T-351-18

Sentencia T-351/18

PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN PENSION DE SOBREVIVIENTES-Caso en que se niega pensión a abuela, quien tiene la custodia legal de hijas menores, bajo el argumento que la representación legal está en cabeza del padre de las beneficiarias quien no cumple con el deber legal de alimentos

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Concepto

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". 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"

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES-Reglas jurisprudenciales para determinar la procedencia excepcional

La acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS

Este Tribunal ha indicado que el derecho fundamental a la seguridad social ampara a las personas que se encuentran en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que les permitan llevar una vida digna a causa de contingencias como la vejez, el desempleo, la enfermedad, la incapacidad laboral y/o la muerte; aclarando que, si bien el derecho a la seguridad social tiene un carácter prestacional o económico, ello no da lugar

a excluirlo de su reconocimiento como fundamental, ya que todo derecho que esté previsto en la Constitución, sin distinción alguna, tiene esa calidad.

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Naturaleza, finalidad y principios constitucionales

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Requisitos

PATRIA POTESTAD-Función y finalidad

La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los progenitores sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Es decir que la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a aquellos y sólo puede ser ejercida por ellos, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia. Es por ello que la propia ley prevé que a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro, existiendo también la posibilidad de que, en algunos aspectos, sea delegada entre ellos mismos, del uno al otro (C.C. arts. 288 y 307).

Corresponde a los padres de manera conjunta, o al padre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. Con la custodia se busca, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. La custodia se puede fijar por medio de conciliación. Cuando se otorga la custodia a un familiar, no se trasmite la patria potestad.

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL-Cuando se otorga a familiares u otras personas, no se transfiere la patria potestad y no sustrae a los padres de las obligaciones para con sus hijos

PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE MENOR-Diferencia

La Sala considera importante aclarar que en Colombia no son lo mismo la patria potestad y la custodia y cuidado personal de un niño, niña o adolescente, toda vez que la custodia y cuidado personal se traduce en el oficio o función mediante la cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente y la cual corresponde de consuno a los padres y se podrá extender a una

tercera persona, mientras que la patria potestad hace referencia al usufructo de los bienes administración de esos bienes, y poder de representación judicial y extrajudicial del hijo, en cabeza de los padres y que solo el Juez de Familia podrá disponer en un tercero.

PATRIA POTESTAD-Suspensión y terminación

La patria potestad se suspende con respecto a cualquiera de los padres, previa decisión judicial que así lo determine, (i) por su demencia, (ii) por estar en entredicho la capacidad de administrar sus propios bienes y (iii) por su larga ausencia. De igual manera, la patria potestad termina, también mediante pronunciamiento del juez, por las misma causales previstas para que opere la emancipación judicial (C.C. art. 315), esto es: (i) por maltrato del hijo, (ii) por haber abandonado al hijo, (iii) por depravación que los incapacite para ejercer la patria potestad, y (iv) por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año. Por virtud de lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil, en armonía con lo previsto en el artículo 119 de la Ley 1098 de 2006, les corresponde a los jueces de familia conocer de los procesos sobre pérdida, suspensión o rehabilitación de la patria potestad. La Sala reitera que cuando los padres descuidan el cumplimiento de los deberes que tienen para con los hijos, o no ejercen en forma adecuada las atribuciones legales que les han sido reconocidas para favorecer los intereses de los menores de edad, se exponen a ser despojados de las facultades derivadas de la patria potestad. En efecto, ha de presumirse razonablemente, que quien se ha desligado de sus hijos, o no ha cumplido con el deber de alimentos o ha sido sujeto activo de violencia intrafamiliar, no es en principio la persona idónea para representar y defender los intereses del hijo, y en menor medida, el llamado a beneficiarse con la administración y el usufructo de los bienes de aquél.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GENERO-Debe orientar siempre las actuaciones de los operadores de justicia, armonizando los principios constitucionales y la especial protección otorgada a la mujer

La Corte Constitucional ha reconocido que la discriminación contra la mujer hace parte de un contexto de violencia estructural contra la mujer que compromete a la administración de justicia tanto en su conocimiento y comprensión, como en su abordaje integral. De esta manera, es importante resaltar que existe una población que no accede en condiciones de igualdad a la justicia y por ende no puede llegar a los estrados judiciales por diversos

motivos y que, más allá de las limitaciones económicas, es la discriminación en razón del género un factor determinante en las limitantes para el acceso a la administración de justicia.

PROTECCION A MUJERES VICTIMAS DE VIOLENCIA Y LA PERSPECTIVA DE GENERO EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Rol de la mujer cuidadora

Uno de esos aspectos en los que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado -en los escenarios personal, laboral, familiar y social- en donde por el hecho de nacer mujeres, la sociedad les atribuye la responsabilidad del cuidado de personas dependientes, en su mayoría se ven abocadas a compatibilizar su trabajo remunerado con el cuidado de personas mayores, madre, padre, de nietas o nietos, de hijas e hijos. En este punto la Sala resalta que aquellas mujeres (i) se ocupan del cuidado de personas que necesitan ayuda -que, en ocasiones, implica fuerza física-; (ii) dan afecto y apoyo emocional y (iii) deben resolver las contradicciones que afrontan cada día. Debido a que se ha desconocido que cuidar conlleva una carga y que implica dejar de lado parte de la vida, no se visibiliza la realidad del trabajo de las mujeres que cuidan de dependientes. Lo cual se traduce en una disparidad que conduce a la desvalorización de las mujeres y hasta en la violencia contra ellas. En efecto, si bien el reconocimiento del trabajo de cuidado -realizado por las mujeres- tiene un importante valor simbólico fundamental para establecer criterios de justicia social, dicho reconocimiento no transforma por sí solo la realidad de las mujeres y resulta necesario una serie de medidas que permitan cambiar una situación discriminatoria e injusta para las mujeres.

PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y ENFOQUE DE GENERO-Protección a favor de abuela materna en su rol de cuidadora de menores de edad ante el fallecimiento de la madre y frente a la irresponsabilidad del padre de las niñas, para otorgar pensión de sobrevivientes

PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN PENSION DE SOBREVIVIENTES-Se reconoce a favor de abuela materna como representante legal de menores ante el fallecimiento de la madre y frente a la irresponsabilidad y abandono del padre de las niñas

Expediente T-6.651.518

Acción de tutela presentada por ALPC, como agente oficioso de las niñas YMSO, SPSO y MJSO, contra AFP Porvenir SA

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá DC, treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 14 de mayo de 2017 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta que confirmó la providencia del 31 de marzo de la misma anualidad dictada por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Marta.

I. ANTECEDENTES

1. Aclaración previa

2. Hechos y relato contenidos en el expediente[1]

La señora ALPC indicó ser la madre de DMOP quien falleció el 29 de julio de 2015, dejando tres (3) hijas de 16, 14 y 10 años, producto de la unión marital de hecho con SDSA. Manifestó que esa convivencia inició en marzo de 1999 y duró hasta unos años antes de la muerte de su hija, cuando aquel abandonó el hogar y dejó de responder por sus hijas, tal como se evidencia con el intento de conciliación por alimentos, según acta del 10 de junio de 2015.

Luego de fallecer su hija DMOP, se celebró Diligencia de Conciliación en Asuntos de Familia, ante el ICBF -Regional Santa Marta-, el 6 de noviembre de 2015, mediante la cual SDSA concedió la custodia de sus tres (3) hijas a ALPC, su abuela materna.

SDSA solicitó ante la AFP PORVENIR SA la pensión de sobrevivientes, en calidad de su compañero permanente y como padre y representante legal de las hijas de la causante.

El 25 de abril de 2016, ALPC elevó petición ante la AFP PORVENIR SA solicitando la suspensión o negación del pago de las mesadas pensionales al señor SDSA y que le reconocieran el pago a ella por tener la custodia de las niñas, en consideración a la no convivencia al momento de la muerte de la señora DMOP.

El 6 de mayo de 2016, AFP PORVENIR SA respondió que (i) en atención a la manifestación de no convivencia al momento del fallecimiento, se ha solicitado sentencia ejecutoriada del proceso de declaración de existencia de la unión marital de hecho entre la afiliada y SDSA; (ii) se procederá a efectuar los pagos de las mesadas pensionales de las niñas YMSO, SPSO y MJSO al señor SDSA por ser su representante legal sobre los beneficios económicos de sus hijas.

El 10 de mayo de 2016, AFP PORVENIR SA informó a SDSA que su solicitud pensional "resulta jurídicamente improcedente", razón por la cual la suspende, hasta tanto no presente copia de la sentencia debidamente ejecutoriada donde se declare la existencia de la unión marital de hecho constituida entre este y la afiliada, en esa actuación judicial deberá ser vinculada ALPC.

El 12 de mayo de 2016, ALPC rindió declaración juramentada ante la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta en la que manifestó que su hija convivió con SDSA desde el año 1999 hasta el momento de su muerte. Posteriormente, la agente oficioso se retractó y manifestó ante la AFP PORVENIR y ante el Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta que al momento del fallecimiento de la causante, el señor SDSA no convivía con ella.

El 8 de junio de 2016, a AFP accionada reconoció la pensión de sobrevivientes en favor de las tres (3) hijas, en forma retroactiva, a partir del 29 de julio de 2015. El pago es entregado al señor SDSA, en calidad de padre y representante legal de las niñas.

