

Sentencia T-316/17

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE SUSTITUCION PENSIONAL-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

Por regla general, atendiendo el principio de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional. Sin embargo, la Corte ha estimado que, dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se deben considerar las excepciones a dicha regla de improcedencia, 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 sustitución pensional es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta, evento en el cual la acción de tutela puede proceder como instrumento definitivo o transitorio para salvaguardarlos, en atención a las particularidades de cada caso.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Protección constitucional e internacional

DERECHOS DE LOS NIÑOS-Carácter prevalente/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Prevalencia de los derechos de los niños

PROTECCION DE LOS DIFERENTES TIPOS DE FAMILIA-Marco constitucional y desarrollo jurisprudencial

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Deber de la familia, la sociedad y el Estado de brindar especial protección a los niños

FAMILIA-Núcleo fundamental de la sociedad/FAMILIA-Igualdad de trato a sus diferentes

formas de constitución

La Carta Política señala que la familia es el núcleo básico de la sociedad, por lo que el Estado y la sociedad deben garantizar su protección integral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º Superior. Igualmente, el referido precepto señala que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, extendiendo de esta manera el principio de igualdad al núcleo familiar. Dicha paridad, exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado.

CONCEPTO DE FAMILIA-Alcance

Teniendo en cuenta el proceso de constante evolución del concepto de familia la Corte ha dicho que se debe entender como “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”.

FAMILIA-Principio de igualdad

FAMILIA-Protección integral en el ordenamiento jurídico colombiano

FAMILIA AMPLIADA-Protección constitucional

La Sala observa que la protección especial reconocida a la institución de la familia por la Carta y el derecho internacional, no se limita a aquella del modelo clásico compuesta por vínculos de consanguinidad, sino que se extiende a otras estructuras, conformadas por lazos jurídicos o de hecho, que surgen a partir de la convivencia y que se basan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad.

FAMILIA DE CRIANZA-Definición/FAMILIA DE CRIANZA-Protección constitucional

Las familias conformadas por padres e hijos de crianza han sido definidas por la jurisprudencia constitucional como aquellas que nacen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos

jurídicos. Sin embargo, la protección constitucional que se le da a la familia, también se proyecta a este tipo de familias.

PARENTESCO EN LAS FAMILIAS DE CRIANZA-La inexistencia de vínculos jurídicos o consanguíneos no es un presupuesto estricto para determinar la existencia de la familia de crianza

HIJOS DE CRIANZA-Concepto

FAMILIAS DE CRIANZA-Vínculo de afecto, respeto, comprensión y protección

SUSTITUCION PENSIONAL-Naturaleza, finalidad y principios constitucionales

REGIMEN PENSIONAL DE EXCEPCION DE ECOPETROL

IMPREScriptIBILIDAD DEL DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL PARA HIJO DE CRIANZA-Orden a Ecopetrol reconocer y pagar sustitución pensional a favor de menor, en calidad de hijo de crianza del causante

Expediente T-5.881.147

Demandante: Luzmila Calderón Silva, actuando en calidad de agente oficioso de Sebastián Andrés Calderón Silva

Demandado: Empresa Colombiana de Petróleos S.A. – ECOPETROL

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá DC, doce (12) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, Iván Humberto Escruce Mayolo (e.) y Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

En la revisión del fallo dictado el 19 de octubre de 2016, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual se confirmó la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2016, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de amparo constitucional instaurada por Luzmila Calderón Silva, quien actúa como agente oficioso de Sebastián Andrés Calderón Silva, contra la Empresa Colombiana de Petróleos S.A., en adelante, ECOPETROL.

La Procuraduría General de la Nación, el 18 de enero de 2017, presentó insistencia en la selección del expediente T-5.881.147, al considerar que existen razones constitucionales que justifica la revisión de este proceso de tutela.

La presente acción de tutela fue escogida para revisión por la Sala de Selección Número Uno, mediante auto del 27 de enero de 2017, y repartida a la Sala Cuarta de esta Corporación para su decisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 24 de agosto de 2016, mediante apoderado, Luzmila Calderón Silva, como agente oficioso de Sebastián Andrés Calderón Silva, presentó acción de tutela contra ECOPETROL, con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por la accionada al negar la sustitución de la pensión de vejez solicitada.

2. Reseña fáctica

Inicialmente, manifestó la agente oficioso¹ que, mediante sentencia del 24 de octubre de 2002, proferida por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, se declaró la pérdida de la patria potestad de Martha Cecilia Calderón Silva, frente a su hijo Sebastián Andrés Calderón Silva (de 3 años y 4 meses), a quien abandonó desde su nacimiento, y

designó como guardador a Gilberto Calderón (abuelo del niño).

Relató que, posteriormente, Gilberto Calderón solicitó la adopción del niño Sebastián Andrés, siendo negada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en razón a su “edad avanzada”.

Señaló que para todos los efectos, fungía como “padre putativo” de Sebastián Andrés, quien dependía emocional y económicamente de él.

El 22 de julio de 2016, Luzmila Calderón Silva, mediante apoderado, solicitó la sustitución pensional a ECOPETROL, a favor de su agenciado Sebastián Andrés Calderón Silva, con ocasión del fallecimiento del pensionado Gilberto Calderón², el 21 de julio de 2014.

Mediante Oficio del 10 de agosto de 2016, ECOPETROL negó la prestación reclamada, por considerar que la entidad tiene un régimen especial y que la condición parental de nieto del pensionado fallecido no se encuentra incluida dentro de los beneficiarios legales, aplicable al caso.

Considera la accionante que la respuesta de la entidad demandada no solo desconoció la sentencia T-074 de 2016 (en la que se concedió el amparo solicitado y se ordenó reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en favor del nieto, “como hijo de co-crianza del causante”); vulnerando así los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, igualdad y seguridad social de Sebastián Andrés Calderón Silva.

3. Pretensiones de la demanda

Solicita la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, igualdad y seguridad social de su agenciado Sebastián Andrés Calderón Silva. En consecuencia, pretende el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, a partir del 22 de julio de 2014, y el pago de los intereses moratorios.

4. Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente (Cuaderno 1)

Con el escrito contentivo de la tutela se aportaron las siguientes pruebas:

- * Registro civil de nacimiento de Sebastián Andrés Calderón Silva (f. 7).
- * Registro Civil de Defunción de Gilberto Calderón (f. 8).
- * Declaración Juramentada No.3862, rendida el 23 de junio de 2016 por Fanny Inés Berrío de Rueda y Luz Estella Rueda Berrío, ante la Notaría Segunda del Circuito de Barrancabermeja, vecinas de la vivienda familiar donde reside el agenciado (f. 9).
- * Registro civil de nacimiento de Martha Cecilia Calderón Silva, madre biológica de Sebastián Andrés Calderón Silva (f. 10).
- * Estudio socio-familiar realizado por el ICBF, el 19 de julio de 2004, mediante el cual se conocen las condiciones del hogar del señor Calderón y se estudia la idoneidad de este para adoptar a Sebastián Andrés Calderón Silva (f. 19 a 21).
- * Solicitud de reconocimiento de sustitución pensional, presentada por Luzmila Calderón Silva, el 22 de julio de 2016 (f. 22 a 24).
- * Respuesta de ECOPETROL a la petición con radicado 1-2016-093-25601 de fecha 10 de agosto de 2016 (f. 25-26).

5. Respuesta de ECOPETROL

Mediante auto del 24 de agosto de 2016, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá admitió la acción de tutela y corrió traslado a la accionada para que se pronunciara acerca de los supuestos de hecho que motivaron la solicitud de amparo.

ECOPETROL, mediante apoderado especial, indicó que el agenciado no cumple con los requisitos exigidos por la ley para ser beneficiario de la sustitución pensional, puesto que su condición parental de nieto del pensionado fallecido no está consagrada en la normativa aplicable al caso (Ley 12 de 1975, Ley 113 de 1985, Ley 71 de 1988 y DR 1160 de 1989).

De otra parte, advirtió que ECOPETROL ha actuado de conformidad con las normas legales y de buena fe; que la tutela debe declararse improcedente por cuanto no existe un perjuicio irremediable, por lo tanto, la demandante debe acudir a la jurisdicción competente. Adicionalmente, aportó los siguientes documentos:

* Certificación en que da constancia de que el señor Gilberto Calderón fue pensionado hasta el 20 de julio de 2014 (fecha de su fallecimiento) y que “el único familiar inscrito como beneficiario(a) de los servicios médicos y odontológicos que ofrece esa sociedad, fue el (la) señor(a) CALDERON SILVA LUZMILA (...), en calidad de hija dependiente del (la) señor CALDERON, hasta el día 20 de octubre de 2014” (f. 50).

* Manual para el reconocimiento de Pensiones a cargo de ECOPETROL (fs. 50 a 61).

6. Decisión judicial objeto de revisión

6.1. Sentencia de primera instancia

6.1.1. Antes de proferir fallo de primera instancia, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá solicitó copia de la documentación existente al ICBF, el cual, mediante Oficio S-2016-437508-6800 del 5 de septiembre de 2016, informó que en el Sistema de Información Misional se encontró la petición de adopción del niño Sebastián Andrés Calderón Silva (historia 68E.955.2002-1) y se evidencia que dicha “solicitud de adopción no fue aprobada por el Comité de Adopciones en el año 2005”³.

Así mismo, mediante Oficio 1604 del 8 de septiembre de 2016, el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja aportó copia autentica del Fallo 0176 del 24 de octubre de 2002, proferido en el proceso de pérdida de patria potestad⁴.

6.1.2. Una vez allegada la información requerida, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2016, negó por improcedente el amparo solicitado, al considerar que no cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que la acción se presentó 25 meses después del fallecimiento del causante.

Adicionalmente, estimó que, en este caso, no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable, que exima el ejercicio de los medios de defensa judicial ordinarios.

6.2. Impugnación

La agente oficioso impugnó el fallo, afirmando que sus actuales condiciones económicas no

le permiten solventar todos los gastos y manutención de su sobrino. Explicó que al morir el abuelo de Sebastián (de quien este dependía económicamente), ella y su hermano asumieron todos los gastos del joven, como tíos del agenciado.

En cuanto a la existencia de otros medios de defensa judicial, señaló que se amerita la intervención constitucional, ante la situación inminente de que el joven Sebastián Andrés Calderón Silva se encuentra próximo a empezar a cursar estudios superiores, por lo que considera que la acción ordinaria carece de aptitud material y de oportunidad.

Reiteró además el precedente que ha sido vulnerado y que resulta aplicable: sentencias T-074 de 2016 y SL-50112016 (46743), proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 20 de abril de 2016.

6.3. Sentencia de segunda instancia

6.3.1. Antes de proferir fallo de segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante auto 14 de octubre de 2016 solicitó información relacionada con los hechos de la demanda al Instituto Antonio Nariño de Barrancabermeja⁵ y al Instituto universitario de la Paz -UniPaz⁶. Así mismo, requirió información sobre la situación actual del joven Sebastián Andrés Calderón Silva a su tío Rafael Calderón Silva⁷.

6.3.2. Una vez allegada la información requerida, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo de instancia, mediante providencia del 19 de octubre de 2106.

El ad quem pese a considerar que (i) sí se da por cumplido el requisito de inmediatez, ante la evidente vulneración o amenaza continua y actual de los derechos fundamentales, y (ii) el agenciado sí es un sujeto de especial protección constitucional por ser menor de edad; indicó que no se puede desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela.

Sin embargo, ante la falta de certeza y claridad sobre la condición de “beneficiario del joven Sebastián Andrés Calderón Silva respecto del señor Gilberto Calderón” y de su calidad de “hijo de crianza”, concluyó que dicho debate debe realizarse ante la jurisdicción ordinaria competente.

1. Auto de pruebas

Con el propósito de clarificar los supuestos de hecho que motivaron la acción de tutela y para un mejor proveer en el presente asunto, mediante auto del 1º de marzo de 2017, el magistrado ponente solicitó (i) al ICBF Regional Santander un informe de la clase de relación que existió entre Luzmila Calderón Silva (tía) y Gilberto Calderón (abuelo fallecido), y el menor Sebastián Andrés, y si tales relaciones configuran la figura de padre y madre de crianza. Igualmente, si existe algún tipo de relación entre Sebastián Andrés y sus padres biológicos.

(ii) En relación con la señora Luzmila Calderón Silva, se le requirió que informara a esta Corporación si tiene personas a cargo, indicando nombres y vínculo de parentesco o de cualquier otra naturaleza. “¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar, de qué derivan sus ingresos económicos y si tienen alguna profesión, arte u oficio? Si es propietaria de bienes muebles o inmuebles, indicando, en caso afirmativo, cuál es su valor y la renta que deriva de ellos? Situación económica actual. Si Sebastián Andrés Calderón Silva se encuentra o estuvo afiliado a alguna entidad de salud y, en caso afirmativo, si lo estuvo o lo está en calidad de cotizante o beneficiario, y persona que responde o respondió por su afiliación en salud? La relación de gastos mensuales por todo concepto (alimentación, vestuario, salud, recreación, vivienda, préstamos, etc.), con los correspondientes soportes que así lo acrediten. Adicionalmente, que se servirá remitir a esta Corporación la documentación que soporte su respuesta al presente requerimiento”.

