste la obligación de verificar objetivamente los hechos que alegan los accionantes y confrontarlos con el caudal probatorio aportado, el cual en caso de ser insuficiente o de no obrar en el expediente, habilita al operador jurídico para que haga uso de su facultad-deber de decretar pruebas de oficio, como quiera que está a su cargo un mínimo de actuación conducente a reunir los elementos de juicio indispensables para resolver el asunto tutelar

que se somete a su consideración, máxime cuando el implicado es un sujeto de especial protección constitucional. En suma, la jurisprudencia de esta Corporación es clara en señalar que el juez de tutela dispone no sólo de la facultad de decretar pruebas de oficio, al igual que cualquier otra autoridad judicial, sino que está ante el deber de hacerlo con miras a lograr una efectiva protección de los derechos fundamentales, en especial, cuando por las especiales características del caso, de las pruebas aportadas por el accionante o de los informes allegados por los accionados, no se cuente con suficientes elementos de juicio para decidir un asunto bajo análisis.

**DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL DE MENOR DE EDAD Y PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR**-Se concede la tutela ante la existencia de un perjuicio grave, como mecanismo definitivo de protección de sus derechos fundamentales

De acuerdo con lo expuesto y dadas las especiales condiciones del menor, no tendría sentido auxiliarle de manera transitoria, para que se demande por otra vía y esperar el resultado de un proceso ordinario que puede tardar algunos años, por lo cual se impone conceder el amparo constitucional ante la existencia de un perjuicio grave, como mecanismo definitivo de protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la protección de la niñez. En consecuencia, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales que reactive el estudio y resuelva sin dilaciones la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional a favor del citado menor, teniendo en cuenta para ello que en el registro civil de nacimiento éste figura como hijo extramatrimonial del pensionado. Sin embargo, en esta oportunidad la Corte no puede ordenar directamente el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a favor del agenciado, por cuanto podrían verse comprometido los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa que le asisten a la señora, quien no fue vinculada al presente trámite de tutela por desconocer la dirección y la ciudad donde recibe notificaciones judiciales. Por ello, dispondrá que el acto administrativo que resuelva sobre la sustitución pensional a favor del menor, le sea notificado a la cónyuge supérstite del pensionado.

Referencia: expediente T-2770577

Acción de tutela instaurada por Milena del Carmen More Arrieta en representación de su menor hijo Juan José Bustamante More contra el Instituto de Seguros Sociales -

Departamento de Atención al Pensionado de la Seccional Bolívar.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GÓNZALEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena de Indias, el 4 de mayo de 2010, y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de esa misma ciudad, el 21 de junio de la presente anualidad, que resolvieron la acción de tutela promovida por Milena del Carmen More Arrieta en representación de su menor hijo Juan José Bustamante More contra el Instituto de Seguros Sociales - Departamento de Atención al Pensionado de la Seccional Bolívar.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos y acción de tutela interpuesta:

El 8 de abril de 2010, a través de apoderado judicial, la señora Milena del Carmen More Arrieta en representación de su hijo menor Juan José Bustamante More, instauró acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales - Departamento de Atención al Pensionado de la Seccional Bolívar, por considerar que éste con sus omisiones vulneró los derechos fundamentales del menor al mínimo vital, a la seguridad social, al debido proceso y a la protección a la niñez, atendiendo los siguientes hechos:

#### 1. La accionante manifiesta que producto de las relaciones extramatrimoniales que sostuvo

con el señor Juan Luis Bustamante Olivo, nació el menor Juan José Bustamante More el 29 de diciembre de 2006.

1.2. Señala que el señor Juan Luis Bustamante Olivo falleció el 19 de diciembre de 2008, quien para esa fecha era pensionado del Instituto de Seguros Sociales. Por tal razón, la accionante en representación de su menor hijo Juan José Bustamante More, presentó solicitud de sustitución pensional ante dicho Instituto el 6 de mayo de 2009, la cual se identificó con el radicado 75256. Para tal fin, aportó copia auténtica del registro civil de nacimiento del menor, por ser la prueba idónea para demostrar el parentesco entre éste y el causante. Sostiene la actora que tal registro no ha sido tachado de falso ni desvirtuado por nadie.

1.3. Expone la accionante que la Jefe del Departamento de Atención al Pensionado de la Seccional Bolívar del Instituto acusado, mediante resolución No. 27264 del 29 de diciembre de 2009, dejó en suspenso el estudio y reconocimiento de la sustitución pensional a favor del menor Juan José Bustamante More, aduciendo que hasta tanto no obre en el expediente administrativo copia auténtica de la sentencia debidamente ejecutoriada por medio de la cual la justicia ordinaria, en cabeza del juez de familia, declare que el menor es hijo o no del señor Juan Luis Bustamante Olivo, no puede reconocerse el eventual derecho pensional. Esa decisión se fundamentó en una investigación que adelantó el Instituto de Seguros Sociales, en la cual concluyó que el menor no es hijo biológico del causante, a pesar de que éste haya reconocido su paternidad.

1.4. Por lo anterior, solicita protección a los derechos fundamentales del menor y, en consecuencia, se ordene al Instituto de Seguros Sociales que reconozca y pague la sustitución pensional a la cual tiene derecho Juan José Bustamante More, toda vez que se encuentra acreditado el parentesco con su finado padre a través del registro civil de nacimiento.

1. Respuesta de la entidad accionada:

La Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales - Seccional Bolívar, mediante escrito recibido el 4 de mayo de 2010 en la secretaría del

juzgado a-quo, solicitó negar el amparo por improcedente porque “esta entidad en ningún momento le a (sic) negado el derecho al menor, pero si se dejó en suspenso el estudio y reconocimiento del eventual derecho que le pueda corresponder, hasta tanto obre dentro del expediente copia auténtica de la sentencia debidamente ejecutoriada por medio de la cual la justicia ordinaria en cabeza del juez de familia, declare que el mencionado petitionerario es hijo o no del fallecido, todo lo anterior fundamentado en la parte considerativa de la resolución No. 27264 del 29 de diciembre de 2009”. Añadió que el Instituto ha dado cabal cumplimiento al artículo 89 del Decreto 1260 de 1970, pues no ha negado ni reconocido el derecho pensional en cabeza del menor, hasta tanto la inscripción del estado civil sobre la paternidad sufra alteración o quede en firme por medio de decisión judicial<sup>1</sup>.

Finalizó diciendo que no se ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso del menor Juan José Bustamante More, por cuanto la resolución No. 27264 del 29 de diciembre de 2009, le fue notificada a su progenitora mediante oficio 035958 de la misma fecha<sup>2</sup>, quien dentro de la oportunidad legal no presentó ningún recurso ni manifestó su inconformidad en contra de aquella resolución<sup>3</sup>.

## II. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN:

### 1. Primera Instancia:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, mediante sentencia del 4 de mayo de 2010, negó por improcedente la solicitud de amparo, arguyendo que como la accionante no adosó copia de la resolución No. 27264 del 29 de diciembre de 2009 expedida por el Instituto de Seguros Sociales, ni del registro civil de nacimiento del menor Juan José Bustamante More, no se puede establecer si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales del menor o si existe una afectación tal que estructure un perjuicio irremediable. Agregó que al tener la acción de tutela una naturaleza residual y subsidiaria, la accionante cuenta con otras vías judiciales de defensa para controvertir el contenido de la resolución que dejó en suspenso el estudio y reconocimiento de la sustitución pensional a favor del menor Juan José Bustamante More.