ALPC señaló que aquel recibe el pago de la pensión de sobrevivientes -en representación de sus hijas- pero no lo entrega o invierte en ellas.

Por ello, el 3 de febrero de 2017, nuevamente solicitó a la AFP PORVENIR SA que suspendiera los pagos al señor SDSA y se le pague a ella la mesada pensional a favor de sus nietas, por tener su custodia legal. Adujo que no recibió respuesta alguna.

Por lo expuesto, el 15 de marzo de 2017, ALPC, a través de apoderado, presentó acción de tutela, como agente oficioso de sus tres (3) nietas YMSO, SPSO y MJSO contra AFP PORVENIR SA, al estimar que se vulneraron los derechos fundamentales de las niñas, su mínimo vital, el debido proceso, la igualdad y la seguridad social, en consecuencia, solicitó:

(i) Como medida de protección, que se le ordene "el pago de la mesada pensional de marzo, que se paga en los primeros días de abril".

3. Respuestas e intervenciones en la acción de tutela

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Marta, mediante auto del 16 de marzo de 2017 admitió la acción de tutela, vinculó al Juzgado Segundo de Familia en oralidad de Santa Marta y al señor SDSA, en calidad de padre de las tres (3) niñas agenciadas, y corrió traslado para el ejercicio del derecho de defensa.

De otra parte, no accedió a decretar la medida provisional solicitada, tras considerar que se requería una valoración exhaustiva para establecer la procedencia del amparo de reconocimiento de una prestación económica[2].

4.1. Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta[3]

El 23 de marzo de 2017, la jueza informó que se radicó con el número 47001-31-10-002-2016-00485-00 el proceso verbal de declaratoria de unión marital de hecho y reconocimiento de sociedad patrimonial de hecho promovido por SDSA, contra herederos determinados e indeterminados de la causante DMOP, demanda admitida el 29 de septiembre de 2016.

También indicó que la última actuación es el auto de 23 de marzo de 2017, mediante el cual se nombra curador ad litem a las niñas, se reconoce personería jurídica al apoderado de la vinculada, se corre traslado de las excepciones formuladas y se requiere al promotor el emplazamiento a los herederos indeterminados.

4.2. AFP PORVENIR SA[4]

La Directora de Litigios de la AFP accionada señaló que, con ocasión del fallecimiento de la señora DMOP, fue presentada solicitud pensional, por lo que se procedió a verificar el cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, concluyendo que la causante cotizó en los tres años anteriores a su fallecimiento un total de 141 semanas y, por lo tanto, cumplió con los requisitos de ley. Por ello, fueron designados como beneficiarios: con el 50%, SDSA, en calidad de compañero permanente, y el 50% restante, a las tres (3) hijas, en partes iguales.

Explicó que la calidad de compañero permanente fue determinada por la declaración juramentada de ALPC, quien manifestó que la causante convivió con el señor SDSA "desde el año 1999 hasta el momento de su muerte", por lo que resulta "incongruente" que ahora modifique su declaración y afirme que "no es cierta la convivencia". Sin embargo, en consideración que AFP PORVENIR SA no es competente para determinar la suspensión y redistribución de los porcentajes del beneficio pensional en cuestión, ante la duda sobre la existencia de la unión marital de hecho, requirió al señor SDSA copia de la sentencia judicial debidamente ejecutoriada. Al respecto, señaló que debe ser la justicia ordinaria laboral quien determine dicha situación.

Frente al pago de las mesadas, indicó que es absolutamente necesario adjuntar registro civil de nacimiento de las niñas con nota marginal donde se evidencie que la señora ALPC fue designada como curadora o guardadora mediante sentencia judicial. Adjuntó copia de la respuesta fechada el 27 de marzo de 2017[5].

Por último, expuso que se ha configurado la falta de legitimación por activa y pasiva y, por ello, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela en ciernes.

4.3. ALPC[6]

El 30 de marzo de 2017, el apoderado judicial de la agente oficioso presentó escrito para poner en conocimiento de la respuesta suministrada por la AFP accionada y una nueva petición elevada ante AFP PORVENIR SA, en la que manifestó:

· La AFP accionada desconoció la importancia del derecho fundamental de los

niños y el interés superior del menor, al reconocer y pagar a SDSA, omitiendo solicitar un proceso judicial desde el inicio del trámite, toda vez que este fue requerido sólo después de un año de la solicitud de pensión de sobrevivientes y luego de presentada la acción de tutela.

· El señor SDSA abandonó a sus hijas y la AFP PORVENIR "lo premia pagándole la mesada pensional de las menores, (…) cuando le notifican la tutela se quieren proteger en una declaración, (…) su actuar no tiene justificación, (…) le dan más valor a formalismos legales que a la Constitución y al derecho más relevante de la Carta Magna [derecho de los niños]".

4.3. SDSA[7]

El 30 de marzo de 2017, el vinculado presentó escrito oponiéndose a las pretensiones por no existir legitimación por activa para solicitar el amparo ni para adquirir -en nombre propio- el derecho como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes o en representación de sus nietas. En cuanto a la situación fáctica del asunto bajo estudio expuso lo siguiente:

· Convivió en unión marital desde el año 1999 hasta la muerte de la causante, por lo que solicitó la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañero permanente y representante legal de sus tres (3) hijas.

· La señora ALPC, madre de su compañera permanente, inicialmente se opuso a su pretensión de ser beneficiario. Posteriormente, coadyuvó la solicitud por lo que rindió la declaración extrajudicial que sirvió de soporte para el reconocimiento otorgado.

· En cuanto al tema de la custodia, explicó que "obedeció a un acuerdo entre la señora ALPC y el suscrito quien en reiteradas ocasiones me solicitó que necesitaba un documento donde constara que ella ejercía la custodia de las menores y con la cual podían concederle algún derecho como beneficiaria de la causante, peticiones que la misma Porvenir le denegó ya que aparecía el suscrito como compañero de la causante y, como padre de las menores, era la única persona que podía solicitar la prestación de pensión de sobrevivientes".

· La AFP PORVENIR SA retuvo el valor del retroactivo generado y pidió que se

declarara judicialmente la existencia de la unión marital, siendo vinculada ALPC al proceso en curso ante el Juzgado Segundo de Familia de Santa Marta.

Adicionalmente, señaló haber recibido la suma de 50 millones de pesos por concepto de seguro de vida constituido por DMOP y afirmó haberlos entregado íntegramente a ALPC "con la finalidad de adquirir unos bienes inmuebles que beneficiaran a las menores de lo cual hoy no hay razón del manejo e inversión del dinero"[8].

Por ello, a su juicio, se evidencia que la señora ALPC persigue un interés económico al buscar el reconocimiento de un derecho sobre la pensión de sobrevivientes, pretensión que no tiene fundamento legal y que ha sido negada, en reiteradas ocasiones, por las entidades correspondientes.

4. Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente

Obran en el cuaderno 1 del expediente, en copia simple, los siguientes documentos:

- Acta de "Diligencia de Conciliación en Asuntos de Familia", realizada el 6 de noviembre de 2015 y su auto aprobatorio (folios 8 al 10).

- Petición presentada el 25 de abril de 2016 ante la AFP PORVENIR SA (folios 11 y 12).

- Registros civiles de nacimiento de las tres (3) niñas agenciadas (folios 13 al 15).

- Acta #333 de 2015, "Constancia de Imposibilidad de Acuerdo", suscrita el 10 de junio de 2015 (folio 16).

- Demanda de declaración de existencia de la unión marital de hecho y reconocimiento de la sociedad patrimonial de hecho promovida por SDSA, contra herederos determinados e indeterminados de la causante DMOP (folios 17 al 20).

- Auto del 29 de septiembre de 2016 que admitió la citada demanda, proferido por el Juzgado Segundo de Familia de Santa Marta (folio 21).

- Contestación de la referida demanda, presentada por ALPC, a través de

apoderado judicial (folios 22 al 25).

- Petición presentada el 3 de febrero de 2017 ante la AFP PORVENIR SA (folio 26).

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

5.1. Decisión de primera instancia

El 31 de marzo de 2017, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Marta, concedió como medida transitoria el amparo solicitado, tras considerar que los derechos de las agenciadas no pueden esperar al resultado del proceso en curso ante el Juzgado Segundo de Familia de Santa Marta. Al respecto, manifestó:

"se toma como elemento esencial para determinar que el mínimo vital de la accionante y de sus nietas está siendo vulnerado, en razón de que el vinculado no solo toma su porción, sino además las de sus hijas que le son pagadas a él por la empresa PORVENIR S.A. por ser su representante legal, por ende es pertinente conceder el amparo constitucional a sus derechos vulnerados, mediante la acción de tutela como medio transitorio, por un periodo de 6 meses para que mientras se rinda una sentencia debidamente ejecutoriada en el proceso de radicación número 47001-31-10-002-2016-00485-00 que cursa en el JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE SANTA MARTA, que defina su actual situación, se pague a la señora ALPC(…) la pensión de sobrevivientes que le corresponde a las hijas de la causante (…) por estar a su cuidado, con el objetivo de que no se les siga vulnerado el derecho al mínimo vital, es decir le serán pagadas a la accionante, pero deber ser destinadas a las necesidades de sus nietas, sin perjuicio del porcentaje que recibe el señor SDSA, en su condición de compañero permanente".[9]

En consecuencia, ordenó a la AFP accionada que proceda a cancelar a la agente oficioso las mesadas de las niñas agenciadas, en razón de tener su custodia como abuela materna y advirtiéndole sobre la transitoriedad del amparo, "mientras se resuelve de fondo la situación derivada de la representación legal de las menores el cual es llevado mediante una demanda de DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO Y RECONOCIMIENTO DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO que cursa en el JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE SANTA MARTA" [10].