(iii) Por último, se solicitó a ECOPETROL que informara: i) desde qué fecha se encontraba pensionado el señor Gilberto Calderón (fallecido), y ii) qué personas tenía registrados como afiliados beneficiarios en el sistema de salud brindado por la empresa.

2. Pruebas recibidas

El 3 de abril de 2017, la Secretaría General de esta Corporación informó al despacho del magistrado ponente que se recibieron las siguientes comunicaciones:

2.1. ICBF Regional Santander

Escrito recibido el 10 de marzo de 2017, enviado vía correo electrónico por el Defensor de Familia del ICBF, Centro Zonal La Floresta, Regional Santander⁸ en el que allegó informe de valoración social del entorno familiar del joven Sebastián Andrés Calderón Silva. En este

documento se consignó que el grupo familiar del adolescente está integrado por los tíos por línea materna (Luzmila de 56 años de edad y Rafael de 51 años de edad) y un hermano menor (Carlos de 12 años de edad). De sus antecedentes familiares, destacó lo siguiente:

- * Reconocido por madre biológica, aun cuando no ha tenido cercanía con la misma
- * El adolescente no ha contado con el apoyo económico y afectivo de la progenitora
- * Criado por abuelo y tíos maternos

En cuanto al sostenimiento económico del hogar informó que, actualmente, se encuentra en cabeza del tío Rafael (docente en la Universidad de la Paz), la tía Luzmila realiza actividades de oficios varios (venta de hielo), sus otros hermanos (tíos del agenciado) apoyan ocasionalmente con mercados de víveres. El concepto de trabajo social del ICBF concluyó:

Sebastián Andrés Calderón Silva es un adolescente de 17 años 9 meses de edad quien hace parte de una familia extensa donde se aprecia que mantienen una relación en armonía, con una comunicación asertiva, de unión familiar, la cual ha incidido positivamente en el joven dado que es criado por el abuelo [materno] señor Gilberto quien le brindó el amor de padre, el consejo, orientación y guía en las primeras etapas, así mismo le inculcaron principios y valores, reforzado por la tía Luzmila, que con amor de madre le ha introducido el respeto por las personas de su entorno, así como la responsabilidad en cada una de las actividades y/o tareas que emprende. // Por lo anterior se puede evidenciar que la señora Luzmila y Rafael son garantes de los derechos tanto de Sebastián Andrés como de su hermano, a pesar de las dificultades económicas que tienen, sin embargo, se percibe el esfuerzo por cumplir con su compromiso en la formación de los jóvenes y las necesidades básicas requeridas de acuerdo a su etapa evolutiva.

Respecto de la vivienda señaló que es de tenencia familiar, construida en material resistente (techo de eternit y piso en cerámica) y cuenta con los servicios públicos de energía, agua y gas natural.

2.2. Luzmila Calderón Silva

A través de su apoderado, el 9 de marzo de 2017, se recibió respuesta de lo requerido por esta Corporación (a folios 28 al 40 del cuaderno principal), del que se extrae lo siguiente:

* Hasta su fallecimiento, Gilberto Calderón cubrió los gastos básicos de la casa, especialmente del joven de Sebastián Andrés Calderón Silva “a quien quería y daba trato de un hijo más, por ello quería adoptarlo, lo que no se pudo”.

* En el año 2007, el señor Gilberto Calderón sufrió una tercera trombosis que lo paralizó completamente por lo que los tíos (Luzmila y Rafael) empezaron a administrar los recursos provenientes de su pensión.

* La señora Luzmila no tiene recursos económicos que permitan cubrir sus necesidades y la de sus sobrinos, debido a que no tiene un empleo formal; indica que se “rebusca el diario con oficios varios (...) pero no es suficiente para mí y mis sobrinos”. Confirmó que sus dos sobrinos están a su cuidado y viven bajo el mismo techo desde su nacimiento debido al abandono de la madre biológica.

* En vida, el señor Gilberto Calderón se hizo cargo de todos los gastos de Sebastián Andrés Calderón Silva. Después de su deceso, los gastos han corrido por cuenta de Rafael Calderón Silva, quien labora como docente en la UniPaz. Sin embargo, explicó que sus ingresos no son suficientes para los cuatro, “hoy en día no le alcanza lo que gana para todos los gastos de la casa y especialmente de mis sobrinos; por eso es que en vida de mi padre cada uno se hacía cargo de un niño; pero hoy en día la situación se agudiza, todo en cabeza de una misma persona”.

* Actualmente, se encuentra afiliado al SSGS en EPS Cafesalud, en calidad de “beneficiario

adicional” del cotizante principal Rafael Calderón Silva.

Por último, indicó que el joven Sebastián Andrés Calderón Silva se encuentra cursando el segundo semestre de la carrera Administración de Negocios Internacionales y que “por su desempeño académico y excelentes notas fue acreedor a una beca por este semestre”. En cuanto a sus gastos mensuales se advierte una suma mensual promedio de \$1'284.000, los cuales detalló de la siguiente manera:

ALIMENTACIÓN	600.000 pesos mensuales
VESTUARIO	1.000.000 anual
SALUD UPC ADICIONAL	26.000 más cuota moderadora por cada cita
UNIVERSIDAD	811.000 matrícula semestre
TRANSPORTE	240.000 mensuales
OTROS GASTOS	200.000 mensuales

Aportó copia simple de documentos para que obren en el expediente, a saber:

* Impuesto predial unificado, por un valor de \$1'681.500.

* facturas de los servicios públicos (agua, gas natural y energía) por un valor total aproximado mensual de \$340.000

* Recibo de pago de la UniPaz, por el periodo académico 2017 A a nombre de Sebastián Andrés Calderón Silva, por un valor total de matrícula y servicios universitarios de \$811.488. Se advierte la leyenda “Beca 100% acuerdo de escuela”.

* Comprobante de nómina de Rafael Calderón Silva; en el que se advierte que devenga \$2'633.709 como “docente ocasional” y después de \$700.000 por concepto de deducciones recibe \$1'933.425 mensuales.

2.3. ECOPETROL

Mediante Oficio 2-2017-033-466 del 7 de marzo de 2017 (a folios 41 y 42 del cuaderno principal), ECOPETROL allega certificación expedida por el Grupo Maestra de Datos de la Gerencia de Servicios Compartidos, según la cual el señor Gilberto Calderón fue pensionado de ECOPETROL, desde el 15 de diciembre de 1981 hasta la fecha de su fallecimiento (21 de julio de 2014).

3. Traslado de las pruebas

De las pruebas relacionadas se corrió traslado a las partes, con el fin de que se pronunciaran sobre las mismas. Vencido el término, ECOPETROL guardó silencio. El apoderado de la agente oficioso, por su parte, a través de escrito entregado en esta Corporación el 23 de marzo de 2017 (a folio 50 del cuaderno principal), destacó:

* ECOPETROL informa que Luzmila Calderón Silva fue beneficiaria de Gilberto Calderón, lo cual ratifica la información de su declaración “en cuanto ella fue quien estuvo atendiendo al padre y a sus sobrinos, por ende no pudo trabajar”.

* Es posible evidenciar en el concepto del trabajador social del ICBF que Gilberto Calderón fue quien brindó apoyo económico y emocional a Sebastián Andrés Calderón Silva, “como única figura paterna que tenía”.

* Si bien los tíos actualmente brindan ayuda emocional y económica, indica que el apoyo monetario resulta insuficiente, “acorde a los ingresos demostrados en la presente acción y a la relación de gastos del menor sumados a los de su otro hermano, a los de la tía y a los del propio tío”.

* Afirma que el informe permite verificar que Sebastián Andrés Calderón Silva no recibe socorro y ayuda de sus progenitores.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar la sentencia

proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, y en cumplimiento a lo ordenado por el auto del 27 de enero de 2017, proferido por la Sala de Selección N° 1.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 contempló la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando “el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa”.

En este orden de ideas, la legitimación en la causa por activa para presentar la tutela se acredita: (i) en ejercicio directo de la acción; (ii) por medio de los representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial; y (iv) planteando la existencia de una agencia oficiosa. Este tribunal constitucional ha establecido los elementos necesarios para que opere la última figura, entre estos, se destacan:

(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos.⁹

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por Luzmila Calderón Silva, en

calidad de agente oficioso de su sobrino Sebastián Andrés Calderón Silva; dado que, por tratarse de un adolescente, es un menor de edad que no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, razón por la cual se encuentra legitimada en la causa por activa.

2.2. Legitimación pasiva

Según lo establecido en los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública o un particular, en los casos determinados por la ley, cuando se les atribuye la vulneración de un derecho fundamental.

ECOPETROL es una Sociedad de Economía Mixta, de carácter comercial, organizada bajo la forma de sociedad anónima, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía¹⁰ y, según se desprende del expediente objeto de revisión, se le acusa de haber transgredido los derechos fundamentales del adolescente agenciado y, en esa medida, se encuentra legitimada como parte pasiva en la presente acción de tutela.

2.3. Inmediatez

En lo que refiere al requisito de inmediatez, para la Sala es claro que se cumple con este presupuesto, toda vez que la acción de tutela fue presentada el día 23 de agosto de 2016, esto fue, menos de 15 días después de la respuesta del 10 de agosto de 2016 de ECOPETROL, en la que negó la sustitución pensional en favor del agenciado.

En tal sentido, entre la expedición del oficio de respuesta a la petición y la presentación de la acción de tutela aconteció un término que se considera razonable.

Igualmente, es importante destacar que al agenciado no se le ha concedido la sustitución pensional a la fecha. Por lo anterior, la vulneración alegada continúa vigente, por tratarse de la solicitud de un derecho prestacional irrenunciable.

2.4. Subsidiariedad

2.4.1. Por regla general, la resolución de los conflictos jurídicos que surgen en materia de sustituciones pensionales es asunto que compete a la jurisdicción ordinaria laboral o a la de

lo contencioso administrativo, según sea el caso. Así pues, 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 para resolver pretensiones de dicha clase.

Sin embargo, si los medios ordinarios de defensa no resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección 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 destacado el vínculo estrecho que une al mínimo vital y la vida digna con la recepción de ciertas acreencias pensionales¹¹, dentro de las cuales se encuentra la sustitución pensional. Así, esta Corte ha señalado, lo siguiente:

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.¹²

Es importante resaltar que la idoneidad y la eficacia del mecanismo ordinario para reclamar el reconocimiento de la sustitución pensional deben ser analizadas por el juez de tutela haciendo una evaluación de los hechos expuestos en cada caso concreto, en procura de determinar si el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de relevancia constitucional.

De otro lado, la acción de tutela también procede, de forma excepcional, como mecanismo transitorio para reclamar el reconocimiento de la sustitución pensional, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable, el cual se configura, en estos casos, cuando se viola o amenaza el

derecho al mínimo vital del peticionario y/o de su familia por la ausencia de la referida prestación.

El perjuicio irremediable, además de reunir las condiciones de inminencia, urgencia, gravedad y requerir la ejecución de medidas impostergables, debe cumplir con 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 quedan expuestos a un perjuicio irremediable derivado de la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital”¹³.

Precisamente, frente a la presunción de afectación al mínimo vital, la Corte ha indicado que, pese a la informalidad de la acción de tutela, de todos modos, el accionante debe acompañar a su afirmación de que le asiste el derecho alguna prueba siquiera sumaria¹⁴ o esta debe ser decretada por el juez de tutela, de oficio¹⁵.

Frente a este punto, la Corte ha indicado 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 presente tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional. En esos eventos, el estudio debe efectuarse con una óptica, “si bien no menos rigurosa, sí 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” ¹⁶.

Sin embargo, es pertinente señalar que la mera circunstancia de que el afectado sea un sujeto de especial protección constitucional no supone 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.

Finalmente, es necesario recordar que el excepcional reconocimiento del derecho a la sustitución pensional por vía de tutela se encuentra sometido, adicionalmente, a una última condición de tipo probatorio, consistente en: (i) que el accionante haya agotado algún trámite administrativo o judicial tendiente a obtener el reconocimiento de tal prestación y (ii)

que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho impetrado.

En síntesis, por regla general, atendiendo el principio de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional. Sin embargo, la Corte¹⁷ ha estimado que, dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se deben considerar las excepciones a dicha regla de improcedencia, 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 sustitución pensional es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta, evento en el cual la acción de tutela puede proceder como instrumento definitivo o transitorio para salvaguardarlos, en atención a las particularidades de cada caso.

2.4.2. En el caso objeto de estudio, la Sala advierte que Sebastián Andrés Calderón Silva, a través de agente oficioso, acude a la acción de tutela con el fin de que le sea reconocida la sustitución de la pensión de jubilación de su abuelo. En ese orden de ideas, corresponde a la Sala de Revisión determinar si se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela para solicitar el amparo invocado.

Del material probatorio allegado con el escrito tutelar y en sede de revisión, la Sala observa que la persona a favor de quien se presenta la tutela es un sujeto de especial protección constitucional en razón a su edad, pues a la fecha tiene 17 años y 10 meses. Así mismo, se advierte que, por su condición de adolescente y estudiante, no recibe ingreso económico alguno.