### 2. Impugnación presentada por la parte actora:

El apoderado judicial de la accionante sostuvo que el fallo del juez a-quo desconoce que el

trámite de un proceso ordinario donde se discuta la paternidad respecto del menor Juan José Bustamante More, deben adelantarlo sus herederos y no la actora, razón por la cual, mientras eso suceda, no se puede dejar en el limbo jurídico los derechos del menor, entre ellos, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de su finado padre. Señaló que ese derecho pensional se constituye en vital para el menor, por cuanto dependía económica y afectivamente de Juan Luis Bustamante Olivo, sumado a que en la legislación colombiana el derecho de los niños prevalece sobre los derechos de los demás.

### 3. Segunda instancia:

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena de Indias, mediante sentencia del 21 de junio de 2010, confirmó el fallo denegatorio de amparo, al considerar que “la accionante asegura que el menor a quien representa es hijo del causante, sin embargo, no aporta ninguna prueba que acredite este hecho, pues, sólo se limita a decir que existe un registro civil que da cuenta del mismo, pero, ese documento no fue aportado, o sea, que no aparece acreditado que, en efecto, quien reclama es beneficiario del derecho pretendido”. A renglón seguido estimó que la accionante tiene a su alcance otros mecanismos de defensa eficaces, ya que pudo interponer los recursos que establece la ley contra el acto administrativo que profirió el Instituto accionado. Y, finalizó diciendo que “si bien, el trámite de la tutela no requiere de tantos formalismos, ello no quiere decir que los jueces puedan fallar con carencia absoluta de pruebas, pues el juez de tutela está sujeto a las mismas reglas que rigen la valoración de las pruebas en los demás procesos, lo que ocurre es que en la tutela no está sujeto a los precisos límites fijados en la ley para tal efecto”.

### III. PRUEBAS DECRETADAS DE OFICIO EN SEDE DE REVISIÓN:

3.1. A través de auto de fecha 12 de noviembre de 2010, esta Sala de Revisión dispuso oficiar a la accionante Milena del Carmen More Arrieta y a su apoderado judicial, para que allegaran la siguiente documentación:

- a. “Copia auténtica del registro civil de nacimiento del menor Juan José Bustamante More. Dicha copia deberá ser en lo posible reciente.
- b. Copia auténtica, o en su defecto informal, del registro civil de defunción del señor Juan Luis Bustamante Olivo.

c. Copia de las resoluciones No. 15420 del 28 de julio de 2009 y No. 27264 del 29 de diciembre del mismo año, por medio de las cuales el Instituto de Seguros Sociales reconoció la sustitución pensional a la señora Irma Esperanza Ruiz Bustamante, en condición de cónyuge del pensionado Juan Luis Bustamante Olivo, y dejó en suspenso el estudio y reconocimiento del eventual derecho respecto del menor Juan José Bustamante More.

d. Copia de los documentos y de la constancia de radicación de la solicitud de sustitución pensional que la accionante presentó, en representación del menor, ante el Instituto de Seguros Sociales”.

En escrito recibido el 29 de noviembre de 2010, la señora Milena del Carmen More Arrieta allegó la siguiente documentación:

(ii) Copia auténtica del registro civil de defunción del señor Juan Luis Bustamante Olivo, quien falleció el 19 de diciembre de 2008 en la ciudad de Cartagena;

(iii) Copia de la coletilla de radicación ante el ISS de los documentos solicitando la pensión de sobrevivientes a favor del citado menor; y,

(iv) Copia de la resolución No. 27264 del 29 de diciembre de 2009 expedida por la Jefe del Departamento de Atención al Pensionado Seccional Bolívar del Instituto de Seguros Sociales, en cuyo numeral tercero se decidió dejar en suspenso el estudio y reconocimiento del eventual derecho que le pueda corresponder al menor Juan José Bustamante More, en condición de presunto hijo del pensionado fallecido Juan Luis Bustamante Olivo. Esa decisión se fundamentó en una investigación administrativa que adelantó el Instituto de Seguros Sociales de conformidad con las facultades otorgadas en el artículo 53 de la Ley 100 de 1993, y lo establecido en la Circular VP No. 14843 de septiembre de 2004 emitida por el ISS, “en la cual se estableció que el menor Juan José Bustamante More, realmente NO es hijo biológico de Juan Luis Bustamante Olivo, quien fue registrado como hijo legítimo del causante”.

3.2. En el mismo Auto, esta Corporación dispuso oficiar a la accionante para que remitiera la siguiente información:

a. “Explique si en la actualidad existe algún proceso judicial en curso, en el cual se esté cuestionando la filiación o la paternidad del menor Juan José Bustamante More. En caso positivo, indique el juzgado donde se tramita, el número de radicado del proceso, las partes que intervienen en él y el objeto de las pretensiones. En caso de haberse proferido sentencia de primera o de segunda instancia dentro del proceso, aporte copia informal de las mismas.

b. Explique en qué consiste la supuesta investigación que el Seguro Social adelantó para suspender el reconocimiento de la sustitución pensional a favor del menor Juan José Bustamante More.

c. Señale si usted tiene conocimiento de la dirección y ciudad donde la señora Irma Esperanza Ruiz Bustamante puede recibir notificaciones”.

En el mismo escrito recibido el 29 de noviembre de 2010, la accionante indicó frente al literal a) que “manifiesto bajo la gravedad de juramento que desconozco, no he sido notificada, ni tengo conocimiento alguno que se esté tramitando dicho proceso”. Tratándose de la información requerida en el literal b), señaló que desconoce en que consistió la investigación que adelantó el Seguro Social, por cuanto nunca fue enterada como representante legal del menor Juan José, ni se le dio oportunidad de defenderlo. Precisó que el Instituto accionado olvidó por completo la presunción de legalidad que tiene el registro civil de nacimiento y que solo puede ser desvirtuada ante el juez competente con observancia del debido proceso. En lo tocante al literal c), indicó expresamente que no conoce la dirección ni la ciudad donde la señora Irma Esperanza Ruiz recibe notificaciones.

3.3. Finalmente, en el citado auto de fecha 12 de noviembre de 2010, esta Sala de Revisión dispuso oficiar a la Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales - Seccional Bolívar, para que remitiera con destino a este expediente, la siguiente documentación:

a. “Copia de las resoluciones No. 15420 del 28 de julio de 2009 y No. 27264 del 29 de diciembre del mismo año, por medio de las cuales el Instituto de Seguros Sociales reconoció la sustitución pensional a la señora Irma Esperanza Ruiz Bustamante, en condición de

cónyuge del pensionado Juan Luis Bustamante Olivo, y dejó en suspenso el estudio y reconocimiento del eventual derecho respecto del menor Juan José Bustamante More.

b. Copia de la investigación interna que el Instituto de Seguros Sociales adelantó para fundamentar su decisión de suspender el reconocimiento de la sustitución pensional del finado Juan Luis Bustamante Olivo, a favor del menor Juan José Bustamante More.

c. De ser posible y si obra en la actuación, remita copia del registro civil de nacimiento del menor Juan José Bustamante More y del registro civil de defunción del señor Juan Luis Bustamante Olivo”.