5.2. Impugnación

El 18 de abril de 2017, el vinculado SDSA impugnó la referida decisión aduciendo que ALPC no se encuentra legitimada para ejercer la acción constitucional, al no tener la representación legal de las niñas.

Al respecto, manifestó que el haber recibido "una facultad temporal o provisional para ejercer la custodia y cuidado personal de las menores no quiere decir que se le haya delegado el ejercicio de la representación de las mismas, derecho que en ausencia de su señora madre me corresponde y vengo ejerciendo a cabalidad hasta la presente (…)"[11].

Añadió que cedió la custodia de sus hijas ante la solicitud de la señora ALPC "quien pretendía cumplir requisito para acceder a ser beneficiaria de pensión de sobrevivientes de su señora hija ante Porvenir, entidad que le negó dicha solicitud por estar excluida de los beneficiarios para acceder por ley a tal prestación"[12].

5.3. Decisión de segunda instancia

II. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Auto de 17 de mayo de 2018

Mediante auto de 17 de mayo de 2018, el magistrado sustanciador decretó la práctica de pruebas, pidiendo información relevante a las partes[13], el estado actual de las actuaciones surtidas ante el Juzgado Segundo de Familia en oralidad de Santa Marta y ante la Fiscalía General de la Nación[14] y, por último, un estudio socio familiar de las niñas JM, SP y MJ al ICBF -Regional Magdalena-[15].

2. Pruebas allegadas en sede de revisión

2.1. Según informe del 8 de junio de 2018 de la Secretaría General de esta Corporación[16], se recibieron las siguientes comunicaciones:

- Oficio del 24 de mayo de 2018[17], firmado por Leonardo de Jesús Torres Acosta, Juez Segundo de Familia de Santa Marta, mediante el que adjuntó copia íntegra del expediente radicado bajo el Nº 47-001-31-10-002-2016-00485-00, proceso verbal de

declaratoria de unión marital de hecho y de la consecuente sociedad patrimonial, promovido por SDSA.

Así mismo, informó que mediante auto del 16 de mayo de 2018 se decretó la terminación del proceso, en aplicación de la sanción prevista por el artículo 372 CGP por la inasistencia injustificada de las partes a la audiencia inicial, determinación contra la cual no se interpuso recurso alguno.

● Oficio 1346 del 29 de mayo de 2018[18], firmado por Yovany Rafael Narváez Salcedo, Fiscal 14 Unidad de Delitos contra la Asistencia Alimentaria, en el que indicó sobre la denuncia instaurada por ALPC el 2 de mayo de 2017, "según hechos ocurridos el 01/01/2015. En la actualidad el despacho se encuentra recaudando elementos probatorios para proceder al traslado del escrito de acusación".

2.2. Según informes del 12 y 13 de junio de 2018 de la Secretaría General de esta Corporación[19], se recibieron escritos del 8 y 12 de junio de 2018[20], firmados por Diana Martínez Cubides, en calidad de Directora de Litigios del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA, en los que aclaró que desde el 26 de mayo de 2016 se contrató la renta vitalicia para el pago de la mesada pensional por el fallecimiento de la afiliada DMOP con la Compañía de Seguros de Vida ALFA SA.

Adicionalmente, informó que: (i) el 10 de mayo de 2016, se pagó el retroactivo a SDSA, en calidad de padre de las menores YMSO, SPSO y MJSO; (ii) en cumplimiento del fallo de tutela, el 25 de abril de 2017, se dio traslado a la aseguradora y, según la relación de pagos aportada, el 50% de la pensión de DMOP reconocida a favor de sus tres hijas beneficiarias es pagada en la cuenta bancaria de ALPC, desde el mes de abril de 2017 hasta la fecha de la respuesta (mayo de 2018).

2.3. Según informes del 22 y 29 de junio de 2018 de la Secretaría General de esta Corporación[21], se recibieron escritos del 21 y 28 de junio de 2018[22], firmado por el apoderado de la agente oficioso, mediante el que da respuesta a lo requerido por esta Corporación, de la que se extrae -sintetizado- lo siguiente:

· ALPC tiene buen estado de salud y deriva sus ingresos, principalmente, de la actividad desarrollada por su compañero como "Maestro de Obra", con un promedio

mensual de $800.000. Adicionalmente, se dedica a la modistería en su lugar de residencia, actividad que le genera un promedio de $250.000 mensuales. La mesada que reciben es destinada especialmente para transporte y merienda y en productos de uso personal. Sus abuelos les suministran la alimentación.

· Reside con su compañero y sus nietas en el inmueble ubicado en el barrio Las Acacias y manifestó que "no está legalizado, no tiene título, pero es de su propiedad".

· No ha iniciado trámite judicial para obtener designación como curadora o guardadora, debido a que el padre cedió voluntariamente la custodia de sus hijas, en audiencia de conciliación celebrada ante el ICBF en noviembre de 2015.

· La joven YMSO está validando el bachillerato y se encuentra afiliada a Coomeva EPS, su hermana SPSO cursa 8º de educación media y la niña MJSO cursa 5º de educación básica primaria, ambas se encuentran afiliadas a Mutualser EPS; "todas en el régimen contributivo en su condición de pensionadas".

Por último, expuso que debido a la terminación decretada del proceso por la inasistencia injustificada de las partes, "el señor SDSA no tiene derecho a la mesada pensional" y solicitó "se ordene a la accionada a reconocer el 100% de la pensión a las menores".

Adicionalmente, aportó copia simple de los siguientes documentos: actas de conciliación de custodia y de no conciliación en alimentos, denuncia por inasistencia alimentaria, denuncia por acto sexual y constancia de terminación del proceso de declaración de existencia de la unión marital de hecho.

3. Traslado de las pruebas

3.1. En el término de traslado de las pruebas, las partes guardaron silencio.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de los procesos 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 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo ordenado por la Sala de Selección Número Diez mediante el Auto del 23 de marzo de 2018, notificado el 23 de abril de la misma anualidad.

2. Cuestiones previas. Verificación del cumplimiento de requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

La Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita, que pretende el amparo de los derechos fundamentales de una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. Sin embargo, estas características no relevan del cumplimiento de unos requisitos mínimos para que la acción de tutela proceda, a saber: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iv) inmediatez; y (v) subsidiariedad.

2.1. Legitimación en la causa por activa

2.1.1. Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona, cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión en que incurra cualquier autoridad pública o un particular -en los casos específicamente previstos por el Legislador- y no exista otro mecanismo de defensa judicial que permita su protección efectiva.

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 por quien es titular de los derechos fundamentales; (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.

2.1.2. En relación con la legitimación e interés para promover la acción de tutela a través de la agencia oficiosa, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, que reguló el artículo 86 de la Constitución, estableció la posibilidad de acudir a esta figura para solicitar la protección de derechos ajenos en aquellas situaciones en que el titular no se encuentre en condiciones

de solicitar el amparo de sus derechos por cuenta propia; caso en el cual debe expresarse tal circunstancia en el escrito.

La jurisprudencia constitucional[25] ha recordado que la validez de esta figura se cimienta en tres principios constitucionales, a saber: (i) el principio de la eficacia de los derechos fundamentales, que impone a la administración de justicia la ampliación de mecanismos institucionales orientados a realizar efectivamente este tipo de garantías; (ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, que busca conjurar que por circunstancias meramente procedimentales se violen derechos fundamentales; y (iii) el principio de solidaridad, que impone a la sociedad velar por la protección y efectividad de los derechos ajenos, cuando ellos por sí mismos no pueden promover su defensa.

De esta manera, en la sentencia de unificación SU-055 de 2015 la Corte Constitucional señaló los requisitos que deben cumplirse para que se considere que en un caso concreto se configura la agencia oficiosa, acorde con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, así: (i) quien pretende actuar como agente oficioso manifieste en el escrito de tutela esa calidad, y (ii) que se acredite que la persona cuyos derechos se agencian no se encuentre en condiciones de promover su defensa. Como lo ha señalado la jurisprudencia, este segundo requisito tiene una excepción, que se presenta cuando la persona sí estaba en condiciones de acudir a la administración de justicia, pero una vez radicada la acción de tutela ratifica la actuación del agente oficioso[26]. Adicionalmente, de acuerdo con esta misma norma, (iii) no es de la esencia que exista una relación formal entre quien actúa como agente y aquel cuyos derechos se agencian.

2.1.3. Particularmente, cuando se trata de menores de edad, los padres están legitimados para promover la acción de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales afectados o amenazados, debido a que ostentan la representación judicial y extra judicial de los descendientes mediante la patria potestad[27]. Además, el inciso 2º del artículo 44 de la Carta Política, establece que “[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.”

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cualquier persona está

legitimada para interponer acción de tutela en nombre de los niños o niñas, siempre y cuando en el escrito o petición conste la inminencia de la violación de sus derechos fundamentales, y/o la ausencia de representante legal. Este último requisito se ha fijado con el fin de evitar intervenciones ilegítimas o inconsultas[28].