Ahora, si bien las controversias referentes al reconocimiento de la sustitución pensional se deben ventilar ante la justicia laboral, dicho medio ordinario de defensa con que cuenta el agenciado carece de eficacia para proteger sus derechos fundamentales al mínimo vital y la vida en condiciones dignas; habida consideración de que el cubrimiento de sus necesidades básicas no puede estar supeditado a un proceso laboral, cuyo trámite puede dilatarse comprometiendo aún más su situación de precariedad.

Así las cosas, estando demostrada la ausencia de ingreso económico del peticionario y que, además, pertenece a un grupo minoritario de especial protección por parte de la Constitución Política (en virtud del principio de la prevalencia del interés del menor) es menester concluir

que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para impugnar las decisiones que negaron el reconocimiento a la sustitución pensional, pues -ciertamente- supone un problema de relevancia constitucional.

Por consiguiente, la Sala Cuarta de Revisión concluye que la tutela cumple con los requisitos de procedibilidad para salvaguardar los derechos de Sebastián Andrés Calderón Silva, por lo que pasa a definir el problema jurídico y el esquema de solución.

3. Problema jurídico

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y las decisiones de tutela adoptadas por los jueces de instancia, en esta oportunidad, le corresponde a la Sala de Revisión establecer si constituye vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social de Sebastián Andrés Calderón Silva; la negativa de ECOPETROL al reconocimiento de la sustitución pensional de su abuelo, alegando la existencia de un régimen especial en el que los nietos del causante no están contemplados como beneficiarios de la sustitución pensional, pese a que podría cumplir con los supuestos configurativos de un hijo de crianza.

4. Esquema de solución

Para resolver la cuestión planteada, la Sala estima necesario ocuparse de los siguientes temas: (i) el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, (ii) el marco constitucional y desarrollo jurisprudencial sobre los diferentes tipos de familia, (iii) el concepto y protección constitucional a la familia extensa o ampliada, (iv) la naturaleza, finalidad y principios constitucionales de la sustitución pensional y (v) el régimen pensional de excepción de ECOPETROL; para, luego, analizar el caso concreto.

5. La prevalencia del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes

Respecto a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ostentan los niños, las niñas y los adolescentes, esta tiene su sustento en los postulados de la Constitución y también en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el principio del interés superior del menor (de dieciocho años) y que integran el denominado bloque de

constitucionalidad.

En efecto, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, las niñas y adolescentes¹⁸, deviene del:

i. Artículo 44 Superior el cual establece -entre otros aspectos- que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como la plena materialización de sus derechos fundamentales (la vida, la integridad física, la salud la seguridad social y la educación, entre muchos otros);

i. Marco internacional¹⁹, en virtud del cual los menores de dieciocho años merecen un mayor amparo por parte del Estado, al ser considerados sujetos de especial protección constitucional;

i. Código de la Infancia y la Adolescencia – el principio del interés superior del menor de dieciocho años se encuentra establecido expresamente en su artículo 8°, así “(...) Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Por otra parte, el artículo 25 del citado Código, siguiendo el precepto superior de la prevalencia de los derechos de los menores de dieciocho años sobre los demás, estableció: “(...) 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 (...)”.

Ahora bien, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, niñas y

adolescentes tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones y participación autónoma dentro de la sociedad. El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diferentes niveles y se da partir de todos los procesos de interacción que los niños, niñas y adolescentes deben realizar con su entorno físico y social para la evolución de su personalidad.

Por lo anterior, el Estado, la sociedad y la familia deben brindar una protección especial en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral.

6. Marco constitucional y desarrollo jurisprudencial sobre los diferentes tipos de familia. Reiteración de jurisprudencia

6.1. Importancia del vínculo familiar

Siguiendo el criterio de una interpretación sistemática de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el concepto de familia es dinámico y, por tanto, debe guardar correspondencia con la constante evolución e interacción de las relaciones humanas, razón por la cual no es posible fijar su alcance a partir de una concepción meramente formal, sino atendiendo a criterios objetivos y sustanciales surgidos de las diversas maneras que tienen las personas de relacionarse y de la solidez y fortaleza de los vínculos que puedan surgir entre ellos²⁰.

Desde sus inicios, esta Corporación ha señalado que toda norma que establezca una discriminación -basada en el origen familiar- es contraria a la Constitución²¹.

Particularmente, la Sala advierte que la jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez. A manera de ejemplo, se encuentran los siguientes pronunciamientos:

* SU-043 de 1995 - la Corte explicó que la familia y la sociedad tienen la obligación genérica

de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, cuando en particular aquellas no pueden cumplirla, corresponde al Estado hacerlo.

* T-587 de 1998 – esta Corporación sostuvo que un niño o una niña sin familia se ven privados de crecer en un ambiente de afecto, solidaridad, y alimentación equilibrada. Así que, los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos.

* SU-225 de 1998 – la Corte afirmó que los padres y demás familiares se encuentran legalmente obligados a ofrecerle a la niñez protección y sustento. El Estado deberá intervenir cuando quiera que ese cuidado y protección no sea suficiente. Consecuentemente, años después, la Corte ha reiterado:

* T-292 de 2004 – en relación con la importancia de tener en cuenta el fuerte vínculo que se crea entre los niños y la familia de crianza. Al respecto dijo: “El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de su ejercicio se materializan numerosos derechos constitucionales diferentes, que por lo tanto dependen de él para su efectividad: es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta....Cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica.”

* T-887 de 2009 – “(...) los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar -abuelos,

parientes, padres de crianza- son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige. Desde esta perspectiva, la intervención estatal en el núcleo familiar solo puede presentarse de manera marginal y subsidiaria y únicamente si existen razones de peso que así lo ameriten”²².

* T-071 de 2016 – El Estado tiene un deber de protección y preservación frente a la institución familiar, “que cubre el derecho a no ser separado de la familia y preservar el vínculo familiar, particularmente para los menores de edad. Excepcionalmente, el Estado está habilitado para intervenir en la institución, pero sólo para proteger derechos constitucionales en juego y cuando existan razones imperativas como el orden público o el bien común, y se cuente con el consentimiento de sus integrantes”.

6.2. Desarrollo jurisprudencial sobre los diferentes tipos de familia

El artículo 42 de la Constitución Política establece que la familia puede constituirse “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla”.

Así mismo, la Carta Política señala que la familia es el núcleo básico de la sociedad, por lo que el Estado y la sociedad deben garantizar su protección integral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º Superior²³. Igualmente, el referido precepto señala que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”²⁴, extendiendo de esta manera el principio de igualdad al núcleo familiar²⁵. Dicha paridad, exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado²⁶.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta el proceso de constante evolución del concepto de familia, la Corte ha dicho que se debe entender como “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga

íntimamente a sus integrantes más próximos”²⁷.

Es así como, en virtud del principio de igualdad y con el fin de proteger de igual manera a las familias conformadas por un vínculo matrimonial, como a las constituidas por la voluntad de las personas que han acordado unir sus vidas mediante vínculos de facto, la Carta Política de 1991 eliminó las distinciones existentes entre el matrimonio y la unión libre, como formas de conformar una familia²⁸.

Lo anterior, con fundamento en el propósito de la Asamblea Nacional Constituyente de consagrar una expresa y particular protección constitucional a la familia, como consecuencia de la revisión de instrumentos de derecho internacional como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁹, cuyo artículo 16 consagra que la familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”³⁰.

De esta manera, en el proceso de construcción de la Constitución actual se indicó que tal protección “no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia (...)”³¹.

Adicionalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos³², el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³³ reconocen que la familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad”³⁴, por lo que es obligación (de los Estados Parte de dichos tratados) conceder la más amplia protección y asistencia posible, así como tomar las medidas que aseguren la igualdad y la protección de los hijos.

En conclusión, la institución familiar se encuentra protegida por la Constitución como fundamento de la sociedad, y responde a una construcción dinámica y plural cuyo resguardo no distingue entre las diversas formas de origen, como la biológica, jurídica o de hecho³⁵.

6.3. Protección constitucional a las diferentes construcciones de familia

De la interpretación de los artículos constitucionales, y los instrumentos internacionales,

referentes a la familia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente en proteger la unidad e integridad del núcleo familiar que surge por diferentes vínculos (consanguíneos, jurídicos, de hecho o crianza³⁶).

Así, en la sentencia T-523 de 1992, una de las primeras aproximaciones al tema, elevó a principio constitucional la unidad de la familia, señalando que el Estado, tal como lo ordena la Constitución, tiene el deber de asistir y proteger a los niños, de manera tal, que se garantice su desarrollo armónico integral, y el ejercicio de sus derechos fundamentales, los cuales son prevalentes³⁷.

De la misma forma, concluyó que del texto del artículo 42 Superior se derivan las siguientes características:

- * No existe un único tipo de familia, sino que en concordancia con el artículo 7º superior, el pluralismo permite la existencia de diversos tipos de familias.
- * El constituyente consagró un espacio a la familia de hecho en condiciones de igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta vigente.
- * Es deber del Estado y de la sociedad garantizar protección integral a la familia.
- * Uno de los fundamentos esenciales de las relaciones familiares es la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto entre sus integrantes.
- * La armonía y unidad de la familia es destruida cuando se presenta cualquier forma de violencia.
- * Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.
- * La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, tiene el deber de asistir y proteger a los niños.
- * Es función de la familia preparar a las nuevas generaciones así como la formación de la personalidad de los menores de edad.
- * La familia es el ámbito natural dentro del cual debe cuidarse y prepararse la infancia.

* Para la efectividad de los derechos constitucionales de los niños, los cuales tienen carácter prevalente, es necesaria la unidad de la familia, como presupuesto indispensable.

* Los derechos de los miembros de la familia deben ser compatibles con los intereses generales prevalentes tanto de la institución misma como de la sociedad colombiana que reconoce en ella su núcleo fundamental.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en proteger la unidad e integridad de la familia, como aquella “(...) primera institución social, que concilia las exigencias de la naturaleza con los imperativos de la razón social”³⁸, sin importar los vínculos mediante los cuales surge.

Posteriormente, el Tribunal constitucional, en sentencia T-199 de 1996, expresó que la Constitución ofrece salvaguardar a todos los tipos de familia (en esa ocasión, la conformada por compañeros permanentes), sin discriminación alguna, y que merece todos los esfuerzos del Estado para garantizar su integral y efectiva protección, como unidad fundamental de la sociedad.

Luego, en sentencia C-1033 de 2002, la Corte estudió la constitucionalidad del texto del artículo 411 del Código Civil, y en sus consideraciones reiteró que “la constitución pone en un plano de igualdad a la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos”.

De lo expuesto, la Sala reitera que la protección a la familia no se predica exclusivamente de aquella noción acuñada antes de la Constitución y que atendía a un criterio eminentemente formal, tal como lo resaltó la sentencia T-572 de 2009 en los siguientes términos:

Al respecto, conviene precisar que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. // En tal sentido, recientemente el Consejo de Estado, en sentencia del 2 de septiembre de 2009³⁹, al momento de determinar la existencia de perjuicios morales, indicó lo siguiente:

“la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede

tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esta perspectiva, es posible hacer una referencia a las acepciones de 'padres (papá o mamá) de crianza', 'hijos de crianza', e inclusive de 'abuelos de crianza', toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales”.

Esta última consideración relativa al carácter maleable del concepto de familia fue desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011⁴⁰, explicando la percepción dinámica y longitudinal de la familia, en los siguientes términos:

A este fenómeno se ha referido la Corte al indicar que “en su conformación la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros”, de manera que “la fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia”⁴¹.

El “carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”⁴², pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente

diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”⁴³.

A este respecto, la citada sentencia señaló que el ámbito de protección superior de las relaciones familiares se circunscribe las distintas opciones de conformación biológica o social de la misma, dentro de la cual se incorporan en modelos monoparentales o biparentales, o la derivada de simples relaciones de “crianza”. “Por ende, en tanto la existencia de una pareja no es consustancial a la institución familiar, tampoco puede serlo la orientación sexual de sus integrantes”⁴⁴. Así las cosas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente en proteger la unidad e integridad del núcleo familiar que surge por diferentes vínculos, bien sean consanguíneos, jurídicos, de hecho o de crianza⁴⁵.

En reciente pronunciamiento, sentencia C-026 de 2016, esta Corporación nuevamente precisó que no existe un concepto único y excluyente de familia, destacando que aquella no puede restringirse exclusivamente a las conformadas en virtud de vínculos jurídicos o biológicos, sino que se extiende también a las relaciones de hecho que surgen a partir de la convivencia y que se fundan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad, aspectos conforme a los cuales se promueve el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la realización personal de cada uno de sus integrantes. Al respecto, la Corte manifestó que:

De lo expuesto, es claro para esta Sala de Revisión que el concepto constitucional de la familia no se limita a aquella del modelo clásico compuesta por vínculos de consanguinidad (acepción tradicional), “sino que abarca todas aquellas formas de unidad social fundamental en la que se inserte el niño, incluso extendiéndose a la familia ampliada”⁴⁶, esto es, se extiende tanto a las familias conformadas en virtud de vínculos jurídicos o consanguíneos, “atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia”⁴⁷ donde conceptos como la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos consolidan el núcleo familiar, por lo que el amparo constitucional y el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger los derechos y prerrogativas de los integrantes de tales familias (monoparentales, familias de crianza, familia extendida, familia ensamblada y familias homoparentales⁴⁸).