En forma adicional, la Sala solicitó a esa funcionaria remitir la siguiente información:

a. “Explique por qué razón, a pesar de estar el menor Juan José Bustamante More registrado civilmente como hijo del pensionado Juan Luis Bustamante Olivo, se procedió a suspender el reconocimiento de la sustitución pensional a su favor.

b. Informe por qué razón el Seguro Social a través de auto del 1° de marzo de 2010, está exigiendo a la señora Milena del Carmen More Arrieta, que para el estudio y reconocimiento de la prestación solicitada a favor del menor Juan José Bustamante More, se allegue copia auténtica de la sentencia judicial debidamente ejecutoriada mediante la cual la jurisdicción de familia declare que dicho menor es hijo o no del pensionado Juan Luis Bustamante Olivo.

c. Señale si usted tiene conocimiento de la dirección y ciudad donde la señora Irma Esperanza Ruiz Bustamante puede recibir notificaciones”.

A pesar de estar debidamente notificada mediante oficio No. OPT-A-837 del 19 de noviembre de 2010, enviado a sus instalaciones a través de Postexpress mediante planilla 196 de la misma fecha, la Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales – Seccional Bolívar, guardó silencio y no allegó ninguna prueba.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

## 1. Competencia:

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales antes descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto efectuados el 7 de septiembre de 2010.

## 2. Problema Jurídico:

Corresponde a la Sala de Revisión determinar si el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos constitucionales al mínimo vital, a la seguridad social, al debido proceso y a la protección de la niñez, al dejar en suspenso el estudio y reconocimiento de la sustitución pensional a favor del menor Juan José Bustamante More, aduciendo que éste no es hijo biológico del causante Juan Luis Bustamante Olivo, a pesar de estar inscrito por éste como tal en el registro civil de nacimiento.

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de sujetos de especial protección constitucional o de personas en circunstancias de debilidad manifiesta. Reiteración de jurisprudencia; (ii) Naturaleza, finalidad y principios constitucionales de la pensión de sobrevivientes, también conocida como sustitución pensional; (iii) Requisitos que deben cumplir los hijos menores de 18 años para ser beneficiarios de la sustitución pensional del progenitor fallecido. La filiación extramatrimonial y el registro civil de nacimiento como prueba idónea para acreditar la condición de parentesco; (iv) Principio de prevalencia del interés superior del menor y su especial protección por parte del Estado. Reiteración de jurisprudencia; y, luego analizará (v) El caso en concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de sujetos de especial protección constitucional o de personas en circunstancias de debilidad manifiesta. Reiteración de jurisprudencia:

3.1. Por regla general, la resolución de los conflictos jurídicos en materia de sustituciones pensionales, son asuntos que competen a la jurisdicción ordinaria laboral o a la contenciosa administrativa según sea el caso. Por lo tanto, la acción de tutela, al tener naturaleza

subsidiaria y encontrarse subordinada a la inexistencia o falta de idoneidad del medio judicial para la protección del derecho vulnerado conforme lo indica el artículo 86 Superior, se torna improcedente frente a la satisfacción de pretensiones de esta clase.

Sin embargo, si los medios ordinarios de defensa no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección integral de los derechos fundamentales amenazados, de manera excepcional procede la acción de tutela como instrumento definitivo para salvaguardarlos, teniendo en cuenta que la jurisprudencia constante de esta Corporación ha reiterado el vínculo estrecho que une al mínimo vital y la vida digna con la recepción de ciertas acreencias prestaciones<sup>4</sup>, dentro de las cuales se encuentra la pensión de sobrevivientes. Así se señaló, por ejemplo, en la sentencia T-396 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), al indicar una de las dos excepciones a la regla general de improcedencia antedicha:

“En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo principal y definitivo en el evento en que el medio de defensa judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y/o eficaz en el caso concreto. La Corte ha considerado que los mecanismos laborales ordinarios, aunque idóneos, no son eficaces cuando se trata de personas que reclaman el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras. Frente a estas circunstancias, las acciones ordinarias no son lo suficientemente expeditas frente a la exigencia de la protección inmediata de derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la salud, a la educación, a la vivienda digna, a la alimentación adecuada y a la seguridad social”.

En efecto, dicho enfoque ha sido adoptado por la Corte cuando son los ascendentes del afiliado fallecido quienes reclaman la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, por cuanto dependían económicamente del finado y carecen de capacidad para garantizarse su propia subsistencia ante su avanzada edad, situación que compromete directamente sus derechos fundamentales. Así pues, es importante resaltar que la idoneidad y la eficacia del mecanismo ordinario para reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, deben ser analizadas por el juez de tutela haciendo una evaluación de los hechos expuestos en cada caso en concreto, en procura de determinar si el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de relevancia constitucional.

El perjuicio irremediable además de reunir las condiciones de inminencia, urgencia, gravedad y requerir la ejecución de medidas impostergables, debe cumplir son dos supuestos adicionales comprobables por el juez constitucional: “(i) la prestación económica que percibía el trabajador o pensionado fallecido constituye el sustento económico de su grupo familiar dependiente; y, (ii) los beneficiarios de la pensión carecen, después de la muerte del trabajador o pensionado, de otros medios para garantizarse su subsistencia, por lo que cual quedan expuestos a un perjuicio irremediable derivado de la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital”<sup>5</sup>. Precisamente, frente a la presunción de afectación al mínimo vital, la Corte ha indicado que a pesar de la informalidad de la acción de tutela, de todos modos el accionante debe acompañar la afirmación de alguna prueba siquiera sumaria<sup>6</sup> o debe ser decretada la prueba de oficio por el juez tutelar<sup>7</sup>.

Frente a este punto, la Corte en sentencia T-789 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), reiterada en la sentencia T-326 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), indicó que el análisis de procedibilidad de la acción de tutela y la caracterización del perjuicio irremediable, deben responder a un “criterio amplio” cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional. En esos eventos, el estudio debe efectuarse con una óptica, “si bien no menos rigurosa, si menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”. Sin embargo, es pertinente señalar que la mera circunstancia de que el afectado sea un sujeto de especial protección constitucional no contrae en sí misma la acreditación del perjuicio irremediable, sino que tiene como consecuencia que su valoración deba realizarse bajo criterios más amplios, como se explicó.

3.3. Finalmente, es necesario recordar que el excepcional reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes 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 que la entidad encargada de responder no haya hecho mención al reconocimiento o simplemente no haya ofrecido respuesta alguna al escrito de tutela, y que el accionante haya agotado algún trámite administrativo o judicial tendiente a obtener el reconocimiento de tal prestación. Así lo señaló la Corte en sentencia T-651 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), cuando al estudiar el reconocimiento de una pensión especial de vejez para la madre de una hija inválida, adujo que “(...) la acción de tutela

procede cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión y, sin embargo, la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en consecuencia”.