2.1.4. A partir de lo expuesto y particularmente teniendo en cuenta que es necesario contar con herramientas que permitan identificar en qué casos debe el juez de tutela considerar que existe legitimidad del agente oficioso para el caso de los menores de edad. Por ende, la Sala considera que para el caso son aplicables las reglas siguientes:

· De manera general y preferente, la representación legal de los niños y niñas corresponde a sus padres o a quien ejerza la patria potestad. Son estas personas las llamadas a ejercer las acciones legales pertinentes, entre ellas la acción de tutela, cuando resulte necesario proteger los derechos de los menores de edad mediante la actividad de las autoridades estatales[29].

· El ejercicio de la agencia oficiosa por parte de personas distintas a quien ejerce la patria potestad del menor, por ende, impone un deber mínimo de justificación por el agente oficioso. Así, deberá demostrarse, incluso de manera sumaria, que: (i) no concurre persona que ejerza la patria potestad o la misma está formal o materialmente inhabilitada para formular las acciones judiciales o administrativas necesarias; o (ii) que si bien concurren los padres o guardadores, existe evidencia que los mismos se han negado a formular las acciones y dicha omisión afecta gravemente los derechos del niño o niña concernida. En los demás casos, la agencia oficiosa resultaría en una extralimitación contraria a las facultades que confiere la patria potestad[30].

· En todo caso, cabe aclarar que la legitimación prevalente de los representantes legales para presentar la tutela en favor de menores de edad, no impide que otras personas, excepcionalmente, agencien sus derechos. En efecto, en casos límite en los cuales los derechos fundamentales invocados y la gravedad de los hechos demuestren que el niño está en riesgo de sufrir un perjuicio, es posible que otra persona, distinta de los representantes legales, actúe en calidad de agente oficioso.

En ese sentido, corresponde al juez de tutela determinar si en el evento concreto las condiciones mencionadas están presentes. Es importante advertir que dicha labor de

escrutinio judicial, en especial cuando se trata de casos en los que exista duda acerca de la procedencia o no de la agencia oficiosa, deben siempre resolverse de manera que se otorgue eficacia al mandato de prevalencia del interés superior del menor, sin que el reconocimiento de los efectos de la patria potestad pueda operar como barrera para el cumplimiento de esta principio constitucional.

2.1.5. En el presente caso, la acción de tutela fue presentada -a través de apoderado judicial[31]- por ALPC, quien manifestó en el escrito de tutela que actuaba como "representante legal de sus menores nietas", con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

Ahora bien, la Sala advierte que si bien el escrito de tutela utiliza erróneamente la expresión de "representante legal", aparentemente, confundiendo la custodia legal de las hermanas YMSO, SPSO y MJSO, es de aclarar que la Sala ha verificado que la señora ALPC es la abuela de las niñas y es la titular de su custodia legal. Además, se advierte que una de las razones que motivan la presentación de esta acción es el actuar negligente u omisivo del padre de las niñas, quien no ha demostrado interés en promover la defensa del derecho fundamental al mínimo vital de las menores de edad, por ende, se configura una inminente vulneración del mismo. Por lo expuesto, la Sala encuentra legitimada para actuar a ALPC, a través de la figura de agencia oficiosa en favor de las niñas YMSO, SPSO y MJSO.

2.2. Legitimación en la causa por pasiva

2.2.1. La legitimación pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando esta resulte demostrada; trátese de una autoridad pública o de un particular, según el artículo 86 Superior.

En este caso, la acción es presentada contra AFP PORVENIR SA, sociedad de naturaleza privada como administrador de recursos de un fondo privado de pensiones, quien presuntamente está desconociendo -entre otros- los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de las agenciadas.

Por tratarse de un particular encargado de la prestación de un servicio público[32], como lo es la seguridad social (CP art. 48 y Ley 100 de 1993, art. 2), la Sala constata el

cumplimiento del requisito de legitimación en la causa por pasiva, en los términos del artículo 86 Superior y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2.2.2. Adicionalmente, en sede de instancia de tutela fue vinculado SDSA, como padre de las niñas agenciadas y en consideración a una posible afectación por las decisiones a tomar en tutela.

2.3. Trascendencia iusfundamental del asunto

Esta Corporación ha señalado que este requisito objetivo de procedibilidad se cumple cuando se demuestra que el caso involucra algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental.

En cuanto a este aspecto, la Sala encuentra que el debate jurídico de los asuntos acumulados radica en la posible vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de las niñas agenciadas.

Así las cosas, resulta evidente que el asunto en discusión se encuentra inmerso en una controversia iusfundamental y, dada esa importancia constitucional, para la Sala es claro que el proceso objeto de revisión también se ajusta a lo establecido por esta Corporación respecto de la exigencia en cuestión.

2.4. Principio de inmediatez

La acción de tutela debe ser ejercida en un plazo razonable, contado a partir del momento en que ocurre la vulneración del derecho fundamental, con el fin de asegurar que no haya desaparecido la necesidad de proteger dicho derecho y, en consecuencia, evitar que se desnaturalice la acción de tutela.

Si bien la señora DMOP falleció el 29 de julio de 2015 fecha a partir de la cual surgió la posibilidad de reclamar la pensión de sobrevivientes pretendida por vía de tutela, de las pruebas que obran en el expediente, se evidencia que fueron varias las actuaciones adelantadas por la agente oficioso, madre de la causante, con el propósito de que AFP PORVENIR SA suspendiera los pagos al padre y le pagara las mesadas de la pensión de sobrevivientes reconocida a las niñas YMSO, SPSO y MJSO, en consideración a ser la titular del derecho de custodia sobre ellas.

En primer lugar, el 25 de abril de 2016 fue elevada la referida petición, obteniendo respuesta negativa de la AFP accionada mediante comunicación del 6 de mayo de 2016[33]. Adicionalmente, el 28 de febrero de 2017, presentó escrito de intervención y contestación en el proceso de declaración de existencia de la unión marital de hecho y reconocimiento de la sociedad patrimonial de hecho, actuando como vinculada.

Finalmente, el hecho nuevo y presuntamente vulnerador de los derechos fundamentales de las agenciadas es la segunda petición elevada el 3 de febrero de 2017, cuyo término venció sin respuesta el 21 de febrero de 2017, y la tutela fue presentada el 15 de marzo de 2017, plazo más que razonable para presentar la acción.

En vista de lo expuesto y al igual que en el caso de los tres requisitos analizados en precedencia, la Sala también halla satisfecha la exigencia de inmediatez.

2.5. Subsidiariedad. Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes

2.5.1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia[34] y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental.

En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario[35].

2.5.2. La Sala reitera que la acción de tutela es un mecanismo dispuesto en la Constitución (Art. 86) con el fin de obtener la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando el accionante no disponga de otros instrumentos judiciales de defensa, o cuando existiendo, estos no sean idóneos o eficaces. De la misma forma, la acción de tutela procederá de manera transitoria cuando exista riesgo de configuración de un perjuicio

irremediable. De lo anterior se desprende que el amparo constitucional es residual y subsidiario a los medios de defensa ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico y, en esa medida, cuando la pretensión versa sobre el reconocimiento de derechos de índole prestacional, como es el caso de la pensión de vejez o de sobrevivientes, la tutela -en principio- no es procedente, habida cuenta de que para ese fin existen acciones establecidas ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Empero, esta Corporación a través de la jurisprudencia ha ajustado dicho principio a las reglas consignadas en la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, señalando que existen algunos eventos en los cuales es posible que el juez constitucional pueda resolver de fondo controversias relacionadas con el reconocimiento y pago de un derecho pensional. Es decir que, en cada caso, corresponde al fallador examinar sus particularidades, puesto que esta prestación podría convertirse en el único medio que tienen las personas para garantizar para sí mismos un mínimo vital y, en esa medida, una vida digna[36].

En la reciente sentencia SU-355 de 2015, esta Corte unificó su postura respecto del requisito de subsidiariedad[37] y así estableció que este principio responde a las reglas de (i) exclusión de procedencia y (ii) procedencia transitoria.

En otras palabras, (i) si existe un medio de defensa idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico y no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando no existen mecanismos de defensa idóneos y eficaces para resolver el asunto puesto a consideración, la tutela será procedente de manera definitiva; y (iii) de manera excepcional, cuando la persona disponga de medios de defensa idóneos y eficaces, pero existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable[38], el amparo será procedente de manera transitoria con el fin de proteger los derechos fundamentales del accionante[39]. Lo anterior, implica que la idoneidad y la eficacia del otro medio de defensa no pueden ser valoradas en abstracto por parte del juez constitucional, sino que por el contrario, el fallador deberá centrarse en responder si, de acuerdo con las condiciones particulares del accionante, dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que considera vulnerados de manera oportuna y eficaz.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha establecido de manera pacífica una serie de reglas que permiten evaluar si, en los casos en los que se solicita el

reconocimiento y pago de una pensión, el medio es idóneo y eficaz para ejercer la defensa material de los derechos, de conformidad con las particularidades del caso concreto[40]. Así, el juez constitucional deberá valorar (i) la edad del accionante, puesto que las personas de la tercera edad y los menores son sujetos de especial protección constitucional; (ii) su estado de salud y las condiciones de vulnerabilidad en las que pueda encontrarse; (iii) la composición de su núcleo familiar; (iv) las circunstancias económicas en las cuales se encuentra; (v) que se haya agotado cierta actividad administrativa y judicial tendiente a obtener el reconocimiento del derecho; (vi) el tiempo transcurrido entre la primera solicitud y la interposición del amparo constitucional; (vii) su grado de formación escolar y el posible conocimiento que tenga acerca de la defensa de sus derechos y, por último, (viii) que tenga cierto nivel de convicción sobre la titularidad de los derechos reclamados.