7. Protección integral constitucional de la familia de crianza se proyecta de igual forma a la familia denominada extensa⁴⁹ o ampliada⁵⁰

7.1. Concepto de familia ampliada. Teniendo en cuenta lo explicado en el fundamento jurídico anterior, la Sala observa que la protección especial reconocida a la institución de la familia por la Carta y el derecho internacional, no se limita a aquella del modelo clásico compuesta por vínculos de consanguinidad, sino que se extiende a otras estructuras, conformadas por lazos jurídicos o de hecho, que surgen a partir de la convivencia y que se basan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad⁵¹.

En la sentencia T-252 de 2016, la Corte Constitucional explicó que algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre familia de crianza concurren en afirmar que el padre o madre no tiene vínculo jurídico o de consanguinidad con el hijo de crianza. Es pertinente, entonces, analizar si tal elemento de la definición de familia de crianza es un presupuesto perentorio que puede llegar a definir la existencia de esta, o si no resulta necesario⁵².

Aunque en algunas decisiones previas se ha determinado que las familias de crianza solo pueden surgir con sujetos con los que no se comparte ningún vínculo de consanguinidad o jurídico, el análisis de cada caso debe tener en cuenta todos los presupuestos necesarios para la formación de una relación de crianza. Una vez hecha dicha verificación, es posible concluir si existe tal vínculo y, en caso tal, deben otorgárseles a estas familias derechos y prestaciones en condiciones de igualdad, obedeciendo los fines del Estado como la prevalencia del derecho sustancial. En la sentencia T-070 de 2015, la Corte explicó:

Las familias conformadas por padres e hijos de crianza han sido definidas por la jurisprudencia constitucional como aquellas que nacen por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos. Sin embargo, la protección constitucional que se le da a la familia, también se proyecta a este tipo de familias.

La Sala infiere que pese a que en los pronunciamientos se ha hecho énfasis en que el padre o madre de crianza no guarda vínculo jurídico o consanguíneo con su hijo, la Corte ha sido recurrente a la hora de determinar que las familias de crianza surgen por presupuestos

sustanciales y no formales, en lo que prima la materialidad de la relación de afecto. Aunque aquellas se diferencian de las familias consanguíneas y jurídicas, no son necesariamente excluyentes por la manera en que las diferentes clasificaciones pueden ser concurrentes unas con otras. Apartar la posibilidad de que, en casos excepcionales, las familias de crianza puedan tener algún tipo de parentesco vía consanguinidad, podría llevar al desconocimiento de derechos y prerrogativas, así como a una vulneración del principio de igualdad⁵³.

7.2. Garantías de igualdad entre la pluralidad de familias: Concepto de “hijo de crianza”

En esta oportunidad, la Sala Cuarta de Revisión reitera que el ordenamiento jurídico concede a todas las tipologías de familia un rango de protección manifestado en una serie de reconocimientos y prestaciones que deben ser brindados en paridad para todas, en virtud del principio de igualdad. En caso contrario, implicaría un desconocimiento a la prohibición de discriminación de las diversas formas de familia y a las salvaguardas que han concebido la Constitución y la ley frente a esta institución, afectando la unidad familiar en la medida en que implica una amenaza para sus miembros y puede llevar a poner en riesgo el buen desarrollo de esta, especialmente de los hijos.

En este orden, a juicio de la Sala de Revisión, la evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o biológicos, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, nexos de crianza que también son destinatarios de las medidas de amparo a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley⁵⁴.

En este sentido debe acogerse el criterio de crianza adoptado en sede de control abstracto en la sentencia de Constitucionalidad C-577 de 2011, en cuya oportunidad la Corte indicó con claridad que:

Para examinar la solidez de este requisito es indispensable contrastarlo con las diversas formas de familia a las que se ha hecho referencia, con el objetivo de establecer si constituye una especie de denominador común de todas ellas. Sobre el particular la Sala verifica que tratándose de familias conformadas por madres solteras y sus hijos, que pueden incluso ser

procreados con asistencia científica, la calificación de esa relación como familia protegible no está fundada siquiera en la pareja y, por lo tanto, el requisito de heterosexualidad no aparece como indispensable al entendimiento de la familia, cosa que también ocurre con las relaciones de familia trabadas entre los abuelos y los nietos de cuya crianza se han hecho cargo, entre los tíos que tienen la entera responsabilidad de sus sobrinos, entre el hermano o hermana mayor que, debido a la total, y en ocasiones irreparable, ausencia de los padres, asume la dirección de la familia que integra junto con sus hermanos menores necesitados de protección o entre una persona y la hija o el hijo que ha recibido en adopción.

Vistas así las cosas, la Sala encuentra que en los casos en que se configure un real y efectivo reemplazo de los vínculos con los ascendientes de un niño, niña o adolescente y una persona de la familia asume las responsabilidades económicas actuando en virtud del principio de solidaridad (como el caso en que un abuelo asume las obligaciones de padre) se estaría frente a la figura de “hijo de crianza”, bajo la construcción de familia ampliada.

De esta manera se debe brindar protección a los lazos formados dentro de la familia, reconociendo como hijo de crianza al nieto -ante el rompimiento de vínculos con sus progenitores- por razón del afecto, respeto, protección, asistencia y ayuda para superar las carencias de sostenibilidad vital que le brinda su abuelo, en igualdad de condiciones, bajo una interpretación constitucional, en el entendido de que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes y que una protección integral a la familia implica garantizar la igualdad frente a los derechos y obligaciones que tienen sus miembros⁵⁵.

Así las cosas, la Sala concluye que el amparo constitucional a la familia se debe proyectar a la familia ampliada, derivándose las mismas consecuencias jurídicas para las conformadas o construidas, como para las biológicas, las legales y las de crianza, en lo referente al acceso a beneficios prestacionales; toda vez que los jueces constitucionales no pueden ser ajenos a la realidad social, cuando se generan vínculos de afecto, respeto, solidaridad y apoyo que se traduce en supervivencia y guarda de la dignidad, que también reclaman reconocimiento y protección.

Por lo expuesto, con el fin de salvaguardar la institución de la familia, el juez constitucional deberá:

i. Verificar la existencia efectiva de lazos de afecto, respeto, solidaridad, protección y comprensión, así como la asunción de obligaciones, de manera consistente y periódica, debidamente probada, que corresponden a los padres biológicos, por otra persona de la familia, en virtud del principio de solidaridad (artículos 1º y 95.2 superiores)⁵⁶ y

i. Realizar una interpretación constitucional -específicamente de acuerdo con el valor constitucional de la solidaridad⁵⁷- de la expresión “hijos” contenida en los regímenes aplicables en relación con los beneficiarios de la sustitución pensional (o la de pensión de sobrevivientes, de ser el caso).

7.3. Jurisprudencia constitucional. Particularmente, por ser relevante para la solución del caso concreto, la Sala hará referencia a algunas decisiones de control concreto de constitucionalidad, en las que se ha extendido la protección solicitada al vínculo familiar de abuelo-nieto, así:

* SU-1167 de 2001 – La Sala Plena de la Corte Constitucional negó extender a los nietos los beneficios de salud del régimen convencional que se brindan a los pensionados de ECOPETROL y sus filiales, régimen que no contemplaba expresamente a los nietos como beneficiarios. En este orden de ideas, concluyó que no es posible extender a personas distintas de las previstas en dicho acuerdo de voluntades los beneficios en él incorporados y al no existir norma alguna que obligue a la empresa a extender los servicios de salud a los nietos de sus pensionados, la Corte no puede disponer dicha extensión.

La Sala de Revisión advierte una diferencia relevante en cuanto a que -en la citada providencia- el régimen que la Corte se negó a extender era convencional, mientras que la previsión es de origen legal especial, para el caso concreto bajo estudio.

* T-907 de 2004 – La Sala Tercera de Revisión amparó los derechos a la salud, la seguridad social y a la igualdad de un niño dado en custodia por el ICBF a la abuela pensionada de las fuerzas militares a quien la dirección de sanidad no inscribió como beneficiario, por existir

una disposición que no permitía la inclusión de nietos como tales. La Corte consideró que el hecho de que el Director General de Sanidad Militar hubiese invocado la ausencia de una disposición normativa expresa sobre la inscripción de nietos como beneficiarios al subsistema de salud de las FFMM, revela una aplicación literal de la norma legal, sin duda de buena fe, pero que no se compadece con la finalidad de la misma, ni con el contexto dentro del cual se elevó la petición.

En efecto, al negarse la petición se desconoció tanto (i) la realidad fáctica y jurídica que se presentaba a su conocimiento -consistente en la permanencia del niño bajo el cuidado de su abuela durante toda su vida y la formalización legal de dicha situación mediante el otorgamiento de la custodia y cuidado personal, como (ii) el alcance de las obligaciones que adquirió la señora Luz Margarita Andrade frente a su nieto.

* T-615 de 2007 – La Sala Cuarta de Revisión amparó los derechos a la salud, la seguridad social y la igualdad de una menor de edad que, tras ser abandonada por el padre y la madre, su abuela materna se hizo cargo de ella y asumió desde su nacimiento las obligaciones del cuidado de la niña; motivo por el cual, en su calidad de docente, solicitó la afiliación de la nieta como su beneficiaria, pero la entidad lo negó aduciendo que para el efecto se requiere un proceso de guarda y representación legal para poder afiliarla como hija adoptiva.

En esa ocasión, para la Corte existió vulneración a los derechos fundamentales de la niña, al determinar que el alcance dado a la normativa que regula el Régimen Especial de Seguridad Social en Salud de los Docentes Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme a la Constitución, ni dio aplicación a este al estudiar la petición presentada por la demandante.

* T-074 de 2016 – La Sala Octava de Revisión abordó el estudio del reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes y sus beneficiarios, en relación con la figura familiar de crianza abuelo-nieto, bajo el entendido que en los eventos en que una persona de la familia asume las responsabilidades económicas, actúa en virtud del principio de solidaridad, aunque no exista un reemplazo de los vínculos con los ascendientes de un menor de edad.

En consecuencia, la Corte concluyó que los hijos de crianza (por asunción solidaria de la paternidad) son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes al igual que lo son los hijos biológicos, adoptivos y de crianza simple, toda vez que el derecho debe ajustarse a las realidades jurídicas, reconociendo y brindando protección a aquellas relaciones en donde las personas no se encuentran unidas solamente por vínculos jurídicos o consanguíneos, por lo que concedió el amparo solicitado y ordenó a la accionada reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en favor del niño representado, como hijo de co-crianza del causante.

T-525 de 2016 – La Sala Sexta de Revisión estudió el caso en que se le atribuyó a Colpensiones la vulneración de derechos fundamentales, como consecuencia de no conceder al accionante y a su hermana menor de edad la sustitución pensional de su abuelo, de quien alegaban ser hijos de crianza. La Sala explicó que el juez constitucional deberá verificar el cumplimiento de los presupuestos mancomunados que se encuentran en las familias de crianza, a saber: solidaridad; reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas); dependencia económica; vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección; reconocimiento de la relación padre y/o madre e hijo; existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos; y afectación del principio de igualdad.

En esta ocasión, la Sala Sexta de revisión concluyó que los accionantes cumplen con las características propias para ser considerados como hijos de crianza del abuelo paterno, con quien constituyeron un vínculo que trascendió de la mera cooperación económica y se hizo verificable en términos emocionales y de afecto y que por ello, son sujetos de derecho de todos los beneficios que en materia de seguridad social se desprenden de su muerte; por lo que concedió la protección solicitada y ordenó a la accionada reconocer la prestación reclamada.

Con la intención de esclarecer el grueso del asunto que concita a la Sala, se ahondará en el estudio del derecho a la sustitución pensional.

8. Naturaleza, finalidad y principios constitucionales de la sustitución pensional. Reiteración de jurisprudencia

Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, se consagró por parte del Legislador un conjunto de prestaciones económicas con la finalidad de prevenir contingencias propias de los seres humanos, tales como la viudez, la invalidez, la muerte y la vejez. Así las

cosas, las normas -que al efecto se dictaron- reconocieron derechos pensionales para aquellos afiliados que les sobrevenga alguna de estas eventualidades (previo el cumplimiento de unos requisitos), en procura de evitar la consolidación de mayores daños a sus condiciones de vida. En ese sentido, el sistema estableció, entre otras, la pensión de vejez, de invalidez, de sobrevivientes y la sustitución pensional.

Ahora bien, lo que pretende la figura prestacional de la sustitución pensional (como su nombre lo indica) es sustituir, en este caso, el derecho que otro ha adquirido, situación que se puede llevar a cabo siempre y cuando el titular del mismo haya fallecido. Lo anterior, con el propósito de que el apoyo monetario recaiga en quienes dependían económicamente del causante.

En ese sentido, la sustitución pensional pretende evitar que las personas que mantenían una dependencia económica con el pensionado, queden sin un ingreso que les permita su congrua subsistencia, de manera intempestiva, ante la eventualidad sobrevenida por el deceso de aquel. Por tanto, se trata de una prestación financiera ya consolidada y reconocida y, ante el deceso del causante, lo que pretenden los beneficiarios es sustituirlo por cuanto era quien suministraba los recursos para cubrir sus necesidades y, con su muerte, son expuestos a un inminente perjuicio de no contar con la continuidad del pago de la asignación prestacional.