3.4. En este orden de ideas, por regla general, atendiendo el principio de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes. Sin embargo, la Corte ha estimado que dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se deben considerar las siguientes excepciones a la subregla de la improcedencia: (i) cuando los medios ordinarios de defensa no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales amenazados porque, por ejemplo, el beneficiario de la pensión de sobrevivientes es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta, la acción de tutela procede como instrumento definitivo para salvaguardarlos; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor. En tal caso, si se trata de un sujeto de especial protección conforme establece el artículo 13 Superior, la caracterización del perjuicio debe responder a un criterio más amplio; (iii) el asunto puesto a consideración del juez de tutela supone un problema de relevancia constitucional; y (iv) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada.

4. Naturaleza, finalidad y principios constitucionales de la pensión de sobrevivientes:

4.1. La pensión de sobrevivientes, como una de las expresiones del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, es aquella prestación que se genera a favor de las personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que éstas últimas deban soportar las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento<sup>8</sup>.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivientes es una prestación reconocida a favor de los familiares del afiliado al sistema que fallezca, y tiene por finalidad proteger a los miembros del grupo familiar del posible desamparo al que se pueden enfrentar por la muerte de quien les suministraba el sustento diario.

Desde esa perspectiva, la Corte en sentencia C-111 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), estableció que “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria<sup>9</sup>. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y que, además, en muchos casos compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades mínimas”. Por consiguiente, resulta claro para la Sala que la finalidad que se persigue con la sustitución pensional es la de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que el afiliado fallecido ofrecía a sus familiares, y que el deceso de éste no determine el cambio sustancial de las condiciones de vida del beneficiario o beneficiarios, pues dicha sustitución tiene el alcance de brindar una ayuda vital e indispensable para la subsistencia de éstos.

En forma adicional, esta Corporación en sentencia C-1035 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), recordó que la pensión de sobrevivientes es un derecho revestido por el carácter de cierto, indiscutible e irrenunciable, y que constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental por cuanto dentro de su esencia se encuentran contenidos valores tutelables como el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud y al trabajo.

En síntesis, como puede observarse, el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes -o sustitución pensional- ha sido el de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas generales derivadas de su muerte<sup>10</sup>.

4.2. Manteniendo esa línea que garantiza el propósito antedicho, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios que definen el contenido constitucional de la pensión de sobrevivientes como prestación asistencial. Estos fueron agrupados en tres grandes bloques por la referida sentencia C-1035 de 2008, de la siguiente manera: (i) principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, el cual consiste que se otorgue la pensión de sobrevivientes a las personas más cercanas y que dependían económicamente del causante, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades básicas; (ii) principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados, con el cual se busca que sobrevinida la muerte del afiliado, sus familiares no se vean obligados a soportar

individualmente los vacíos económicos que implica su partida, sino que puedan obtener cierta estabilidad tanto material como espiritual; y, (iii) principio material para la definición del beneficiario, el cual se circunscribe a determinar que es beneficiario de la sustitución pensional, quien demuestra que dependía económicamente del afiliado y, de ser posible, compartían el mismo techo.

Así las cosas, para la Corte las disposiciones destinadas a regular los aspectos relacionados con la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, no pueden incluir expresa o implícitamente tratos discriminatorios que se conviertan en barreras que dificulten el acceso a aquellas, dada su especial dimensión constitucional y los principios en comento que le sirven de respaldo garantista.

4.3. Desde el punto de vista legal, la pensión de sobrevivientes se encuentra consagrada tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual con solidaridad. En términos generales, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003<sup>11</sup>, las personas legítimas que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes son (i) los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca<sup>12</sup>; y, (ii) los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiese cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento<sup>13</sup>.

Frente al último grupo de personas, el numeral 2) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 señalaba que, a parte de acreditar las 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores al deceso, se debían cumplir las siguientes condiciones por parte del afiliado: (i) En caso de muerte causada por enfermedad: si era mayor de 20 años de edad, que hubiese cotizado el 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años y la fecha del fallecimiento; y, (ii) si la muerte fue causada por accidente: si era mayor de 20 años de edad, hubiese cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años y la edad del fallecimiento. Estas dos condiciones desaparecieron del ordenamiento jurídico, por cuanto la Corte mediante sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009 (MP Nilson Pinilla Pinilla), las declaró inexecutable al estimar que el requisito de fidelidad desconoce el principio de progresividad y no regresividad de las medidas legisladas en materia de seguridad social, ya que el antiguo artículo 46 de la Ley 100 de 1993, solo exigía realizar

aportes durante mínimo 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento del fallecimiento del afiliado.

En forma adicional, para tener derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o a la sustitución pensional, se debe acreditar por parte de los miembros del grupo familiar del causante, la condición de beneficiarios legales a partir del orden de prelación que estatuyen los artículos 4714 y 7415 de la Ley 100 de 1993, modificados y recogidos en lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Dicho orden garantiza la estabilidad económica y financiera del sistema general de pensiones, habida consideración que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional solo opera para los miembros del grupo familiar que, por su cercanía y dependencia del causante, pueden resultar afectados en su digna subsistencia.

5. Requisitos que deben cumplir los hijos menores de 18 años para ser beneficiarios de la sustitución pensional del progenitor fallecido. La filiación extramatrimonial y el registro civil de nacimiento como prueba idónea para acreditar la condición de parentesco.

5.1. De acuerdo con el literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dentro de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional se encuentran los descendientes del causante, quienes tendrán derecho siempre que: (i) se trate de hijos menores de 18 años; (ii) cuando los hijos tengan más de 18 años y hasta 25 años de edad y se encuentren incapacitados para trabajar por razón de sus estudios, siempre que dependieran económicamente del difunto al momento de su deceso; y, (iii) cuando se trate de hijos inválidos que dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

Tratándose del primer grupo, es decir, los descendientes del causante menores de 18 años, éstos deben allegar los siguientes documentos mínimos con la solicitud de sustitución pensional que eleven ante el operador público o privado de pensiones, a saber: (i) fotocopia del registro civil de defunción del pensionado fallecido debidamente autenticado; y, (ii) copia del registro civil de nacimiento del menor con la respectiva nota marginal en caso de existir. Al respecto, es importante señalar que según el artículo 13 del Decreto 1889 de 1994, el estado civil y el parentesco del beneficiario de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, se prueba con el certificado del registro civil. Precisamente, dicho

registro además de demostrar la calidad de hijo frente al pensionado fallecido, también sirve para acreditar la minoría de edad del beneficiario, lo que lo convierte en prueba idónea para acreditar la condición de parentesco.

Ahora, si bien el artículo 16 del Decreto 1889 de 1994 ha definido, para efectos de la pensión de sobrevivientes y de la sustitución pensional, que la dependencia económica se configura cuando el beneficiario no tenga ingresos, o éstos sean inferiores a la mitad del salario mínimo legal mensual vigente, y venga derivando del causante su subsistencia, no lo es menos que en el caso específico de los hijos menores de edad, se presume la dependencia económica respecto del finado mientras subsistan las condiciones de la minoría de edad, salvo que se demuestre lo contrario. Así mismo, es bueno resaltar que frente al punto de la dependencia económica no existe una disposición legal o reglamentaria que señale cómo se debe acreditar, por lo que puede hacerse a través de cualquier medio probatorio previsto en la ley, según lo estableció esta Corporación en la sentencia C-111 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil).