2.5.3. En el caso objeto de estudio, la Sala advierte que las niñas YMSO, SPSO y MJSO, a través de agente oficioso, acuden a la acción de tutela con el fin de que les sea pagada la mesada pensional -ya reconocida- de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su madre DMOP; toda vez que la AFP accionada entrega el pago a su padre, en calidad de representante legal, sin tener en consideración que ellas están bajo la custodia y cuidado de la abuela materna. 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 las personas a favor de quien se presenta la tutela son sujetos de especial protección constitucional en razón a su edad, pues a la fecha tienen 17, 16 y 10 años de edad. Así mismo, se advierte que, por su condición de niñas, adolescentes y estudiantes, no reciben ingreso económico alguno, ya que han manifestado que el padre no les entrega las mesadas pensionales recibidas en su representación, por lo que dependen de la ayuda que sus abuelos le aportan.

A su vez, la señora ALPC manifestó dedicarse a la modistería, ocasionalmente; por lo tanto, sus nietas y ella dependen económicamente del salario mínimo que gana su compañero como maestro de obra, abuelo de las niñas. Lo anterior, le impide contar con los medios económicos suficientes para sufragar los gastos que un proceso ordinario laboral implica.

En esa medida, la Sala considera que tratándose de unas menores de edad, cuya madre falleció y con un padre ausente, quien no les brinda apoyo ni sustento y que no reciben el pago del ingreso que tiene la finalidad de garantizar su mínimo vital y su vida en condiciones de dignidad, resulta desproporcionado exigirles que acudan a los medios de defensa ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, la Sala pasa a definir el problema jurídico y el esquema de solución.

3. Planteamiento del caso, problemas jurídicos a resolver y esquema de solución

La controversia planteada versa sobre la presunta violación de los derechos fundamentales de las agenciadas YMSO, SPSO y MJSO, cuando AFP Porvenir SA (i) reconoce el 50% de una pensión de sobrevivientes al presunto compañero permanente (padre de las beneficiarias) y el otro 50% a las tres (3) hijas de la causante; (ii) niega la solicitud de pago a ALPC, en calidad de abuela materna de las niñas, quien tiene su custodia legal; y (iii) entrega su pago al presunto compañero permanente y padre de las beneficiarias, por ser el representante legal de aquellas, pese a la afirmación de que éste no se las entrega ni aporta alimentos para sus hijas.

Ahora bien, teniendo en cuenta 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 resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Procede la acción de tutela para determinar los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de la causante DMOP, siendo que le sobreviven tres hijas menores de edad y existiendo la duda sobre el extremo final de la unión marital de hecho de la causante, lo que podría desvirtuar la calidad de su compañero permanente y actual beneficiario del 50% de la mesada pensional?

(ii) ¿AFP Porvenir SA ha vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de las agenciadas YMSO, SPSO y MJSO, al reconocerles el 50% de una pensión de sobrevivientes, pero negar el pago a ALPC, en calidad de abuela materna de las niñas, quien tiene su custodia legal; bajo el argumento que la representación legal y administración de sus bienes está en cabeza del presunto compañero permanente y padre de las beneficiarias, pese a la afirmación de que éste no las entrega ni cumple con el

deber legal de alimentos para con sus hijas?

(iii) ¿Con el fin de proteger el derecho fundamental al mínimo vital de las agenciadas YMSO, SPSO y MJSO, procede como medida de protección transitoria la suspensión de la patria potestad de SDSA frente a sus hijas y designación como su guardadora a la abuela materna ALPC?

Para resolverlos, la Sala abordará los siguientes ejes temáticos: (i) el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, (ii) breve reseña del derecho fundamental a la seguridad social; (iii) la naturaleza, finalidad y principios constitucionales de la pensión de sobrevivientes; y (iv) una breve conceptualización sobre la patria potestad y la custodia.

4. La prevalencia del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Reiteración jurisprudencial

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 adolescentes[41], 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);

(ii) Marco internacional[42], 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;

(iii) 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 a 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

5. El derecho fundamental a la seguridad social en condiciones dignas y justas

El alcance y contenido del derecho fundamental a la seguridad social en condiciones dignas y justas se han definido, de manera progresiva, con cada uno de los pronunciamientos que esta Corte ha proferido al interpretar y aplicar sistemáticamente el preámbulo y los artículos 1º y 48 de la Constitución. La Corte Constitucional ha afirmado que la seguridad social es aquel derecho de todas las personas que se concreta en virtud del vínculo establecido con arreglo a la ley y que tiene una relación directa con el derecho al trabajo (artículo 25 CP), por cuanto constituye una garantía a favor de quienes contraen o han mantenido una relación laboral.

De igual manera, este Tribunal ha indicado que el derecho fundamental a la seguridad social ampara a las personas que se encuentran en imposibilidad física o mental para

obtener los medios de subsistencia que les permitan llevar una vida digna a causa de contingencias como la vejez, el desempleo, la enfermedad, la incapacidad laboral y/o la muerte; aclarando que, si bien el derecho a la seguridad social tiene un carácter prestacional o económico, ello no da lugar a excluirlo de su reconocimiento como fundamental, ya que todo derecho que esté previsto en la Constitución, sin distinción alguna, tiene esa calidad.

6. Naturaleza, finalidad y principios constitucionales de la pensión de sobrevivientes. Reiteración jurisprudencial

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. Con la intención de esclarecer el intríngulis del asunto que concita a la Sala, se ahondará en el estudio del derecho a la pensión de sobrevivientes.

Resulta necesario partir de que, como su mismo nombre lo indica, lo que pretende tal prestación es brindar el apoyo monetario a quienes sobrevivan al causante. En ese sentido, la Corte Constitucional ha considerado que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad esencial impedir que, tras la muerte de la persona afiliada al régimen de seguridad social, su grupo familiar más próximo se vea expuesto a un ostensible menoscabo de los derechos fundamentales. Lo anterior, comoquiera que, a la luz de la Carta Política, al dejar de contar con los recursos económicos que tal persona aportaba, las condiciones de la familia tienden a transformarse, al punto que quedan desprotegidos frente a las necesidades que requiere cada uno de sus integrantes para proseguir con el proyecto de vida[43].

Es bajo esta lógica que, la Sala considera que la pensión de sobrevivientes tiene como interés jurídico fundamental a la institución familiar, la cual, según los términos previstos en

el artículo 42 de la Carta Política, se constituye como un derecho y núcleo fundamental de la sociedad[44]. De hecho, asegurar la pensión a los sujetos más próximos al causante, que dependían y compartían la vida con aquel, se erige en una garantía para la propia familia, en el sentido que, como institución social, la misma se funda en la vida en común, la ayuda mutua, el sostenimiento y la comprensión entre los integrantes que permanecen[45].

Una vez se ha dejado en claro la relevancia constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, es necesario señalar quiénes ostentan la calidad de beneficiarios de dicha prestación.

7. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad

La Ley 100 de 1993 contempló quiénes pueden ser beneficiarios de la sustitución pensional o de la pensión de sobrevivientes y los requisitos que deben satisfacer para que se les reconozca tal condición; se encuentra consagrada en su artículo 47 para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, en su artículo 74, para el Régimen de Capitalización Individual con Solidaridad. Según el artículo 73 de la Ley 100 de 1993, los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en sus artículos 46 y 48.

El Art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 12 de la Ley 797 de 2003, consagra que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes “los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento”.

En forma adicional, se debe acreditar por parte de los miembros del grupo familiar del causante, la condición de beneficiarios legales a partir del orden de prelación que estatuye el citado artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Dicho orden garantiza la estabilidad económica y financiera del Sistema General de Pensiones, habida consideración que el reconocimiento de la sustitución pensional sólo opera para los miembros del grupo familiar que, por su cercanía y dependencia del causante, pueden resultar afectados en su digna subsistencia con su deceso, a cuyo tenor literal:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

(…)

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

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

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

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

Vistas así las cosas, para que proceda el derecho a esta clase de pensión para la compañera o compañero permanente es forzoso demostrar la existencia de una convivencia marital continua y estable, vivida bajo el mismo techo y con la intención de formar una familia, donde haya existido codependencia económica y lazos de solidaridad, pues no puede perderse de vista, la finalidad de la pensión de sobrevivientes, consistente en mitigar la desprotección en que queda quien está afectado por la muerte de su pareja, de ahí que no cualquier convivencia ni la existencia de cualquier relación de pareja conlleva al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se requiere de la calidad de cónyuge o compañero permanente, y que se demuestre una convivencia real y efectiva, fundada en la solidaridad y ayuda mutua[46].

8. Breve conceptualización sobre la patria potestad[47]

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".

A su vez, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia complementa la institución jurídica de la patria potestad establecida en el Código Civil, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaría, en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, y proscribe todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los "(…) actos que impidan el ejercicio de sus derechos". Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado:

"En armonía con la citada disposición, esta Corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia, el

incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión.

En efecto, la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo”[48].