Desde esa perspectiva, la Corte, en sentencia C-111 de 2006, 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 miseria⁵⁸. 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 al sustituir la pensión es suplir la ausencia repentina del apoyo económico que el pensionado ofrecía a sus familiares, y que el deceso de este no determine el cambio sustancial de las condiciones de vida del beneficiario o beneficiarios, pues esta figura tiene el alcance de brindar una ayuda

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

Una vez se ha dejado en claro la relevancia constitucional del derecho a la sustitución pensional, es necesario señalar quiénes ostentan la calidad de beneficiarios de dichas prestaciones bajo un régimen pensional especial (de excepción), toda vez que la sustitución pensional reclamada -en el caso bajo estudio- tuvo su origen en una pensión especial de jubilación reconocida por ECOPETROL.

9. Régimen pensional de excepción de ECOPETROL

Inicialmente, se debe tener en cuenta que por disposición expresa del artículo 279 de Ley 100 de 1993, los servidores y pensionados de ECOPETROL están exceptuados de la aplicación del régimen de seguridad social integral. Al respecto la mencionada norma señala:

ARTICULO. 279.-Excepciones. (...)

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma.

Así mismo, no se puede perder de vista que desde la creación de ECOPETROL, las relaciones laborales en esta entidad se han regido por el Código Sustantivo del Trabajo⁵⁹, por el Acuerdo 01 de 1977 y por las convenciones colectivas; en consecuencia, para establecer quiénes pueden llegar a ser beneficiarios de la sustitución pensional, se debe acudir al contenido normativo del régimen de excepción, que -en esta materia- ha sido la establecida en la Ley 12 de 1975, Ley 113 de 1985 y, actualmente, la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989. En ese entendido, el artículo 3° la referida Ley 71 de 1988 prescribe:

Artículo 3.- Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge

supérstite, compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.
2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.
3. Si no hubiere cónyuge superviviente o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.
4. Si no hubiere cónyuge superviviente, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.

Por su parte, el Decreto 1160 de 1989 señala que hay sustitución pensional en los siguientes casos:

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

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

Ahora bien, el artículo 6º del Decreto 1160 de 1989, precisa el orden preferencial en que debe asignarse una sustitución pensional, definiendo lo siguiente:

Artículo 6º.- Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndanse las previsiones sobre sustitución pensional:

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

Se entiende que falta el cónyuge:

a) Por muerte real o presunta;

b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;

c) Por divorcio del matrimonio civil.

2. A los hijos menores de 18 años, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.

3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales o adoptantes del causante, que dependan económicamente de éste.

4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente hijos y padres con derecho, a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante hasta cuando cese la invalidez.

Por último, en lo que respecta a la condición de dependencia económica, del contenido del artículo 17 del decreto en mención, se puede establecer que esta debe estar presente al momento de la muerte del causante y la continuidad del pago de la prestación está sujeta a que persistan las situaciones anotadas; de lo contrario, se extingue el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, según el caso; a cuyo tenor:

Artículo 17.- Dependencia económica. Para efecto de la sustitución pensional se entiende que una persona es dependiente económicamente, cuando no tenga ingresos o medios necesarios para su subsistencia.

Este hecho se acreditará con declaración juramentada que al respecto rinda el interesado ante la entidad que deba reconocer y pagar la sustitución pensional o con los demás medios probatorios establecidos en la ley. La dependencia económica del menor de edad se presume

salvo que se demuestre lo contrario

9.2. Para los hijos mayores de 18 y hasta los 25 años cumplidos

En lo que respecta a los hijos del causante, mayores de 18 y hasta los 25 años cumplidos, imposibilitados para trabajar por razón de sus estudios y que dependían económicamente de él al momento de su fallecimiento, deben acreditar su condición de estudiantes, en los términos del artículo 2º de la Ley 1574 de 2012 para que pueda reconocérseles el derecho a la sustitución pensional (o la de pensión de sobrevivientes, de ser el caso).

ARTÍCULO 2º. DE LA CONDICIÓN DE ESTUDIANTE. Para efectos del reconocimiento de la pensión de sobreviviente en los hijos del causante que tengan la calidad de estudiantes enmarcados en el artículo anterior, se deberán acreditar los siguientes requisitos:

Certificación expedida por el establecimiento de educación formal de preescolar, básica, media o superior, autorizado por el Ministerio de Educación Nacional para el caso de las instituciones de educación superior y por las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas para el caso de los establecimientos de educación preescolar, básica y media, donde se cursen los respectivos estudios, en la cual conste que el estudiante cumplió con la dedicación a las actividades académicas curriculares con una intensidad académica no inferior a veinte (20) horas semanales.

Para el caso de los estudiantes de la educación para el trabajo y el desarrollo humano, la calidad de estudiante se demostrará con la certificación que expida la respectiva institución de educación para el trabajo y el desarrollo humano, en donde debe indicarse la denominación del programa, la duración en la cual conste que el estudiante cumplió con la dedicación a las actividades académicas curriculares con una intensidad académica que no puede ser inferior a 160 horas, del respectivo periodo académico, el número y la fecha del registro del programa.

Estas certificaciones de asistencia se deberán acreditar a la entidad correspondiente semestralmente.

PARÁGRAFO 2. Para programas que se estén cursando en el exterior se deberán allegar los documentos expedidos por la institución educativa en que se cursa el programa, donde

conste la dedicación de la persona a las actividades académicas curriculares con una intensidad académica no inferior a 20 horas semanales. Igualmente se allegará la constancia de que la institución educativa deberá estar certificada por la autoridad competente para operar en ese país.

10. Aspecto relevante: la imprescriptibilidad del derecho a la sustitución pensional. Reiteración de jurisprudencia⁶⁰

Cabe aclarar que, si bien el derecho a la pensión no prescribe por cuanto es un componente fundamental que integra el concepto y la figura de seguridad social y de conformidad con lo indicado en el artículo 48 Superior, esta es de índole imprescriptible, lo cierto es que -en abundante jurisprudencia de esta Corporación⁶¹- se ha reafirmado que dicha imprescriptibilidad se predica del derecho en sí mismo, mas no de las prestaciones periódicas o mesadas que de él se deriven y que no hayan sido cobradas, pues, en tal caso, las acreencias laborales se encuentran sometidas a la regla general de 3 años de prescripción, consagrada en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo⁶².

En efecto, la imprescriptibilidad de la pensión se deriva de todos aquellos postulados y principios constitucionales previstos por el Constituyente en la Carta de 1991, según los cuales se debe garantizar la solidaridad por parte de la sociedad y del Estado, en quien recae principalmente la necesidad de asegurarle a sus ciudadanos alguna fuente financiera que les permita su sustento cuando debido a las distintas contingencias que afrontan, tales como la invalidez, vejez y muerte, pueden versen expuestos a un daño o afectación irremediable de sus garantías constitucionales. Sin embargo, ello no obsta que el Legislador, sin que afecte el contenido esencial del derecho constitucional de la pensión, establezca un límite temporal para reclamar sus mesadas. Frente al particular, la Corte ha indicado:

El Legislador puede entonces consagrar la prescripción extintiva de derechos patrimoniales que surgen del ejercicio de un derecho constitucional, incluso si este es fundamental, siempre y cuando el término sea proporcionado y no afecte el contenido esencial mismo del derecho constitucional. Aplicando estos criterios, esta Corte concluyó que la ley no podía consagrar la prescripción del derecho a la pensión como tal, aunque sí podía establecer un término temporal para la reclamación de las distintas mesadas.⁶³

En consecuencia, habiendo comprobado los supuestos facticos y de derecho, el juez

constitucional deberá ordenar (i) la emisión del acto administrativo de reconocimiento de la sustitución pensional a favor del peticionario, incluyendo la liquidación del pago retroactivo desde la fecha en la que se consolidó su derecho prestacional, en lo no prescrito; (ii) su inclusión en nómina de pensionados y el inicio del pago de las mesadas correspondientes (incluyendo el pago retroactivo referido).

Teniendo en cuenta estas consideraciones generales procede la Sala a estudiar el presente asunto.

11. Análisis del caso concreto

11.1. Procede el reconocimiento excepcional -por vía de tutela- del derecho a la sustitución pensional, como mecanismo definitivo

11.1.1. Una vez superado el análisis general de procedibilidad de la acción de tutela (acápites 2.4. de los fundamentos jurídicos), ante la prevalencia del interés superior del adolescente -sujeto de especial protección constitucional- y con el propósito de verificar la procedencia del reconocimiento excepcional del derecho a la sustitución pensional -vía tutela-, la Sala centrará su atención en la verificación relacionada con el derecho que le asiste al agenciado para reclamar la pensión de jubilación de su abuelo.

Esto es, debe la Sala verificar que se haya demostrado que se desplegó cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada. Para luego, determinar si se cumple con el lleno de los requisitos legales para la obtención del derecho reclamado.

11.1.2. A partir de la reseña fáctica expuesta y de las pruebas que obran dentro del expediente, la Sala de Revisión encuentra acreditados los siguientes hechos:

* ECOPETROL reconoció una pensión mensual de jubilación al señor Gilberto Calderón, desde el 15 de diciembre de 1981.

* Sebastián Andrés Calderón Silva nació el 24 de junio de 1999 y, desde muy temprana edad, su madre biológica Martha Cecilia Calderón Silva lo entregó al cuidado de su abuelo materno Gilberto Calderón y de su tía Luzmila Calderón Silva (hermana de la madre). Ella abandonó el

hogar, sin mostrar interés por su hijo y sin brindarle soporte económico ni emocional. No fue reconocido por su padre biológico, quien optó por no asumir la paternidad.

* Ante las circunstancias de abandono del menor Sebastián Andrés, el señor Gilberto Calderón inició proceso de pérdida de patria potestad contra Martha Cecilia Calderón Silva, el cual culminó con sentencia judicial del 24 de octubre de 2002, proferida por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, quien decretó la pérdida de patria potestad y designó a su abuelo Gilberto Calderón como Guardador de su nieto. El operador judicial consideró que ante el abandono afectivo y económico del infante, “es el abuelo del menor quien ha venido asumiendo todos los gastos de crianza, manutención, educación y está dispuesto a adoptarlo para asegurarle un futuro, como pensionado que es de ECOPETROL, sin obligaciones frente a sus hijos todos hoy mayores de edad”⁶⁴.

* Consecuentemente, el 6 de noviembre de 2002, el señor Gilberto Calderón presentó solicitud de adopción ante el ICBF, motivando su petición en que considera a su nieto Sebastián Andrés como su hijo, manifestando “quiero reconocer a Sebastián Andrés ante la justicia, ya que ante Dios soy su padre (por la crianza y el amor que le he dado), pues me preocupa que sus verdaderos padres no se interesan en lo absoluto por él (...)”⁶⁵.

* En el año 2005, el Comité de Adopciones del ICBF no aprobó la solicitud de adopción, según el informe del estudio socio familiar de fecha 19 de julio de 2004, la trabajadora social conceptuó que (i) “quien realiza las veces de madre y por tanto brinda protección, cuidados y orientación es la señora LUZMILA, además le brinda afecto. El señor CALDERON le brinda afecto de abuelo y asume los costos de la crianza del niño. Se ve claramente que la diferencia generacional es amplia -67 años de diferencia-, en caso de llegarse a la adopción él solo sería padre para a través del vínculo legal inscribirlo en los servicios de seguridad social que ofrece ECOPETROL (...)” y (ii) “la adopción para el señor Gilberto Calderón no cumple con su función de brindar una familia que prodigue cuidados, afectos, orientación, en una palabra, protección integral al niño” ⁶⁶.

* Según Registro Civil de Defunción – serial 511000267, el señor Gilberto Calderón falleció el 21 de julio de 2014.

* El 22 de julio de 2016, la señora Luzmila Calderón Silva solicitó a ECOPETROL el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación de Gilberto Calderón, a favor del joven Sebastián Andrés Calderón Silva, fundamentó su petición en la existencia de un “vínculo familiar de crianza entre el abuelo y el nieto”, por la pérdida de la patria potestad de la madre biológica y por la declaración como su Guardador; lo cual permite evidenciar que el señor Gilberto Calderón “fungía como un verdadero padre”⁶⁸.

* Mediante Oficio del 10 de agosto de 2016, ECOPETROL negó el reconocimiento de la sustitución pensional del agenciado porque no demostró la calidad de beneficiario (como hijo del pensionado), toda vez que el señor Gilberto Calderón figuraba como Guardador del joven y dicha condición no se encuentra entre las mencionadas por ley para ser beneficiario de sustitución pensional. Puntualmente, la accionada expresó:

ECOPETROL SA no está en la obligación de reconocer la pensión por sustitución a quienes no han acreditado en debida forma su derecho. Por tanto conforme lo antes mencionados se tiene que SEBASTIÁN ANDRÉS CALDERÓN SILVA no acredita requisitos para recibir la sustitución pensional del señor Gilberto Calderón⁶⁹.

Lo anterior demuestra que la agente oficioso sí desplegó cierta actividad administrativa tendiente a obtener la protección invocada.

* Que el 23 de agosto de 2016, la señora Luzmila Calderón Silva presentó acción de tutela contra ECOPETROL con el propósito de obtener el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a una vida digna, a la igualdad y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por la accionada al negar la sustitución pensional a favor de su agenciado.