5.2. De otro lado, de acuerdo con el párrafo único del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para efectos de probar la condición de beneficiario de la sustitución pensional, es necesario que el vínculo entre el padre y el hijo sea el establecido en el Código Civil.

Pues bien, dicho vínculo hace referencia al parentesco, entendido éste como la relación de familia que existe entre dos personas, el cual puede ser de consanguinidad o natural, por afinidad y por adopción o civil. Para el caso bajo estudio, interesa ahondar en el parentesco por consanguinidad, el cual ha sido definido en el artículo 35 del Código Civil, como la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por los vínculos de sangre.

El parentesco por consanguinidad puede ser legítimo o extramatrimonial<sup>17</sup>. El primero de ellos se presenta cuando la filiación o vínculo que une al hijo con su padre o madre, deriva de la concepción durante el matrimonio de sus progenitores; así, la procreación sumada al matrimonio da como resultado la filiación legítima. No obstante, existen hijos que si bien fueron concebidos por fuera del matrimonio, en forma posterior los padres al contraer nupcias denunciándolos, les otorgan una filiación legitimada o legitimación<sup>18</sup>. Por su parte, el segundo se exterioriza cuando los hijos son concebidos por fuera del matrimonio, es decir,

cuando entre el padre y la madre no existe vínculo matrimonial, situación que se conoce como filiación extramatrimonial<sup>19</sup>. Sin embargo, en la actualidad, tanto los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, tienen igualdad de derechos y deberes, según lo establece el inciso sexto del artículo 42 de la Constitución Política.

5.3. Profundizando un poco en la filiación extramatrimonial, tenemos que ésta opera por dos vías: la primera, por reconocimiento expreso y voluntario del padre o de la madre; y, la segunda, por sentencia judicial declarativa en firme de la paternidad o maternidad. Tratándose del reconocimiento expreso y voluntario, podemos decir que el mismo encierra una confesión de la paternidad o de la maternidad frente al hijo, lo cual permite ocupar respecto de él, la posición jurídica de padre. Dicho reconocimiento se caracteriza por ser un acto (i) eminentemente personal; (ii) jurídicamente voluntario y no obligatorio; (iii) expreso por cuanto descansa sobre la manifestación explícita hecha por el padre o por la madre, de la cual no queda duda de su intención; (iv) unilateral; (v) solemne porque su validez está condicionada al cumplimiento de los medios previstos en la ley o sus consiguientes formalidades legales; (vi) irrevocable por quien efectúa el reconocimiento; y, (vii) produce efectos erga omnes o absolutos frente a toda la comunidad<sup>20</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 75 de 1968, el reconocimiento expreso y voluntario de un hijo extramatrimonial puede hacerse por los siguientes medios legales: (i) por acta de nacimiento, consistente en la manifestación inequívoca de la paternidad que hace el padre ante el funcionario encargado del registro civil. La sola firma es suficiente para producir el efecto deseado, por consiguiente, el acto es solemne ante el requisito de la firma. También se le conoce como reconocimiento ante notario que hace directamente el progenitor denunciante; (ii) por escritura pública, la cual tiene su cimiento en que el padre o la madre que deseen realizar el reconocimiento pueden concurrir ante el notario respectivo con el fin de que se extienda la escritura pública, la cual deberá contener: fecha, nombres de los otorgantes, nombre del hijo reconocido, edad de éste, lugar de nacimiento y la manifestación expresa del reconocimiento. El notario ante quien se sentó inicialmente el registro, está en la obligación de insertar la respectiva nota marginal sobre la identificación del instrumento público mediante el cual obró el reconocimiento; (iii) por testamento, consistente en que el causante estando aún en vida efectuó el reconocimiento del hijo extramatrimonial mediante testamento que puede ser abierto o cerrado, verbal, marítimo o militar. En todo caso, la revocación del testamento no implica la del reconocimiento; y, (iv) por manifestación expresa

y directa ante un juez, la cual se fundamenta en dos situaciones concretas: cuando los padres comparecen ante el juez a fin de formular la declaración por medio de la cual reconocen al hijo como suyo, o cuando dentro del trámite propio de un juicio, en alguna pieza procesal se encuentra la manifestación inequívoca del reconocimiento, del cual se deduce con absoluta certeza la paternidad de quien la hizo.

En cuanto atañe al reconocimiento de la filiación extramatrimonial mediante sentencia judicial en firme y no sujeta a revisión, basta con decir que los legitimados deben iniciar un proceso de investigación de paternidad que culmine con la respectiva declaración judicial agotando la prueba de ADN o con la confesión directa del progenitor.

5.4. Concentrando aún más nuestro estudio en el reconocimiento expreso y voluntario de la filiación extramatrimonial a través de acta de nacimiento, la Sala estima pertinente mencionar que el artículo 48 del Decreto 1260 de 1970, establece que la inscripción del nacimiento deberá hacerse ante el correspondiente funcionario encargado de llevar el registro del estado civil o notario, dentro del mes siguiente a su ocurrencia y en la oficina correspondiente a la circunscripción territorial en que haya tenido lugar. La prueba principal para acreditar el nacimiento es el certificado médico o de la enfermera que haya asistido a la madre en el parto, pero el reconocimiento por acta de nacimiento también admite como prueba supletoria la declaración juramentada de dos testigos hábiles, quienes deben suscribir o firmar la respectiva inscripción del estado civil.

En los casos que se registre el nacimiento por fuera del mes siguiente a su ocurrencia, el artículo 1° del Decreto 2188 de 2001 contiene el procedimiento o las reglas a seguir, las cuales consisten en que (i) el solicitante eleve la petición ante el funcionario del registro o notario del domicilio de quien se pretende registrar; (ii) el solicitante debe declarar bajo la gravedad de juramento que el nacimiento no se ha inscrito ante autoridad competente; y, (iii) el nacimiento se debe acreditar con el certificado de nacido vivo expedido por el médico, partera o enfermera, o con copia de las partidas parroquiales. No obstante, al igual que sucede con la inscripción del registro dentro del término legal, la prueba supletoria que admite la ley es la declaración de dos testigos hábiles que hayan presenciado el nacimiento, asistido o tenido noticia directa y fidedigna del mismo. En tal caso, los testigos deben plasmar su firma en el registro.

5.5. Así las cosas, definida legalmente la paternidad o la maternidad extramatrimonial, o ambas, por reconocimiento o por decisión judicial en firme y no sometida a revisión, el funcionario encargado del registro civil o notario, procederá a elaborar la respectiva inscripción en el registro civil de nacimiento del hijo. Dicha inscripción, una vez autorizada, solamente podrá ser alterada en virtud de decisión judicial en firme (v. gr. proceso ordinario de impugnación de la paternidad) o por disposición de los interesados, cumpliendo en todo caso ciertas formalidades<sup>21</sup>.

En este orden de ideas, el estado civil de una persona debe constar en el registro del estado civil, el cual es público y válido siempre que las inscripciones cumplan a satisfacción con todos los requisitos antedichos. De acuerdo con el artículo 103 del Decreto 1260 de 1970, se presume la autenticidad y pureza de las inscripciones hechas en debida forma en el registro del estado civil, lo que significa que, en nuestro caso, el registro civil de nacimiento es la prueba idónea para demostrar el parentesco y, por ende, es el documento que debe adjuntar un hijo menor de 18 años al momento de elevar la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional de su finado progenitor, ya que con él demuestra la condición indispensable de relación filial padre-hijo.