Respecto a los derechos que otorga la patria potestad a los padres del menor de edad la Corte Constitucional indicó que estos se reducen a:

“(i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. En relación con el derecho de representación, la legislación establece que el mismo es de dos clases: extrajudicial y judicial. El primero, se refiere a la representación que ejercen los titulares de la patria potestad, sobre los actos jurídicos generadores de obligaciones que asume el hijo, y que no involucran procedimientos que requieran decisión de autoridad. El segundo, el de representación judicial comporta las actuaciones o intervenciones en procedimientos llevados a cabo, no sólo ante los jueces, sino también ante cualquier autoridad o particular en que deba participar o intervenir el hijo de familia, ya sea como titular de derechos o como sujeto a quien se le imputan responsabilidades u obligaciones. En cuanto a los derechos de administración y usufructo, éstos se armonizan con el de representación, y se concretan en la facultad reconocida a los padres para ordenar, disponer y organizar, de acuerdo con la ley; el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles, constituyéndose, el usufructo, en uno de los medios con que cuentan para atender sus obligaciones de crianza, descartándose su utilización en beneficio exclusivo de los padres. En relación con los derechos sobre la persona de su hijo, que se derivan de la patria potestad, se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, la crianza, la formación, la educación, la asistencia y la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste”[49].

La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los progenitores sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Es decir que la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a aquellos y sólo puede

ser ejercida por ellos, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia. Es por ello que la propia ley prevé que a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro, existiendo también la posibilidad de que, en algunos aspectos, sea delegada entre ellos mismos, del uno al otro (C.C. arts. 288 y 307).

La jurisprudencia constitucional ha definido la patria potestad como "una institución de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, porque es deber de los padres ejercerla en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita"[50].

Es además una institución de carácter temporal, pues a ella se encuentran sujetos los hijos hasta cumplir la mayoría de edad y, precaria, ya que quien la ejerce puede verse desprovisto de la misma por el juez si se cumplen las causales de suspensión o pérdida de la patria potestad.

Por las razones expuestas, la Sala reitera que los padres[51], de común acuerdo o mediante la conciliación extrajudicial, no pueden terminar o suspender el ejercicio de la patria potestad sobre su menor hijo, es decir, no pueden "suspenderla o perderla" para sustraerse a las obligaciones que constitucional y legalmente le son exigibles para con ellos. La pérdida o suspensión de la patria potestad debe ser decretada mediante sentencia por la autoridad judicial competente.

9. Breve conceptualización sobre la custodia y cuidado personal[52]

El Código de la Infancia y la Adolescencia, la Ley 1098 de 2006, en su artículo 23, establece:

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

El Código Civil Colombiano respecto a las obligaciones de los padres con sus hijos dispone

que corresponde a los padres de manera conjunta, o al padre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos[53]. Según la Corte Constitucional, con la custodia se busca, "(...) como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad"[54].

La custodia se puede fijar por medio de conciliación entre las partes[55] y, en caso de no llegar a un acuerdo, a través de un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos ante el ICBF o mediante un Proceso Verbal Sumario ante el Juez de Familia.

La Sala resalta que cuando se otorga la custodia del menor de edad a familiares u otras personas, no se trasmite la patria potestad y adicionalmente no sustrae a los padres de las obligaciones contempladas por la ley para con sus hijos y concluye que la custodia y cuidado personal de un menor de edad es un asunto conciliable, mientras que la patria potestad no es susceptible de ser transferida de común acuerdo.

Habiendo realizado las anteriores precisiones, la Sala Quinta de Revisión pasa a revisar el caso concreto.

Según la relación fáctica y una vez valorado el material probatorio que obra en el expediente, la Sala encuentra demostrado lo siguiente:

· SDSA y DMOP convivieron en unión marital de hecho desde el mes de marzo de 1999 y producto de esa unión hay tres (3) hijas YMSO, SPSO y MJSO, actualmente de 17, 16 y 10 años de edad, respectivamente.

· La señora ALPC es la madre de DMOP y abuela materna de las niñas YMSO, SPSO y MJSO.

· En Acta del 10 de junio de 2015, SDSA y DMOP suscriben "Constancia de Imposibilidad de Acuerdo", de la que se transcribe el problema o asunto a conciliar, así:

"la señora DMOP solicitó audiencia de conciliación para que se le fije una cuota alimentaria para las menores llamadas [YMSO, SPSO y MJSO], 14, 12 y 6 años de edad, respectivamente, y el señor SDSA le ofreció la suma de $100.000 mil pesos mensual y la señora no aceptó"[56].

Las partes expresaron que no había ánimo conciliatorio, circunstancia que imposibilitó el acuerdo ante el conciliador en equidad, por lo que se suscribió el Acta #333 de 2015.

· DMOP falleció el 29 de julio de 2015.

· El 6 de noviembre de 2015, se celebró y aprobó Diligencia de Conciliación en Asuntos de Familia ante el ICBF -Regional Santa Marta- entre SDSA y ALPC, mediante el cual acordaron que la custodia de las niñas YMSO, SPSO y MJSO estará en cabeza de su abuela materna, en los siguientes términos: "comparezco a esta defensoría de familia con el objeto de entregar la custodia y cuidados personales de mis hijas antes mencionadas a la abuela materna señora ALPC. Teniendo en cuenta que la madre falleció el día 29 de julio del presente año"[57].

· Consecuentemente, SDSA solicitó ante la AFP PORVENIR SA la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañero permanente de la causante y como padre y representante legal de las niñas beneficiarias.

· La AFP PORVENIR SA verificó que la causante cotizó en los tres años anteriores a su fallecimiento un total de 141 semanas, por lo que designó como beneficiarios a SDSA, con el 50%, en calidad de compañero permanente; y el 50% restante a las tres (3) hijas, en partes iguales.

· Antes del reconocimiento, el 25 de abril de 2016, ALPC solicitó a la AFP PORVENIR SA que suspendiera o negara el pago al señor SDSA y le reconocieran el pago de las mesadas a ella, en calidad de "madre de la causante encargada del cuidado y custodia de sus sobrevivientes"[58], en consideración a la no convivencia al momento de la muerte de la causante.

· El 6 de mayo de 2016, AFP PORVENIR SA respondió a la petición elevada por ALPC informándole que (i) en atención a la manifestación de no convivencia al momento del fallecimiento, se ha solicitado sentencia ejecutoriada del proceso de declaración de existencia de la unión marital de hecho entre la afiliada y SDSA; (ii) se procederá a efectuar los pagos de las mesadas pensionales de las niñas YMSO, SPSO y MJSO al señor SDSA por ser su representante legal sobre los beneficios económicos de sus hijas; y (iii) le indicó que podrá allegar poder debidamente otorgado en el que el padre la autorice a recibir los pagos

en calidad de quien tiene la custodia y cuidado de las beneficiarias o, en su defecto, deberá allegar el registro civil de nacimiento de cada una de las niñas con nota marginal donde se evidencie que fue designada como curadora o guardadora mediante sentencia judicial[59].

· En comunicación del 10 de mayo de 2016, AFP PORVENIR SA informó a SDSA que su solicitud pensional "resulta jurídicamente improcedente", razón por la cual la suspende, hasta tanto no presente copia de la sentencia debidamente ejecutoriada donde se declare la existencia de la unión marital de hecho constituida entre este y la afiliada, en esa actuación judicial deberá ser vinculada ALPC.

· El 12 de mayo de 2016, ALPC rindió declaración juramentada ante la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta en la que manifestó:

"Declaro bajo la expresión de seriedad que mi hija DMOP (Q.E.P.D.), (…) fallecida el 29 de julio de 2015, convivió con el señor SDSA (…) desde el año 1999 hasta el momento de su muerte, de esta unión nacieron tres hijas (…)"[60].

Adicionalmente, obra en el expediente copia del Informe de Investigación para Pago de Prestaciones Económicas presentado ante la AFP PORVENIR en el que los testigos adujeron que la unión libre alegada habría durado hasta el fallecimiento de la causante[61].

· En comunicación sin fecha, AFP PORVENIR SA informó a SDSA -como representante de sus hijas beneficiarias- que su solicitud pensional ha sido aprobada, que el reconocimiento se otorga en forma retroactiva, a partir del 29 de julio de 2015, fecha del fallecimiento de la afiliada.

· En comunicación del 8 de junio de 2016, AFP PORVENIR SA informó a SDSA -como representante de sus hijas beneficiarias- que se adelantó el proceso de cotización y contratación de una Póliza de Renta Vitalicia, que la mejor propuesta la presentó la Compañía de Seguros de Vida Alfa SA, que para empezar a pagar la mesada a partir del mes de junio de 2016 son necesarios unos documentos relacionados con la cuenta bancaria y afiliación a EPS.

· En efecto, pese a que la abuela materna tiene la custodia legal de las

agenciadas, el pago de las mesadas es entregado al padre de las niñas, SDSA, bajo el argumento de ser el representante legal de las niñas. Al respecto, la agente oficioso enfatizó que el señor SDSA recibe el pago de la pensión de sobrevivientes en representación de sus hijas pero no lo entrega o invierte en ellas.