* Al oponerse a las pretensiones de la acción de tutela, ECOPETROL explicó que “para poder reclamar la sustitución pensional en calidad de hijo menor de edad debe acreditarse la calidad de hijo con el pensionado fallecido, condición que se demuestra con la presentación de copia autentica del Registro Civil de Nacimiento en el cual deberá figurar que el pensionado es el padre (biológico o adoptivo) de dicho menor, requisito que no fue aportado al expediente, al parecer por no existir”. Igualmente, manifestó que revisado el sistema de información de ECOPETROL se observó que Sebastián Andrés Calderón Silva tiene la “condición de nieto con respecto al pensionado fallecido, condición parental que no está contemplada entre las señaladas por la ley como beneficiarios para sustituir una pensión”⁷⁰; toda vez que Gilberto Calderón figuraba como su Guardador y no lo tenía inscrito como familiar.

* En sentencia de primera instancia, el 6 de septiembre de 2016, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá negó por improcedente el amparo solicitado, en consideración a la circunstancia de haber impetrado el amparo 25 meses después del fallecimiento del causante, evidenciando que no se cumple con el requisito de inmediatez y por considerar que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable, que exima del ejercicio de los medios de defensa judicial ordinarios.

* Inconforme con la decisión, la agente oficioso impugnó el fallo, pues considera que sus actuales condiciones económicas no le permiten solventar todos los gastos y manutención de su sobrino.

En cuanto a la existencia de otros medios de defensa judicial, señaló que se amerita la intervención constitucional, ante la situación inminente de que el joven Sebastián Andrés Calderón Silva se encuentra próximo a cursar estudios superiores en una institución de carácter privado, por lo que considera que la acción ordinaria carece de aptitud material y de oportunidad. Reiteró que el agenciado “no cuenta con un sustento diario y básico para su subsistencia, es una persona menor de edad que no puede velar por sí mismo (...)”⁷¹. Respecto del perjuicio irremediable, manifestó que el agenciado no cuenta con una seguridad y protección de su bienestar como la que le brindaba en vida el causante⁷².

* En sentencia de segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo impugnado, mediante providencia del 19 de octubre de 2106. El ad quem pese a considerar (i) que sí se da por cumplido el requisito de inmediatez, ante la evidente vulneración o amenaza continua y actual de los derechos fundamentales, y (ii) que el agenciado sí es un sujeto de especial protección constitucional por ser menor de edad; indicó que no se puede desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela. En efecto, ante la falta de certeza y claridad sobre la condición de “beneficiario del joven Sebastián Andrés Calderón Silva respecto del señor Gilberto Calderón” y de su calidad de “hijo de crianza”, concluyó que dicho debate debe realizarse ante la jurisdicción ordinaria competente.

* Que el joven Sebastián Andrés Calderón Silva nació el 24 de junio de 1999, por lo que no ha cumplido la mayoría de edad y no tiene ingresos fijos, solo recibe ayudas esporádicas de dos de sus tíos. De lo que se puede colegir que sus derechos se ven afectados.

Vistas así las cosas, siendo que las niñas, niños y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional, la presente acción de tutela procederá como medio judicial idóneo y definitivo para el reconocimiento de la sustitución pensional del adolescente Sebastián Andrés Calderón Silva, si se logra probar que:

- i. el asunto puesto a consideración del juez de tutela supone un problema de relevancia constitucional;
- ii. existe prueba, al menos sumaria, de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada y
- iii. de las pruebas allegadas al expediente se logre concluir que se cumple con el lleno de los requisitos legales para la obtención del derecho reclamado.

11.1.3. De lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión concluye que se encuentran superados los

primeros requisitos para que proceda -por vía de tutela- el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional del joven Sebastián Andrés (i) por tratarse de un problema de relevancia constitucional y (ii) toda vez que, de lo probado en el expediente, se evidencia que, a través de su agente oficioso, sí desplegó cierta actividad administrativa tendiente a obtener la protección invocada.

11.2. Verificación de la existencia efectiva de lazos de afecto, respeto, solidaridad, protección y comprensión entre el causante Gilberto Calderón y el joven Sebastián Andrés, dando cumplimiento con los supuestos de familia de crianza

11.2.1. La Sala estima pertinente reiterar que, en Colombia, como consecuencia de la evolución de las relaciones humanas y de la aplicación del principio de solidaridad, existen diferentes tipos de familia. Entonces, el derecho debe ajustarse a las realidades sociales, de manera tal que reconozca y brinde la protección necesaria a las relaciones familiares, donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o biológicos, sino en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia.

Así las cosas, la figura de la sustitución pensional (o la de pensión de sobrevivientes, de ser el caso) puede llegar a proceder en favor de los hijos de crianza en condiciones de igualdad a los hijos de las otras formas y tipologías de familia, siempre y cuando se den las condiciones para tal sustitución, así como algunos presupuestos que permitan entrever la existencia de una familia de crianza.

Estos últimos deben ser analizados en cada caso concreto por parte del juez o las instituciones administradoras de pensiones, sin acudir a ninguna clase de taxatividad, ya que lo que primará al final serán las particularidades encontradas. De esta manera, la expresión “hijos” -contenida en el artículo 3º la referida Ley 71 de 1988; en los artículos 5º y 6º del Decreto 1160 de 1989; y en el artículo 2º de la Ley 1574 de 2012- debe entenderse en sentido amplio; es decir, debe incluir como beneficiarios de la sustitución pensional a los nietos que conforman una familia ampliada con el causante, reconociéndolos como hijos de crianza. Tal interpretación reconoce la finalidad de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional y la protección que este tipo de prestaciones busca brindar a quienes por derecho propio son beneficiarios del sistema de seguridad social en pensiones, teniendo por tanto el derecho a obtener la prestación material que requieren para su mantenimiento.

Así las cosas, en estos eventos, a fin de determinar el acceso a la seguridad social en pensiones y el consecuente reconocimiento de la sustitución pensional, el juez constitucional deberá verificar el cumplimiento de los presupuestos mancomunados que se encuentran en las familias de crianza⁷³, a saber:

- i. La solidaridad, que se evalúa en la causa que motivó al padre o madre de crianza a generar una cercanía con el hijo que deciden hacer parte del hogar y al cual brindan un apoyo emocional y material constante, y determinante para su adecuado desarrollo.
- ii. Reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas), por los denominados padres y madres de crianza.
- iii. La dependencia económica, que se genera entre padres e hijos de crianza que hace que estos últimos no puedan tener un adecuado desarrollo y condiciones de vida digna sin la intervención de quienes asumen el rol de padres.
- iv. Vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección, que se pueden verificar con la afectación moral y emocional que llegan a sufrir los miembros de la familia de crianza en caso de ser separados, así como en la buena interacción durante el día a día.
- v. Reconocimiento de la relación padre y/o madre, e hijo, que exista, al menos implícitamente, por parte de los integrantes de la familia y la cual debe ser observada con facilidad por los agentes externos al hogar.
- vi. Existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos, que permita determinar la conformación de relaciones familiares.
- vii. Afectación del principio de igualdad, que configura idénticas consecuencias legales para las familias de crianza, como para las biológicas y jurídicas, en cuanto a obligaciones y derechos y, por tanto, el correlativo surgimiento de la protección constitucional.

11.2.2. Habiendo determinado en el acápite anterior que la agente oficioso sí desplegó cierta actividad administrativa tendiente a obtener la protección invocada y que se ven afectados los derechos del agenciado, pasa la Corte a examinar si se cumplen los presupuestos para la

determinación de acceso a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional tratándose de una familia de crianza, a saber:

i. La solidaridad:

En este punto, la Sala observa que el abuelo del agenciado, el señor Gilberto Calderón, manifestó en vida -a través de sus actos- la intención de asumir el rol de padre, incluso llegando a ser designado judicialmente como Guardador de Sebastián Andrés⁷⁴, y brindó todo el apoyo económico y emocional que le fue posible a su nieto⁷⁵, desde que este nació hasta el momento de su muerte, tal y como se desprende de las pruebas y documentos obrantes del proceso⁷⁶, en el que se resalta que el causante vivió con su nieto desde su nacimiento.

En la sentencia de pérdida de patria potestad (24 de octubre de 2002), el Juez Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja señaló que en la declaración rendida por el señor Calderón se evidenció su intención de adoptarlo y así “dejarle una seguridad económica para el futuro, por cuanto la progenitora se ha dedicado a viajar, no labora, no terminó la carrera universitaria, abandonada a causa del embarazo, nada aporta a su hijo, lo ve cada mes. (...)”⁷⁷ y así lo valoró el operador judicial:

Posteriormente, en el escrito de motivación anexa a la solicitud de adopción de su nieto (6 de noviembre de 2002), el señor Calderón manifestó que “he sacado a mis 10 hijos adelante y quiero hacerlo con mi nieto Sebastián quien es un hijo para mí y lo quiero mucho. Su mamá no ha estado pendiente de él y su padre nunca lo ha visto (...) al enterarse del embarazo se fue de Colombia”⁷⁹. También, indicó que se siente su padre “por la crianza y amor que le he dado”. Así mismo, del informe de la visita social del ICBF (19 de julio de 2004) se desprende la relación emocional que se había forjado entre el señor Calderón y Sebastián Andrés, la cual será analizada en el numeral tres (iii).

De las anteriores pruebas se colige que el señor Gilberto Calderón de forma solidaria asumió la responsabilidad de su nieto Sebastián Andrés, a causa del abandono de ambos padres (reemplazo que se explicará a continuación) y que, mientras estuvo vivo, le brindó apoyo emocional y material requerido.

i. Reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas):

Como consta en el expediente y explicado en el literal anterior, el padre biológico del agenciado abandonó a la madre gestante y nunca lo reconoció como hijo. La madre biológica lo entregó al cuidado de su padre (abuelo del agenciado), siendo este un neonato. Ante tal situación, Gilberto Calderón -abuelo- promovió un proceso de pérdida de patria potestad, obteniendo la designación como guardador de su nieto Sebastián Andrés, toda vez que convivía con él, se encargó de su cuidado y apoyo⁸⁰ -junto con su hija Luzmila (tía y agente oficioso)-, asumiendo también una serie de obligaciones económicas en favor de dicho menor de edad

Ahora bien, en este caso, existe un factor de consanguinidad que debe ser analizado, debido a que el señor Calderón es abuelo del agenciado. Sin embargo, debe recordarse que las familias de crianza surgen ante una situación fáctica que escapa a formalismos rigurosos, donde se privilegia la intención solidaria de una persona en asumir como propios hijos ajenos, con todas las obligaciones que dicha decisión acarrea. En este sentido debe acogerse el criterio de crianza adoptado en sede de control abstracto en la sentencia de Constitucionalidad C-577 de 2011, en cuya oportunidad la Corte indicó con claridad que:

Para examinar la solidez de este requisito es indispensable contrastarlo con las diversas formas de familia a las que se ha hecho referencia, con el objetivo de establecer si constituye una especie de denominador común de todas ellas. Sobre el particular la Sala verifica que tratándose de familias conformadas por madres solteras y sus hijos, que pueden incluso ser procreados con asistencia científica, la calificación de esa relación como familia protegible no está fundada siquiera en la pareja y, por lo tanto, el requisito de heterosexualidad no aparece como indispensable al entendimiento de la familia, cosa que también ocurre con las relaciones de familia trabadas entre los abuelos y los nietos de cuya crianza se han hecho cargo, entre los tíos que tienen la entera responsabilidad de sus sobrinos, entre el hermano o hermana mayor que, debido a la total, y en ocasiones irreparable, ausencia de los padres, asume la dirección de la familia que integra junto con sus hermanos menores necesitados de protección o entre una persona y la hija o el hijo que ha recibido en adopción.

Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la

denominada familia de crianza, que surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia” que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, “no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza.

En consecuencia, la Sala concluye que los beneficiarios de crianza no pueden ostentar vínculo biológico o jurídico con el causante, es decir, la figura “de crianza” tiene una finalidad supletiva ante la falta de familia biológica; por lo que se deberá amparar a las familias diversas que no lo tengan y, en los casos en que exista dicho vínculo, se deberá verificar el requisito de reemplazo total y absoluto de la figura paterna, materna o ambas, según corresponda.

No obstante lo anterior, sin perjuicio de que Sebastián Andrés sea nieto del causante y que esta situación se pueda encuadrar como una simple colaboración familiar, la Sala Cuarta de Revisión destaca (como lo manifestó la Procuraduría General de la Nación en su escrito de insistencia⁸¹) los siguientes hechos:

* Según los testimonios y declaraciones que obran en el expediente, el padre biológico no reconoció como su hijo al niño Sebastián Andrés y nunca cumplió con sus obligaciones.

* La madre biológica abandonó a Sebastián Andrés -desde su nacimiento-, por lo que el juez declaró la pérdida de su patria potestad y designó al señor Calderón como Guardador (fallo de octubre 24 de 2002⁸²), en consideración al compromiso afectivo que tenía con su cuidado y sustento económico.

* Consecuentemente, en el año 2002, el señor Calderón inició el proceso de adopción de su

nieto. Sin embargo, en el 2005, el ICBF negó su solicitud, en razón a la diferencia de edad entre adoptante (5 años de edad, a esa fecha y adoptado (5 años de edad, a esa fecha), según concepto de una trabajadora social de la entidad (2004).