A esta misma conclusión llegó la otrora Sala Primera de Revisión en la sentencia T-427 de 2003, cuando estudió el caso de unas menores de edad a las cuales el Instituto de Seguros Sociales les suspendió el pago de la pensión de sobrevivientes aduciendo la existencia de irregularidades en el registro civil de nacimiento de aquellas. En esa oportunidad, esta Corporación señaló:

“En ese sentido, nuestra legislación a fin de brindar certeza a los vínculos familiares, establece la forma de probar los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas. En efecto, el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, dispone que “Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos”.

Por tanto, en Colombia la prueba idónea de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas es la copia de la correspondiente partida o folio de registro civil. Salvo en los eventos de las personas nacidas con anterioridad a la Ley 92 de 1938, quienes

pueden acreditar su estado civil con la partida de bautismo. En los demás casos, ningún otro documento puede reemplazar la copia de la correspondiente partida o folio, o los certificados expedidos con base en los mismos”.

Entonces, el certificado de registro civil de nacimiento es la prueba idónea para acreditar el parentesco y resulta ser el documento indispensable para que los hijos puedan acceder a la sustitución pensional de sus progenitores.

6. Principio de prevalencia del interés superior del menor y su especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Reiteración de jurisprudencia:

6.1. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Recogiendo este axioma básico, consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 44 de la Constitución Política dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás; al interpretar este mandato, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada<sup>22</sup>, condición que se hace manifiesta -entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación pública o privada que los involucre.

Así mismo, esta Corporación ha precisado el contenido de los principios de protección especial de la niñez y de preservación del interés superior y prevalente del menor. Por ejemplo, en las sentencias T-514 de 1998 y T-466 de 2006, explicó que el concepto de interés superior del menor consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de darles un trato acorde a esa prevalencia que los protege en forma especial, que los guarda de abusos y arbitrariedades, y que les garantiza el desarrollo normal y sano desde los puntos de vista

físico, psicológico, intelectual y moral, para así fomentar la plena evolución de su personalidad y permitirles convertirse en ciudadanos autónomos, independientes y útiles a la sociedad. Concretamente, el principio en mención “se enmarca en los presupuestos del Estado Social de Derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”.

Quiero ello decir que, como lo indicó esta misma Sala de Revisión en la sentencia T-078 de 2010, el menor se hace acreedor de un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto de especial protección constitucional y de la cual se deriva la titularidad en un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que se halla. Es así que el interés superior del menor posee un contenido de naturaleza real y relacional<sup>23</sup>, criterio con el cual se exige una verificación y especial atención a los elementos concretos y particulares que distinguen a los menores y a sus familias.

6.2. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha decantado una serie de lineamientos que contribuyen a establecer criterios claros para el análisis de situaciones específicas. En efecto se han fijado dos condiciones a verificar, fácticas y jurídicas, que contribuyen a determinar el grado de bienestar del menor. Dentro de las primeras, i) fácticas, se encuentran “- las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados -,” y entre las (ii) jurídicas, están “-los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil -.”<sup>24</sup>

Entonces, con estas dos condiciones se tiene que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección, deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de

niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos<sup>25.26</sup>

6.3. Ahora bien, tratándose de la condición jurídica antedicha, la Corte Constitucional ha identificado algunos parámetros jurídicos relevantes tanto generales -es decir, aplicables a todo caso que involucre la definición de los derechos de un menor de edad- como específicos -esto es, relacionados directamente con el problema jurídico que se debe resolver en esta oportunidad-.

En cuanto atañe a los parámetros jurídicos generales, la Corte ha tenido en cuenta los siguientes: (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado<sup>27</sup> y, (vi) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor<sup>28</sup>. Por su parte, respecto a los parámetros jurídicos específicos aplicables al caso, se deben destacar (i) la garantía de estabilidad socio-económica para el menor; y, (ii) el respeto al derecho a la seguridad social que frente a los niños y niñas se convierte en fundamental.

## 7. El caso concreto:

7.1. En el asunto analizado, la señora Milena del Carmen More Arrieta en representación de su hijo menor Juan José Bustamante More, solicita protección constitucional de los derechos al mínimo vital, a la seguridad social, al debido proceso y a la protección a la niñez, los cuales estima vulnerados por parte del Instituto de Seguros Sociales al dejar en suspenso el estudio y el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de aquel, alegando que no es hijo biológico del pensionado fallecido Juan Luis Bustamante Olivo, a pesar de estar reconocido por éste como tal, según indica el registro civil de nacimiento del menor.

La primera verificación que debe realizarse en este caso es la relativa a la procedencia de la acción de tutela. Del material probatorio aportado en sede de revisión, la Sala observa que el agenciado es un sujeto de especial protección constitucional debido a su condición de minoría de edad. El registro civil de nacimiento de Juan José Bustamante More releva que

nació en la ciudad de Cartagena el 29 de diciembre de 2006, lo que significa que en la actualidad tiene 3 años de edad cumplidos.

Si bien las controversias referentes al reconocimiento de la sustitución pensional se deben ventilar ante la justicia laboral, no lo es menos que el medio ordinario de defensa con que cuenta el agenciado carece de eficacia para proteger sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, habida cuenta que el cubrimiento de sus necesidades básicas no puede estar supeditado a un largo y tedioso proceso laboral. Por consiguiente, la tutela procede como instrumento definitivo para salvaguardar los derechos del agenciado, máxime cuando el caso denota relevancia constitucional y la titularidad del derecho reclamado se posibilita para los hijos menores de 18 años que acrediten mediante el registro civil de nacimiento no controvertido, su relación filial con el pensionado fallecido.

Gracias a la actividad oficiosa que realizó esta Corporación en materia probatoria, del registro civil de nacimiento del menor Juan José Bustamante More se puede concluir que si bien nació el 29 de diciembre de 2006, la inscripción por primera vez en el registro civil de nacimiento la efectuó extemporáneamente (11 de julio de 2008) el señor Juan Luis Bustamante Olivo, quien figura como denunciante de la filiación extramatrimonial a través del reconocimiento expreso y voluntario en su condición de padre del menor. Dicho reconocimiento como manifestación inequívoca de la paternidad se efectuó por acta de nacimiento, la cual contó con la firma del progenitor y con la prueba supletoria de la declaración de dos testigos hábiles conocedores del nacimiento, quienes signaron la inscripción en el registro del estado civil ante la Notaría Primera del Círculo de Cartagena - Bolívar.

Vale la pena resaltar que esa inscripción fue debidamente autorizada mediante el indicativo serial 42850308, lo que significa que la misma produce plenos efectos para demostrar el estado civil del menor y goza de autenticidad hasta tanto no sea alterada por decisión judicial en firme (artículo 89 del Decreto 1260 de 1970, modificado por el artículo 2° del Decreto 999 de 1988). Precisamente, al respecto la accionante informó bajo la gravedad de juramento que no ha iniciado ni ha sido notificada de la existencia de proceso alguno que cuestione la paternidad del menor Juan José Bustamante More, es decir, que el registro civil de nacimiento obra como prueba idónea no controvertida que demuestra la relación filial entre el causante y el agenciado.