· El 27 de julio de 2016, el señor SDSA promovió la demanda de declaración de existencia de la unión marital de hecho y reconocimiento de la sociedad patrimonial de hecho, con la finalidad de que se declare que entre él y DMOP existió unión marital de hecho desde el año 1999; que la sociedad patrimonial de hecho surgida quedó disuelta y en estado de liquidación por la muerte de ésta; y que en virtud de esa disolución originada por el fallecimiento, se ordene la liquidación de la sociedad patrimonial y se le reconozca la calidad de compañero permanente para acceder como beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

· El 29 de septiembre de 2016 fue admitida la demanda de declaración de existencia de la unión marital de hecho y reconocimiento de la sociedad patrimonial de hecho promovida por SDSA, contra herederos determinados e indeterminados de la causante DMOP[62].

· El 3 de febrero de 2017, ALPC nuevamente solicitó a la AFP PORVENIR SA que suspendiera los pagos al señor SDSA y se le pague a ella la mesada pensional a favor de sus nietas, por tener su custodia legal. Aduce que no recibió respuesta alguna.

· El 15 de marzo de 2017, la señora ALPC presentó acción de tutela contra la AFP PORVENIR SA, como agente oficioso de sus nietas menores YMSO, SPSO y MJSO.

· El 27 de marzo de 2017, la AFP accionada respondió extemporáneamente la petición elevada por ALPC, en los siguientes términos: (i) frente al reconocimiento del 50% a SDSA indicó que se determinó su calidad de compañero permanente en virtud de la "ratificación en declaración juramentada rendida el 12 de mayo de 2016", por lo que su inconformidad con ese reconocimiento debe ser tramitado ante la jurisdicción ordinaria; y (ii) frente al pago de las mesadas pensionales de las niñas YMSO, SPSO y MJSO informó que está siendo pagado a SDSA por ser su representante legal.

Al respecto, señaló que la señora ALPC no tiene la administración de los bienes de sus

nietas, por ese motivo, solicitó que fuese aportada copia de sentencia debidamente ejecutoriada donde se evidencie que la señora ALPC fue designada como curadora o guardadora o, en su defecto, allegue el registro civil de nacimiento de cada una de las niñas con la nota marginal respectiva.

· En primera instancia, el 31 de marzo de 2017, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Marta, concedió el amparo solicitado como medida transitoria, por un término de 6 meses.

· En segunda instancia, el 14 de mayo de 2017, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta confirmó el fallo por las mismas razones expuestas por el a quo, resaltando que la protección fue otorgada de manera transitoria, ante la inminencia del perjuicio, por lo que la agente oficioso deberá "iniciar las acciones ordinarias pertinentes ante el Juez natural para obtener la protección definitiva de los alimentos de las menores".

· El 2 de mayo de 2017, ALPC instauró demanda contra SDSA por el delito de inasistencia alimentaria por presuntos hechos cometidos desde el año 2015 y el 17 de mayo de 2017 por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, por presuntos hechos ocurridos en los años 2012 y 2016.

· Mediante auto del 16 de mayo de 2018, el Juzgado Segundo de Familia de Santa Marta decretó la terminación del proceso de declaración de existencia de la unión marital de hecho y reconocimiento de la sociedad patrimonial de hecho, en aplicación de la sanción prevista por el artículo 372 CGP por la inasistencia injustificada de las partes a la audiencia inicial. Esta decisión se encuentra en firme y ejecutoriada, toda vez que no se interpuso recurso alguno.

· El 8 y 12 de junio de 2018, en respuesta a las pruebas decretadas en sede de revisión[63], la AFP PORVENIR SA informó que -a través de la Compañía de Seguros de Vida ALFA SA- ha pagado la mesada pensional por el fallecimiento de la afiliada DMOP, a favor de las tres niñas beneficiarias (50%), desde el mes de abril de 2017 al mes de mayo de 2018, en la cuenta bancaria de ALPC.

Adicionalmente, allegó relación de pagos en la cual se evidenció que el 10 de mayo de 2016 fue pagado a SDSA, en calidad de representante legal, el retroactivo de la mesada

pensional a favor de YMSO, SPSO y MJSO.

11. Primer problema jurídico

¿Procede la acción de tutela para determinar los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de la causante DMOP, siendo que le sobreviven tres hijas menores de edad y existiendo la duda sobre el extremo final de la unión marital de hecho de la causante, lo que podría desvirtuar la calidad de su compañero permanente y actual beneficiario del 50% de la mesada pensional?

11.1. Fijación del extremo final de la convivencia

11.1.1. Posición de ALPC. La abuela materna y agente oficioso de las niñas YMSO, SPSO y MJSO ha manifestado lo siguiente:

· En el escrito de tutela: Desde el año 2009 no convivían, así se puede constatar en el acta del 10 de junio de 2015[64].

· En la petición presentada en abril de 2016, ante AFP PORVENIR SA: SDSA es el progenitor de las tres niñas YMSO, SPSO y MJSO que le sobreviven a DMOP, "pero con quien al momento de su muerte no convivía" [65].

· En la contestación de la demanda presentada ante el Juez de familia, señaló que la unión marital de hecho inició en 1999, "pero se disolvió en el mes de marzo de 2009, como consecuencia del incumplimiento del demandante de sus obligaciones de padre y compañero" y que el señor SDSA "siempre ha estado ausente a partir del fallecimiento de DMOP"[66].

· En la petición presentada en febrero de 2017, ante AFP PORVENIR SA: "el señor SDSA al momento del fallecimiento de mi hija, hacía más de cinco años no convivía con mi hija" [67].

· En la respuesta a las pruebas decretadas en sede de revisión, manifestó que la convivencia entre SDSA y DMOP no fue permanente, "el señor aparecía, convivía con la causante, hasta que quedaba en embarazo, después desaparecía, solo durante un periodo corto vivieron en Barranquilla, antes del nacimiento de la segunda hija, el resto del tiempo

siempre vivieron en casa de ALPC; al momento del fallecimiento de la causante, hacia 4 años no convivían. Tanto así que lo citó (…) a un centro de conciliación para que suministrara alimentos a sus hijas y se negó el señor SDSA, en esta acta queda claro que no convivían y ahí aparece la dirección de S.S."[68]

11.1.2. Posición de SDSA. Por su parte, el padre de las menores YMSO, SPSO y MJSO ha sostenido, tanto en el formulario de solicitud ante la AFP accionada, como en la respuesta de oposición a la acción de tutela y en la demanda presentada ante el Juez de familia que existió unión marital de hecho entre él y DMOP desde el año 1999, que convivieron en "comunidad de vida marital permanente y singular de hecho" y que "se disolvió por la muerte de DMOP (QEPD) el día 29 de julio de 2015" [69].

Como soporte a su afirmación, obra en el expediente la declaración juramentada rendida por la agente oficioso ALPC y copia del Informe de Investigación para Pago de Prestaciones Económicas, aportado como prueba en la demanda de declaración de existencia de la unión marital de hecho y reconocimiento de la sociedad patrimonial de hecho, que determinó que vivieron "en unión libre (…) durante dieciséis años vigentes al momento del fallecimiento de la afiliada" [70]. En dicho informe se consignó que la información fue confirmada por entrevista telefónica con el hermano, la madre y dos amigos de la afiliada.

11.1.3. Posición contradictoria de la agente oficioso. Adicionalmente, la Sala advierte -tal como lo señalaron la AFP accionada y el vinculado- que ALPC se contradice en su declaración juramentada con destino a la AFP PORVENIR SA del 12 de mayo de 2016, en la que manifestó que la convivencia en discusión tuvo lugar "desde el año 1999 hasta el momento de su muerte".

Respecto a esa declaración rendida en mayo de 2016, en la respuesta a las pruebas decretadas en sede de revisión, la señora ALPC explicó que "el señor SDSA se presentó a mi casa llorando y delante de las menores me manifestó que tenía cáncer de garganta, que necesitaba que por favor hiciera esa declaración, sólo era para utilizar la EPS, que él cuándo recibiera el pago se lo entregaba a sus hijas. Las menores me pidieron en lágrimas, que por favor ayudara a su padre, esto sumado a hecho que yo conozco al papá de SDSA y padecía esa enfermedad (cáncer en la garganta), le creí y le colaboré, a petición de mis nietas, con la declaración. Para mi desdicha, SDSA desapareció desde el momento que recibió el primer

pago; fue un acto de caridad, que le hice a él por mis nietas, a pesar que siempre fue un pésimo marido y un mal padre, pensé que iba a cambiar su comportamiento, siempre fue así de malo, hasta el punto que mi hija y mis nietas siempre vivieron en mi casa; (…)”[71].

11.1.4. Posición de la AFP PORVENIR SA. Frente a esas declaraciones contradictorias que dejan en entredicho el derecho pensional de SDSA, ante las peticiones elevadas por la abuela materna de las agenciadas y reconociendo que no es competente para suspender o reasignar los beneficiarios de una pensión reconocida, la AFP accionada exigió el agotamiento del proceso de reconocimiento de existencia de la unión marital de hecho con la causante, en el que se vinculase a la señora ALPC.

Así lo manifestó en la respuesta del 5 de mayo de 2016 dirigida a la agente oficioso, en la respuesta a la acción de tutela de fecha 27 de marzo de 2018, y en los escritos del 8 y 12 de junio de 2018 presentados a esta Corte.

11.2. Decisión del juez natural

En principio, la Sala recuerda que la justicia ordinaria laboral es la competente para determinar la suspensión y redistribución de los porcentajes del beneficio pensional y la justicia ordinaria de familia es la competente para declarar la existencia de una unión marital de hecho.