Al respecto, la Sala advierte que se cumple con el requisito del reemplazo de las figuras paterna y materna de Sebastián Andrés, en virtud de las siguientes consideraciones:

* La figura paterna fue reemplazada ante la ausencia permanente del padre biológico.

* La figura materna fue reemplazada ante la pérdida de patria potestad⁸³ de la madre biológica. Al respecto, se advierte que esta figura es una sanción que se aplica cuando el padre o la madre de un niño, niña y/o adolescente no debe o no puede ejercer los derechos sobre sus hijos(as), por algunas de las causales establecidas legalmente en el Código Civil Colombiano. Para el caso bajo estudio, el juez de familia encontró estructurada la causal 2ª del artículo 315: “Por haber abandonado al hijo”.

* El causante fue designado guardador de Sebastián Andrés, lo que significa que desde su nacimiento (de facto) y desde octubre de 2002 (de iure) el causante Gilberto Calderón cumplió con obligaciones⁸⁴ tales como: la representación legal del prohijado, la administración del patrimonio y la protección y cuidado del representado.

Vistas así las cosas, la Sala concluye que en el caso sub examine sí existe el rompimiento de los vínculos consanguíneos con ambos progenitores de Sebastián Andrés.

i. La dependencia económica:

Debe anotarse que son recurrentes las afirmaciones de los tíos del agenciado, referentes a que el señor Gilberto Calderón suplía la labor de padre en este aspecto y que solventaba los gastos de su nieto en reemplazo del padre biológico, las cuales se sintetizan a continuación:

* Testimonios en el proceso de pérdida de patria potestad:

* Hernando y Mariela Calderón Silva (tíos maternos) aprueban la designación de Gilberto Calderón como Guardador y agregan que Sebastián Andrés ha vivido y crecido junto a él desde su infancia, que aquel asume todos los costos y gastos que demanda su crianza, educación y vestido⁸⁵.

* Luzmila Calderón Silva (tía materna y agente oficioso) está de acuerdo con que el menor Sebastián Andrés continúe bajo el cuidado de su padre Gilberto Calderón, dado que este le ha proveído todo lo necesario⁸⁶.

* Escritos aportados en sede de instancia:

* Rafael Calderón Silva (tío materno) explicó que el padre biológico de Sebastián Andrés nunca lo reconoció ni lo conoció debido a que este se fue para Venezuela tan pronto supo del embarazo, desde ese tiempo su padre Gilberto Calderón se hizo cargo de él, incluso, intentó adoptarlo legalmente, lo cual fue negado por la diferencia de edad. Afirmó que siempre lo consideró como un hijo y le brindó educación en colegio privado⁸⁷.

* Luzmila Calderón Silva (tía materna y agente oficioso) informó que ante el abandono de padre y madre, su padre Gilberto Calderón se encargó de la educación de Sebastián Andrés. En el 2002, obtuvo la designación como su Guardador. Expuso que, posteriormente, él sufrió tres (3) episodios de trombosis (2005 al 2007) por lo que tuvo que delegar la ejecución de los pagos en ella y su hermano Rafael, pero los ingresos provenían de su pensión de ECOPETROL. Señala que Sebastián Andrés pudo terminar con sus estudios de bachillerato debido a los recursos ahorrados por el causante, aportados en la cooperativa de trabajadores de ECOPETROL⁸⁸.

* Escritos allegados en sede de revisión:

* Luzmila Calderón Silva (tía materna y agente oficioso) manifestó que hasta el fallecimiento de su padre Gilberto Calderón, el asumió los gastos básicos de la casa, especialmente de Sebastián Andrés, “a quien quería y daba trato de un hijo más (...)”⁸⁹.

* El apoderado de la agente oficioso señaló que, según el informe del ICBF del 2017, Gilberto Calderón era el referente paterno de Sebastián Andrés y explicó que ECOPETROL no permitió su afiliación como beneficiario en salud de Gilberto Calderón, por tener el parentesco de nieto, razón por la cual solo aparece como beneficiaria su hija Luzmila Calderón Silva⁹⁰.

Igualmente, la Sala advierte que el ICBF (Informe de visita psicosocial realizada el 19 de julio de 2004)⁹¹ validó que el señor Calderón asumía los costos de la crianza del niño Sebastián Andrés y que este, en vida, manifestó que su intención de adopción es “para evitar que le pase igual que él que le dieron pocos estudios” y en la visita realizada el 10 de marzo de 2017, dicho instituto informó que desde el nacimiento el joven Sebastián Andrés estuvo a cargo de su abuelo Gilberto Calderón (como referente paterno) y por su tía Luzmila Calderón Silva (como referente materno), “de tal forma que ello lo han criado, así mismo han estado pendientes de las necesidades del menor en todo sentido”⁹².

De lo anterior, se desprende que el accionante dependía económicamente de su abuelo, hasta su fallecimiento, por lo que su muerte le ocasiona afectación de sus derechos en cuanto a la condición y calidad de vida.

i. Vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección:

Tal elemento, se presenta por las relaciones de familia que se habían venido forjando en el marco de la vida compartida entre el señor Calderón y su nieto, bajo las cuales se dio la convivencia desde el nacimiento de Sebastián Andrés (24 de junio de 1999) hasta la muerte del causante (21 de julio de 2014).

La Sala puede advertir la existencia del fuerte vínculo emocional forjado en esos primeros años de vida de Sebastián Andrés, periodo en el cual Gilberto Calderón brindó a su nieto un hogar y una crianza que se sustentaron en el cariño mutuo y comprensión entre ellos. En el proceso de pérdida de patria potestad, el Juez Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja valoró la relación entre Gilberto Calderón y Sebastián Andrés, en los siguientes términos:

El informe del ICBF94 (2017) fue claro al concluir que en el hogar de la familia Calderón Silva se encuentran pruebas de respeto y afecto, que se reflejan en que:

(...) la familia extensa del menor le ha ofrecido el amor, cariño, acompañamiento, formación y educación, así como el ejemplo en cuanto a valores y principios en pro de generar un crecimiento personal asertivo para su vida futura.

De acuerdo a lo anterior, se percibe que al interior del hogar de Sebastián existe un ambiente de cordialidad, tolerancia y respeto en el cual se genera una comunicación asertiva aun cuando existan dificultades se superan mediante el diálogo permanente, (...) exalta que Sebastián es un joven juicioso tanto en la casa como a nivel del colegio y ahora en la universidad.

Así mismo, la Sala advierte que la decisión del señor Calderón fue desinteresada, se dio a partir de la voluntad libre de dar un hogar adecuado y estable a su nieto, ante el desapego de la madre biológica y el abandono del padre biológico.

i. Reconocimiento de la relación padre y/o madre, e hijo:

Del material probatorio obrante en el expediente, no solo se observa el vínculo emocional y económico, sino que los integrantes de la familia y agentes externos al hogar, reconocen que el señor Gilberto Calderón cumplió con el rol de padre del agenciado, brindándole todo tipo de apoyo.

A manera de ejemplo, a fin de no reiterar las declaraciones familiares, se relacionan las siguientes:

* Declaración juramentada del 23 de junio de 2016, rendida por las señoras Fanny Inés Berrio de Rueda y Luz Estella Rueda Berrio, quienes manifestaron que conocieron por 45 años al señor Gilberto Calderón y “por tal conocimiento es cierto y verdadero que el señor en mención tuvo a su cargo, cuidado, responsabilidad y viviendo bajo su mismo techo a su nieto el menor Sebastián Andrés Calderón Silva (...)”⁹⁵.

* Concepto de Trabajo Social elaborado por el ICBF (2017), en el que se concluyó: “Sebastián Andrés Calderón Silva es un adolescente (...) quien hace parte de una familia extensa, donde se aprecia que mantienen una relación en armonía, con una comunicación asertiva, de unión familiar, la cual ha incidido positivamente en el joven dado que es criado por el abuelo paterno señor Gilberto quien le brindó el amor de padre, el consejo, orientación y guía en las primeras etapas, así mismo le inculcaron principios y valores, reforzados por la tía Luzmila que con amor de madre le ha introducido el respeto por las personas de su entorno, así como la responsabilidad en cada una de las actividades y/o tareas que emprenda”⁹⁶. (Negrilla fuera de texto original)

i. Existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos:

La totalidad de las pruebas logran acreditar la convivencia en la vivienda familiar desde el nacimiento del agenciado Sebastián Andrés Calderón Silva (24 de junio de 1999) hasta la muerte del causante Gilberto Calderón (21 de julio de 2014).

De lo que se puede colegir que la relación afectiva existió durante los primeros quince (15) años de vida del agenciado.

i. Afectación del principio de igualdad:

Se observa el cumplimiento de este requisito en los comportamientos en vida del señor

Gilberto Calderón, quien asumió como propias las obligaciones de padre y generó una serie de comportamientos constantes que permitieron al joven Sebastián Andrés desarrollarse en condiciones dignas, teniendo acceso a educación, alimentación, vivienda y todo tipo de elementos que configuran condiciones apropiadas para el buen crecimiento de los niños, sin embargo, le fue negada por ECOPETROL el derecho a la sustitución pensional, como se observa en el oficio 2-2016-046-6078 del 10 de agosto de 2016.

Con esta acción, ECOPETROL generó una inmediata discriminación al joven Sebastián Andrés, debido a que la prestación indicada surge como un mecanismo de mantenimiento de la familia ante la muerte del causante responsable, instrumento de protección que fue despojado a esta familia en particular, al negar el reconocimiento de la sustitución pensional solicitada. Lo que significa, para este caso, que no le ha garantizado una estabilidad económica mínima o suficiente para asegurar su subsistencia en condiciones dignas.

11.2.3. Por lo anterior, se puede concluir que el adolescente Sebastián Andrés Calderón Silva cumple con las características propias, previamente desarrolladas, para ser considerado como hijo de crianza de Gilberto Calderón, con quien constituyó un vínculo que trascendió de la mera cooperación económica y se hizo verificable en términos emocionales y de afecto.

Por tal motivo, resulta procedente una interpretación constitucional -específicamente de acuerdo con el valor constitucional de la solidaridad- de la expresión “hijos” contenida en el régimen especial de ECOPETORL aplicable en relación con los beneficiarios de la sustitución pensional, entre los que deberán incluirse a los hijos de crianza.

En consecuencia, la Sala verificará el cumplimiento de los requisitos que acrediten al joven Sebastián Andrés como sujeto de derechos de todos los beneficios que en materia de seguridad social se desprenden de la muerte del señor Calderón, al ostentar la calidad de su hijo.

11.3. Derecho a la sustitución pensional para el agenciado Sebastián Andrés Calderón Silva

11.3.1. Ahora bien, dado el déficit de protección advertido, los hijos de crianza deben contar con el reconocimiento de sus derechos prestacionales, íntimamente ligados al mínimo vital, la dignidad humana y la seguridad social. En el entendido que la expresión “hijos” -contenida en el artículo 3° la referida Ley 71 de 1988; en los artículos 5º y 6º del Decreto 1160 de

1989; y en el artículo 2º de la Ley 1574 de 2012- deberá entenderse en sentido amplio para el presente caso, por lo que la Corte puede atender la realidad fáctica y jurídica del caso concreto, haciendo primar el derecho sustancial y los fines del Estado, a fin de establecer una solución compatible con la Constitución y las normas que se integran a ella.

Tal interpretación reconoce la finalidad de la sustitución pensional (o la de pensión de sobrevivientes, de ser el caso) y la protección que este tipo de prestación busca brindar a quienes por derecho propio son beneficiarios del sistema de seguridad social en pensiones, teniendo por tanto el derecho a obtener la prestación material que requieren para su mantenimiento, como ya se explicó.

11.3.2. De acuerdo con las pruebas allegadas, la Sala observa que la entidad demandada - ECOPETROL- transgredió los derechos aquí incoados, por cuanto el agenciado cumple con los requisitos establecidos por su régimen especial de excepción para ser beneficiario de la sustitución pensional de su padre de crianza. La Corte ha señalado que se vulnera la unidad familiar cuando se desconocen las relaciones que surgen entre padres e hijos de crianza, dado que la Constitución Política proscribe toda clase de discriminación derivada de la clase de vínculo que da origen a la familia. Igualmente, cuando no se reconoce el acceso a la pensión de sobrevivientes, en casos de menores e hijos dependientes, se vulneran los derechos a la dignidad y el mínimo vital.

Así que, conforme con lo anterior y las pruebas aportadas en el expediente, la Sala encuentra acreditado que el agenciado Sebastián Andrés Calderón Silva cumple con los requisitos para obtener la sustitución pensional del causante Gilberto Calderón, por vía de tutela, como mecanismo definitivo.

11.3.3. Por lo expuesto, la Corte revocará el fallo dictado el 19 de octubre de 2016, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual se confirmó la sentencia del 6 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de amparo constitucional instaurada contra ECOPETROL por Luzmila Calderón Silva, quien actuó como agente oficioso del joven Sebastián Andrés Calderón Silva.

Vistas así las cosas, la Sala Cuarta de Revisión concluye que el joven Sebastián Andrés Calderón Silva le asiste el derecho de la sustitución pensional al 100% de la prestación económica de jubilación del causante Gilberto Calderón, por lo que se concederá la

protección a sus derechos fundamentales al mínimo vital, a una vida digna, a la igualdad y a la seguridad social.