De esta forma, el certificado de registro civil de nacimiento es el documento indispensable para que el hijo menor pueda acceder a la sustitución pensional de su padre fallecido, requisito que se cumplió a satisfacción en el presente asunto pues se anexó al momento de radicar la solicitud de reconocimiento y pago del derecho pensional. Sumado a ello, como se indicó en la consideración central de esta providencia, en el caso específico de los hijos menores de edad, se presume la dependencia económica respecto del finado mientras subsistan las condiciones de la minoría de edad, lo que se traduce en que el dejar en suspenso el estudio o negar el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de aquellos, configura un menoscabo a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social que se convierten en fundamentales tratándose de los menores de edad.

Adicionalmente, la Sala de Revisión estima que el Instituto de Seguros Sociales al dejar en suspenso el estudio y reconocimiento de la sustitución pensional a favor del agenciado, desconoció el deber constitucional de ceñir sus actuaciones administrativas al principio de prevalencia del interés superior del menor, pues a pesar de tener conocimiento de que el solicitante es una persona con tan solo 3 años de edad que dependía económicamente del causante que lo reconoció en vida como hijo extramatrimonial, adelantó una supuesta investigación interna<sup>29</sup> de la cual no obra prueba alguna en el expediente de tutela ni fue notificada a la actora, con la que concluyó que el menor por haber sido registrado de forma extemporánea, no es hijo biológico del señor Juan Luis Bustamante Olivo. Para esta Corporación, no cabe duda que la entidad accionada extralimitó sus funciones, ya que en ella no recae competencia para determinar a priori si un menor es o no hijo de un pensionado.

Pero más extraño resulta que condicione el reconocimiento del derecho pensional a que la señora Milena More Arrieta anexe copia auténtica de la sentencia judicial debidamente ejecutoriada por medio de la cual la justicia ordinaria en cabeza del juez de familia, declare que el menor es hijo o no del pensionado, pues a aquella lógicamente no le asiste interés jurídico para controvertir la paternidad de su hijo sino que la legitimación para impugnar la paternidad recaería, en caso de inconformidad, en los herederos o interesados en la pensión del causante.

Así las cosas, carece de sustentos fáctico y jurídico suspender el reconocimiento de la sustitución pensional a favor del menor que fue registrado por el pensionado como hijo, inscripción que hasta el momento no ha sido cuestionada por terceros a través de los medios

legales.

7.3. Finalmente, esta Corte aprovecha la oportunidad para recordar que a los jueces constitucionales les asiste la obligación de verificar objetivamente los hechos que alegan los accionantes y confrontarlos con el caudal probatorio aportado, el cual en caso de ser insuficiente o de no obrar en el expediente, habilita al operador jurídico para que haga uso de su facultad-deber<sup>30</sup> de decretar pruebas de oficio, como quiera que está a su cargo un mínimo de actuación conducente a reunir los elementos de juicio indispensables para resolver el asunto tutelar que se somete a su consideración, máxime cuando el implicado es un sujeto de especial protección constitucional.

Frente a esta facultad-deber, la Corte Constitucional en sentencia T-074 de 2000, señaló que “de conformidad con el Decreto 2591 de 1991, el juez de tutela goza de amplias facultades con miras a establecer la verdad de los acontecimientos que se llevan a su análisis y las verdaderas circunstancias del caso controvertido. A juicio de la Corte, el juez debe utilizar esas posibilidades para asegurar así la inmediación que requiere con el objeto de acertar en su fallo. Si no lo hace, corre el riesgo de dejar desprotegidos derechos fundamentales que merecen protección o de obrar, por el contrario, con tal precipitud que ampare situaciones que no requieren la intervención judicial o respecto de las cuales ella no cabe.”

En el mismo sentido, en providencia T- 699 de 2002, esta Corporación sostuvo que “a los jueces de tutela les asiste el deber de decretar y practicar pruebas de oficio cuando de la solicitud de amparo y los informes que alleguen los accionados no obren suficientes elementos de juicio para decidir el asunto sometido a su consideración, por cuanto la labor constitucional encomendada es precisamente la protección efectiva de los derechos fundamentales.”

En suma, la jurisprudencia de esta Corporación es clara en señalar que el juez de tutela dispone no sólo de la facultad de decretar pruebas de oficio, al igual que cualquier otra autoridad judicial, sino que está ante el deber de hacerlo con miras a lograr una efectiva protección de los derechos fundamentales, en especial, cuando por las especiales características del caso, de las pruebas aportadas por el accionante o de los informes allegados por los accionados, no se cuente con suficientes elementos de juicio para decidir un asunto bajo análisis.

Lo anterior adquiere relevancia por cuanto en el presente caso la accionante manifestó, sin aportar prueba alguna que lo demuestre, (i) que el menor Juan José Bustamante More era hijo del señor Juan Luis Bustamante More, quien en vida lo registró ante el notario; (ii) que el pensionado padre de su hijo falleció; y, (iii) que el Instituto de Seguros Sociales dejó en suspenso el reconocimiento de la sustitución pensional a favor del menor agenciado. Sobre ninguno de estos hechos, se repite, reposaba prueba alguna en el expediente; tan sólo las afirmaciones de la actora. Sin embargo, por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás, la labor probatoria que cumplió esta Corporación en sede de revisión, pudo haber sido agotada por los jueces de primera y segunda instancia constitucional, en procura de contar con los elementos de juicio suficientes para conceder el amparo. Por ello, se les conmina para que en lo sucesivo ejerzan diligentemente la facultad-deber de decretar pruebas de oficio en el trámite sumario de la acción de tutela.

7.4. En conclusión, de acuerdo con lo expuesto y dadas las especiales condiciones del menor Juan José Bustamante More, no tendría sentido auxiliarle de manera transitoria, para que se demande por otra vía y esperar el resultado de un proceso ordinario que puede tardar algunos años, por lo cual se impone conceder el amparo constitucional ante la existencia de un perjuicio grave, como mecanismo definitivo de protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la protección de la niñez. En consecuencia, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales que reactive el estudio y resuelva sin dilaciones la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional a favor del citado menor, teniendo en cuenta para ello que en el registro civil de nacimiento éste figura como hijo extramatrimonial del pensionado Juan Luis Bustamante Olivo.

Sin embargo, en esta oportunidad la Corte no puede ordenar directamente el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a favor del agenciado, por cuanto podrían verse comprometido los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa que le asisten a la señora Irma Esperanza Ruiz Bustamante, quien no fue vinculada al presente trámite de tutela por desconocer la dirección y la ciudad donde recibe notificaciones judiciales. Por ello, dispondrá que el acto administrativo que resuelva sobre la sustitución pensional a favor del menor Juan José Bustamante More, le sea notificado a la cónyuge supérstite del pensionado.

V. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE

Primero: REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena de Indias y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de esa misma ciudad, dentro de la acción de tutela promovida por Milena del Carmen More Arrieta en representación de su hijo menor Juan José Bustamante More contra el Instituto de Seguros Sociales - Departamento de Atención al Pensionado de la Seccional Bolívar, y en su lugar CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la protección de la niñez del citado menor.

Segundo: ORDENAR a la Jefe de Atención al Pensionado de la Seccional Bolívar del Instituto de Seguros Sociales, o a quien haga sus veces, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, reactive el estudio y resuelva sin dilaciones la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional a favor del menor Juan José Bustamante More, quien figura en el registro civil de nacimiento como hijo extramatrimonial del pensionado Juan Luis Bustamante Olivo.

Tercero: ORDENAR a la Jefe de Atención al Pensionado de la Seccional Bolívar del Instituto de Seguros Sociales, o a quien haga sus veces, que una vez proferido el acto administrativo correspondiente que resuelva sobre el reconocimiento de la sustitución pensional a favor del menor agenciado, le sea notificado a la señora Irma Esperanza Ruiz Bustamante, en su calidad de cónyuge supérstite del pensionado y posible afectada con la decisión administrativa.

Cuarto: ORDENAR al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena de Indias, que verifique y vele por el acatamiento cabal de la presente providencia, para lo cual hará los requerimientos del caso si el obligado no da cumplimiento en el plazo señalado.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 A folios 24 y 25 del cuaderno 1, se observa que la Jefe del Departamento de Atención del Pensionado de la Seccional Atlántico del Instituto de Seguros Sociales, mediante auto de fecha 1° de marzo de 2010, requirió a la señora Milena More Arrieta para que allegara el siguiente documento para el estudio y eventual reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del menor Juan José Bustamante More: Copia auténtica de la sentencia judicial debidamente ejecutoriada mediante la cual la jurisdicción de familia declare que el citado menor es hijo o no del señor Juan Luis Bustamante Olivo. Así mismo, le advirtió que de conformidad con los artículos 12 y 13 del CCA, de no allegarse lo solicitado en el término de 2 meses, se procedería al archivo del expediente administrativo, sin perjuicio de que posteriormente se presentara una nueva solicitud.

2 Cfr. folio 26 del cuaderno 1.

3 A folio 27 *ibídem*, aparece certificación emitida por el Jefe de Correspondencia de la Seccional Atlántico del Instituto accionado, mediante la cual señala que “(...) revisadas las bases de datos de correspondencia, no existe recursos ni petición pendiente, con respecto al asegurado Juan Luis Bustamante Olivo, CC 8.777.664”.

4 Sentencia T-076 de 2003, T-593 de 2007, T-701 de 2008, T-198 de 2009 y T-396 de 2009,

entre otras.

5 Sentencia T-971 de 2005, reiterada en las sentencias T-692 de 2006, T-129 de 2007 y T-396 de 2009.

6 Sentencia T-335 de 2007.

8 Sentencias T-049 de 2002, C-1094 de 2003, T-326 de 2007, entre otras.

9 Sentencia C-002 de 1999.

10 La Corte Constitucional, en sentencia C-556 de 2009, señaló que la naturaleza de la pensión de sobrevivientes “es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado al grupo familiar, con el fin de evitar que su muerte se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de los beneficiarios de dicha prestación”.

11 El artículo 73 de la Ley 100 de 1993, establece que los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad, así como su monto, se rigen por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48 de la misma Ley.

12 En sentencia C-617 de 2001, la Corte indicó que el numeral 1° del Artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con su respectiva modificación, regula la situación que se presenta ante la muerte del pensionado por vejez o invalidez, hipótesis en la cual tiene lugar la 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. Dijo que es lo que se denominado en sentido estricto, sustitución pensional.

13 Esta Corporación en sentencia C-111 de 2006, frente al numeral 2° del mismo artículo 46 de la Ley 100 de 1993 -modificado-, señaló que “regula lo que ocurre ante la muerte del afiliado, en cuyo caso la pensión de sobrevivientes que se paga a sus familiares, 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”.

14 Este artículo es aplicable para el régimen de prima media con prestación definida que administra el Instituto de Seguro Social.

15 Este artículo es aplicable para el régimen de ahorro individual con solidaridad que administran los diferentes fondos privados de pensiones.

16 El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 indica: "Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

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

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

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

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

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

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

17 El artículo 36 del Código Civil señala que el parentesco por consanguinidad es legítimo o ilegítimo, pero en los términos del artículo 1° de la Ley 29 de 1982, debe entenderse que el parentesco ilegítimo desapareció dando paso al extramatrimonial. Precisamente, esta Corporación al estudiar la constitucionalidad del artículo 39 del Código Civil que hacía referencia al parentesco ilegítimo, lo declaró inexecutable mediante sentencia C-595 de 1996, al estimar que prima la igualdad de derechos entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos a partir de la Ley 29 de 1982, la cual fue elevada a norma constitucional en el inciso sexto del artículo 42 de la Constitución Política.

18 El tratadista Manuel Somarriva Undurraga, en su libro Derecho de Familia de la editorial Nascimento, publicado en la ciudad de Santiago de Chile en el año 1936, señaló que la legitimación “es un beneficio por el cual el legislador confiere a un hijo concebido fuera del matrimonio, la calidad de legítimo con todas las consecuencias que de este estado se deducen”.

19 El artículo 52 del Código Civil, subrogado por el artículo 1° de la Ley 45 de 1936, indica que el hijo nacido de padres que al momento de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado como tal con arreglo a lo dispuesto en dicha ley. Sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley 29 de 1982, los hijos nacidos por fuera del matrimonio se denominan “extramatrimoniales” y no “hijos naturales”.

20 Frente al desarrollo de cada una de estas características, se puede consultar el libro Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen II, De las Personas, del autor Luis Claro Solar. Editorial Jurídica de Chile.

21 Así lo establece el artículo 89 del Decreto 1260 de 1970, modificado por el artículo 2° del Decreto 999 de 1988.

22 En la sentencia T-968 de 2009, esta Corporación señaló tres razones principales para que exista la protección reforzada de los derechos de los niños, a saber: “(i) su situación de fragilidad frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal; (ii) es una manera de promover una sociedad democrática en la que sus miembros conozcan y compartan los principios de libertad, igualdad, tolerancia y solidaridad; y (iii) es una forma de corregir el déficit de representación política que padecen los niños en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate legislativo”.

23 Sentencias T-408 de 1995, T-293 de 2009, T-968 de 2009 y T-078 de 2010.

24 Sentencia T-510 de 1993.

25 Sentencia C-997 de 2004.

26 En la sentencia T-968 de 2009, esta Corporación indicó que “todas las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos en las que se encuentre involucrados menores de edad, deben estar siempre orientadas por el principio del interés superior del menor”. Igualmente, es bueno resaltar que el artículo 9° del Código de la Infancia y la Adolescencia, consagra la prevalencia de los derechos de los menores al disponer que (i) “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”; y (ii) “en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

27 Sentencia T-466 de 2006.

28 Sentencia T-968 de 2009.

29 Esta investigación la adelantó el ISS con fundamento en el artículo 53 de la Ley 100 de 1993, el cual habilita a las entidades administradoras del régimen solidario de prestación definida para fiscalizar e investigar al empleador o al agente retenedor en cinco específicos casos, de los cuales ninguno se enmarca en el caso estudiado.

30 Artículo 179 de Código de Procedimiento Civil y artículos 19, 21 y 32 del Decreto 2591 de 1991.