En consecuencia, se ordenará (i) que sea emitido el acto administrativo de reconocimiento de la sustitución pensional a favor de Sebastián Andrés Calderón Silva, incluyendo la liquidación del pago retroactivo desde la fecha en la que se consolidó su derecho prestacional, esto es, desde el 21 de julio de 2014, en lo no prescrito; (ii) su inclusión en nómina de pensionados y el inicio del pago de las mesadas correspondientes (incluyendo el pago retroactivo referido), hasta los veinticinco (25) años cumplidos; siempre y cuando subsistan las condiciones que lo acrediten como estudiante (educación formal o educación para el trabajo o desarrollo humano), según la normativa vigente.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida, el 19 de octubre de 2016, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó el fallo dictado, el 6 de septiembre de 2016, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, a una vida digna, a la igualdad y a la seguridad social de Sebastián Andrés Calderón Silva, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a la Empresa Colombiana de Petróleos S.A. - ECOPETROL- que, en un lapso no superior a veinte (20) días hábiles siguientes, contados desde la notificación de esta providencia, (i) expida el acto administrativo de reconocimiento de la sustitución pensional a favor de Sebastián Andrés Calderón Silva (con documento de identificación número 99062410244), incluyendo la liquidación del pago retroactivo desde la fecha en la que se consolidó su derecho prestacional, esto es, desde el 21 de julio de 2014, en lo no prescrito; (ii) incluya a Sebastián Andrés Calderón Silva en su nómina de pensionados e inicie el pago de las mesadas correspondientes (incluyendo el pago

retroactivo referido), hasta los veinticinco (25) años cumplidos; siempre y cuando subsistan las condiciones que lo acrediten como estudiante (educación formal o educación para el trabajo o desarrollo humano), según la normativa vigente.

TERCERO.- ORDENAR, por medio de la Secretaría General, al representante legal de ECOPETROL que, una vez notificado el acto administrativo de reconocimiento de la sustitución pensional de que trata el ordinal anterior, remita copia del mismo al Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, con constancia de su notificación al interesado, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e.)

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

1 La señora Luzmila Calderón Silva, manifestó que Sebastián Andrés Calderón Silva no cuenta con medios de subsistencia.

2 En los antecedentes del escrito de tutela, se lee “Gabriel Calderón” y en las pretensiones se hace referencia a “Gilberto Calderón”. La Sala advierte que según el acervo probatorio el

nombre correcto del causante es GILBERTO CALDERON, identificado con CC 2.186.287.

3 Copia de la Historia de Atención #68.885.2005 obra a folios 63 a 76 del expediente, cuaderno 1.

4 Copia del fallo obra a folios 90 a 99 del expediente, cuaderno 1.

5 IAN informó que Rafael Calderón Silva figura en sus registros como acudiente de Sebastián Andrés Calderón Silva, respuesta obra a folios 31 a 33 del expediente, cuaderno 2.

6 UniPaz adjuntó certificado de estudios de Sebastián Andrés Calderón Silva y copia de la historia académica, obra a folios 18 a 26 del expediente, cuaderno 2.

7 Rafael Calderón Silva explicó que aparece como acudiente de Sebastián Andrés Calderón Silva debido a que a finales del año 2005, el señor Gilberto Calderón presentó su primera trombosis, respuesta del 18 de octubre de 2016 (obra a folios 28 a 30 del expediente, cuaderno 2) y respuesta complementaria (obra a folios 34 a 36 del expediente, cuaderno 2).

8 Ver folios 24 al 27 del expediente, cuaderno principal.

9 Sentencia T-531 de 2002.

10 De conformidad con lo establecido en la Ley 1118 de 2006, regida por los Estatutos Sociales que se encuentran contenidos en la Escritura Pública No. 5314 del 14 de diciembre de 2007 (otorgada en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Bogotá DC), modificados por la Escritura Pública No. 560 del 23 de mayo de 2011 (otorgada en la Notaría Cuarenta y Seis del Círculo Notarial de Bogotá DC), la Escritura Pública No. 666 del 7 de mayo de 2013 (otorgada en la Notaría Sesenta y Cinco del Círculo Notarial de Bogotá DC) y la Escritura Pública No. 1049 del 19 de mayo de 2015 (otorgada en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Bogotá DC).

11 Sentencia T-593 de 2007, T-701 de 2008 y T-396 de 2009, entre otras.

12 Ver, entre otras, sentencias T-396 y T-820 de 2009.

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

14 Sentencia T-335 de 2007.

15 Sentencia T-820 de 2009.

16 Sentencia T-326 de 2007.

17 ACCIÓN DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE SUSTITUCIÓN PENSIONAL. Sobre la procedencia excepcional a favor de sujetos de especial protección constitucional o personas en circunstancias de debilidad manifiesta ver las sentencias, entre otras, T-577 de 2010, T-1045 de 2010, T-354 de 2012, T-521 de 2013, T-597 de 2013, T-086 de 2015, T-373 de 2015, T-546 de 2015, T-090 de 2016, T-199 de 2016, T-61 de 2016 y T-015 de 2017.

18 PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO – Sobre el desarrollo del principio del interés superior del menor ver las sentencias, entre otras, C-997 de 2004, C-738 de 2008, T-293 de 2009, C-145 de 2010, T-557 de 2011, C-239 de 2014, C-071 de 2015, T-270 de 2016; C-069 y C-569 de 2016.

19 El carácter fundamental que revisten los mencionados derechos, se deriva, además, del mandato expreso de la Carta, de los distintos instrumentos de derecho internacional reconocidos por Colombia y ratificados por el Congreso de la República: La Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), principio II, señala que el niño gozará de una protección especial y que a través de las leyes y otros medios se dispondrá lo necesario para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad; y también contempla que al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño. Además de este instrumento, existen otros tratados y convenios internacionales que consagran el principio del interés superior de los menores de dieciocho años, entre los que se encuentran: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 24), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (artículo 19) y la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

21 Sentencia C-105 del 10 de marzo de 1994.

22 Corte Constitucional. Sentencia T-752 de 1998; reiterada en la sentencia T-887 de 2009.

23 ARTÍCULO 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos

inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

24 Constitución Política de Colombia. Artículo 42, inciso 4.

25 Ver sentencias C-1033 de 2002, T-522 de 2011 y T-606 de 2013.

26 Cfr. sentencia C-595 de 1996.

27 Ver sentencias C-271 de 2003, C-821 de 2005; C-577 de 2011 y C-241 de 2012.

28 Ver sentencias T-523 de 1992, T-586 de 1999, C-1033 de 2002, T-522 de 2011, T-606 de 2013

29 Aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos no es per se un instrumento vinculante para los estados, sus artículos pueden ser considerados costumbre internacional, lo cual es una fuente de derecho internacional, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

30 Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 16.

31 Subcomisión preparatoria 0405 Informe final. En: Presidencia de la República. “Propuestas de las Comisiones Preparatorias”. Bogotá, Colombia. Enero de 1991 pp. 370,371.

32 Este tratado fue ratificado por Colombia el 28 de mayo de 1973.

33 Estos tratados fueron ratificados por Colombia el 29 de octubre de 1969, con lo cual son vinculantes para el Estado Colombiano, el cual debe cumplir con las obligaciones contenidas dentro de este, en virtud del principio de buena fe y el principio de Pacta sunt servanda.

34 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 10. En el mismo sentido, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 23.1 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 17.

35 Cfr. sentencia T-071 de 2016.

36 Sobre la protección constitucional de la familia de crianza, ver las sentencias T-606/13, T-070/15, T-111/15, T-074/16, entre otras.

37 En el mismo sentido, ver la sentencia T-278 de 1994, entre otras.

38 Ver sentencia T-278 de 1994.

39 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009 (MP Enrique Gil Botero).

40 Corte se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil.

41 Cfr. Sentencia T-900 de 2006.

42 Cfr. Sentencia T-293 de 2009.

43 Cfr. Sentencia T-900 de 2006.

44 Ver Sentencia T-716 de 2011.

45 Ver sentencia T-942 de 2014.

46 Sentencia C-569 de 2016.

47 Sentencia T-606 de 2013

48 Cfr. SU-214 de 2016. Sobre el reconocimiento constitucional de la familia, a partir de contrato matrimonial, de crianza, extendida, monoparental, ensamblada y uniones de hecho, ver las sentencias C-071/15, T-233/15, T-292/16, entre otras.

49 El Código de la Infancia y la adolescencia (texto original del artículo 56) establecía que el concepto de familia extensa corresponde, por remisión expresa, al descrito en el artículo 61 del Código Civil, de acuerdo con el cual son parientes de una persona no sólo sus padres biológico o adoptivos, sino también sus demás ascendientes, descendientes, familiares colaterales legítimos hasta el sexto grado, hermanos naturales, los parientes por afinidad que se hallen dentro del segundo grado, y el esposo o la esposa si se tratara de una persona casada. Ahora bien, según la redacción actual, se reconoce la UBICACIÓN EN MEDIO FAMILIAR como la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos y atendiendo su interés superior. Ver sentencia T-479 de 2016.

50 El término de familia ampliada fue acuñado en la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989. Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

51 Sobre el concepto de familia ver las sentencias C-577/11, T-070/15, C-026/16, T-292/16, C-569/16, entre otras.

52 Sentencia T-074 de 2016.

53 Extracto de la Sentencia T-252 de 2016.

54 Extracto de la sentencia T-606 de 2013.

55 Confrontar las sentencias C-310 de 2004, T-403 de 2011, C-404 de 2013, C-451 de 2016 y T-525 de 2016, entre otras, sobre la igualdad de trato a las diferentes formas de constitución de familia.

56 En concordancia con el texto constitucional, la Corte en Sentencia C-237 de 1997 determinó el alcance de este deber: “El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad (...) Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad.” (Subrayado fuera del texto original).

58 Sentencia C-002 de 1999.

59 Así lo ratificó la Ley 1118 de 2006, al señalar: “ARTÍCULO 7o. RÉGIMEN LABORAL. Una vez ocurra el cambio de naturaleza jurídica de ECOPETROL S. A., la totalidad de los servidores públicos de ECOPETROL S. A. tendrán el carácter de trabajadores particulares y por ende, a los contratos individuales de trabajo continuarán aplicándose las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Convención Colectiva de Trabajo y en el Acuerdo 01 de 1977, según sea el caso, con las modificaciones y adiciones que se presenten”.

60 Confrontar las sentencias SU-428 de 2016 y ver, entre otras, las sentencias T-427 de 2011, T-361 de 2012, T-1074 de 2012, T-395 de 2013, T-037 de 2014, T-324 de 2014 y T-015 de 2017.

61 Al respecto, ver entre otras, las Sentencias C-198 de 1999, T-932 de 2008 y T-681 de 2011.

62 Código Sustantivo de Trabajo. Prescripción de las Acciones. Artículo 488: “Regla General. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”

63 Sentencia C-198 de 1999.

64 Ver folio 97 del expediente, cuaderno 1.

65 Ver folio 69 del expediente, cuaderno 1.

66 Ver folio 8 del expediente, cuaderno 1.

67 Ver folio 8 del expediente, cuaderno 1.

68 Ver folio 23 del expediente, cuaderno 1.

69 Ver folio 26 del expediente, cuaderno 1.

70 Ver folio 36 (anverso y reverso) del expediente, cuaderno 1.

71 Ver folio 103 del expediente, cuaderno 1.

72 Ver folio 102 del expediente, cuaderno 1.

73 Aplicando el análisis de la sentencia T-525 de 2016.

74 Ver folios 90 al 99 del expediente, cuaderno 1.

75 Manifestación anexa del Formulario de Solicitud de Adopción, entregado al ICBF el 6 de noviembre de 2002; a folio 69 del expediente, cuaderno 1. Según copia de la Historia de Atención, remitida al juzgado de primera instancia por el ICBF, el 5 de septiembre de 2016.

76 Informe del ICBF del 2004 (a folios 72 al 74 del expediente, cuaderno 1), hechos de la acción, relato de la tía Luzmila (a folios 62 y 63 del expediente, cuaderno 2), relato del tío Rafael (a folio 28 del expediente, cuaderno 2) e Informe del ICBF del 2017 (a folios 24 al 27 del expediente, cuaderno principal).

77 Ver folio 97 del expediente, cuaderno 1.

78 Ver folio 96 del expediente, cuaderno 1.

79 Ver folio 69 del expediente, cuaderno 1.

80 Hasta que su salud se lo permitió.

81 El escrito de insistencia de revisión del fallo de tutela obra a folios 3 y 4 del expediente, cuaderno principal.

82 Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja.

83 Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad “es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”.

84 Características de la designación de guarda o tutor, según concepto del ICBF (2015).
Fuente: http://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000060_2015.htm

85 Ver folio 96 del expediente, cuaderno 1.

86 Ver folio 96 del expediente, cuaderno 1.

87 Ver folio 28 y 34 del expediente, cuaderno 2.

88 Ver folio 63 del expediente, cuaderno 2.

89 Ver folio 29 del expediente, cuaderno principal.

90 Ver folio 50 del expediente, cuaderno principal.

91 Ver folio 73 del expediente, cuaderno 2.

93 Ver folio 96 del expediente, cuaderno 1.

94 Ver folios 25 al 27 del expediente, cuaderno principal.

95 Ver folio 9 del expediente, cuaderno 1.

96 Ver folio 26 del expediente, cuaderno principal.