Consecuentemente, el 27 de julio de 2016, el vinculado procedió a instaurar demanda de declaración de existencia de la unión marital de hecho y reconocimiento de la sociedad patrimonial de hecho entre él y DMOP, la cual fue admitida el 29 de septiembre de 2016.

Sin embargo, obra en el expediente que, mediante auto del 16 de mayo de 2018, el Juzgado Segundo de Familia de Santa Marta decretó la terminación del referido proceso, en aplicación de la sanción prevista por el artículo 372 CGP por la inasistencia injustificada de las partes a la audiencia inicial. La Sala advierte que esa decisión se encuentra en firme y ejecutoriada.

Ahora bien, en gracia de discusión, al tomar el 29 de julio de 2015, como fecha de disolución por la muerte de la causante, se advierte que la demanda civil (familia) fue

presentada el 27 de julio de 2016, de manera oportuna[72], dentro del año del presunto hecho generador de la disolución de la sociedad patrimonial de hecho[73], dando cumplimiento al artículo 8º de la Ley 54 de 1990, a cuyo tenor literal:

Artículo 8º. Las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, prescriben en un año, a partir de la separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o de ambos compañeros.

En este evento, surge la necesidad de dar aplicación al artículo 95 del Código General del Proceso que estipula que no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad cuando el proceso termine por inasistencia injustificada de las partes a la audiencia inicial.

Así las cosas, la Sala Quinta de Revisión concluye que ha operado la caducidad de la acción para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes SDSA y DMOP.

Contrario sensu, la acción judicial tendiente a la declaración de la unión marital de hecho, podrá ejercerse durante su existencia, aún unidos los compañeros permanentes y, por ende, antes de su terminación o después de ésta y es imprescriptible en lo relativo al estado civil[74].

11.3. Solución al primer problema jurídico

11.3.1. Procedencia como mecanismo definitivo. En primera medida, la Sala reitera que la profundidad del análisis de lo expuesto corresponde al juez natural, toda vez que, en principio, existe el derecho de SDSA, por lo que no es posible anularlo, salvo que exista una causa legal o constitucional que lo justifique. Las autoridades están instituidas para proteger los derechos de todas las personas (art. 2o) y este mandato vincula de forma particular a esta Corporación. Conforme a ello, una vez se configuran los supuestos que dan lugar al nacimiento de un derecho de naturaleza pensional no puede desconocerse invocando para ello el interés superior del menor, a manera de ejemplo.

No obstante, existiendo la duda sobre el extremo final de la convivencia de SDSA con la

causante, la cual podría desvirtuar su calidad de compañero permanente para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, la Sala concluye que, en el asunto bajo estudio, sí procede la acción de tutela, como mecanismo definitivo, para determinar los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de la causante DMOP, por las siguientes razones:

· A la causante le sobreviven tres (3) hijas menores de edad que son sujetos de especial protección constitucional.

· Prevalencia del interés superior de las tres menores YMSO, SPSO y MJSO, ante la posibilidad de acceder al 50% restante de la mesada pensional. Si bien las controversias referentes al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se deben ventilar ante la justicia laboral, dicho medio ordinario de defensa con que cuentan las agenciadas carece de eficacia para proteger sus derechos fundamentales al mínimo vital; 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.

· En consideración a la imprescriptibilidad de los derechos relacionados con el estado civil y su respectivo proceso declaratorio de unión marital, resultaría inconstitucional someter a las niñas a la iniciación y resolución de un eventual nuevo proceso para declarar la existencia de la unión marital de hecho[75].

· Lo que se encuentra en discusión es el hecho generador de la disolución de la unión marital de hecho (por muerte o por separación de los compañeros), por ello, surge la necesidad de determinarlo en sede de revisión.

Vistas así las cosas, la Sala pasa a fijar el extremo final de la convivencia entre SDSA y DMOP, a fin de poder declarar la existencia de la unión marital de hecho, circunstancia determinante que permite demostrar su calidad de compañero permanente para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

Del material probatorio, obrante en documentos presentados ante entidades o autoridades públicas, resulta pertinente resaltar lo siguiente:

· En la Constancia de Imposibilidad de Acuerdo, suscrita el 10 de junio de 2015, se logra evidenciar que SDSA y DMOP tienen domicilios diferentes[76].

Esas direcciones son las mismas que fueron registradas en la Diligencia de Conciliación en Asuntos de Familia ante el ICBF, celebrada el 6 de noviembre de 2015, en la cual SDSA concedió la custodia de sus tres (3) hijas a ALPC, su abuela materna.

· En la denuncia presentada el 2 de mayo de 2017 por el delito de inasistencia alimentaria, ALPC declaró que cuando su hija falleció "ya tenía 4 años de no vivir con el papa de las niñas (…) ahora que tengo a cargo a sus hijas menos les da, no pasa ni a verlas ni a visitarlas, no pregunta por ellas (…)"[77].

· En la denuncia presentada el 17 de mayo de 2017 por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, ALPC declaró que la pareja convivió en las ciudades de Santa Marta y Barranquilla, que residieron en Barranquilla hasta el año 2012 cuando su hija (la señora DMOP) consiguió trabajo en el Hotel Sansiraka, por lo que la familia se devolvió a la ciudad de Santa Marta. La fecha exacta de iniciación del trabajo es demostrada con la información laboral de la causante contenida en el Informe de Investigación, aportado en la demanda de declaración de existencia de la unión marital de hecho y reconocimiento de la sociedad patrimonial de hecho, en el que se estableció que "(…) laboró en el hotel Sansiraka, ubicado en la ciudad de Santa Marta – Magdalena, durante tres años (…) reporta afiliación a salud (…) en calidad de cotizante dependiente, con fecha de afiliación: 01 diciembre de 2012 (…)"[78].

Igualmente, declaró que la familia se quedó viviendo con ella, que SDSA vivió unos cuantos meses en su casa, hasta el día que le pegó a su hija. Al respecto manifestó "ese día que él le pegó a mi hija DMOP yo no aguante y pelié con él y lo eché de la casa. Desde ese día, él dejó de convivir con mi hija"[79].

· En la contestación de la demanda de declaración de existencia de unión marital de hecho, la curadora ad litem de los herederos indeterminados se opuso a las pretensiones, dado que "no existe prueba que entre las partes haya una convivencia, como a bien se sabe la unión marital conlleva a compartir techo, lecho y mesa, y de los expuestos por el demandante no se deduje que se den esas situaciones que hagan concluir su existencia" [80].

Ahora bien, frente a la existencia de diversas versiones y testimonios contradictorios, relacionados previamente, surge la necesidad de darle plena validez a la Constancia de Imposibilidad de Acuerdo, suscrita el 10 de junio de 2015, en la que se logra evidenciar que SDSA y DMOP tienen domicilios diferentes. Esas direcciones son las mismas registradas en el acta del 6 de noviembre de 2015 de Diligencia de Conciliación en Asuntos de Familia.

Por consiguiente, dado que el señor SDSA continuó viviendo en el mismo lugar y que la dirección de la señora DMOP -suministrada en vida (en junio de 2015)- coincide con la proporcionada ante el ICBF por su madre -ALPC (en noviembre de 2015)-, la Sala concluye que antes de su deceso la causante residía en el hogar de su progenitora, mientras que el padre de las niñas YMSO, SPSO y MJSO habitaba en un lugar distinto.

En consecuencia, la Sala fija como fecha que disuelve la referida unión marital de hecho, el 9 de junio de 2015, un día antes de la firma del citado documento, siendo la interpretación y valoración más favorable para el compañero supérstite. Así las cosas, la Corte Constitucional declarará la existencia de la unión marital de hecho surgida por la convivencia entre SDSA y DMOP, desde el mes de marzo de 1999 hasta el 9 de junio de 2015.

11.3.3. Solución respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de DMOP. De conformidad con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, se denomina compañero y compañera permanente al hombre o la mujer que forman parte de la unión marital de hecho, que constituye una comunidad de vida permanente y singular. En efecto, según esa definición legal, la Corte Suprema de Justicia ha consagrado tres requisitos para su conformación “una comunidad de vida, la singularidad y la permanencia en el tiempo”[81].

En el asunto bajo estudio, en consideración a la declaración previa, la Sala concluye que la unión entre SDSA y DMOP dejó de tener permanencia en el tiempo desde el 9 de junio de 2015.

En efecto, SDSA no resulta beneficiario de la pensión de sobrevivientes de DMOP, toda vez que, al momento de su muerte, 29 de julio de 2015, no existía la convivencia, la solidaridad, el apoyo mutuo, todas estas características que definen una comunidad de vida y determinan la consecuente calidad de compañero permanente[82], requerida para acceder al beneficio pensional.

Por ello, la Sala Quinta de Revisión modificará el fallo proferido el 14 de mayo de 2017 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta que, a su vez, confirmó la providencia del 31 de marzo de la misma anualidad dictada por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Marta, en el sentido de que concederá, como mecanismo definitivo, la protección del derecho fundamental a la seguridad social de las agenciadas YMSO, SPSO y MJSO.

En consecuencia, ordenará a la AFP PORVENIR SA el reconocimiento y pago del 100% de la mesada pensional como únicas beneficiarias de la pensión de sobrevivientes de la causante DMOP. En todo caso, las menores YMSO, SPSO y MJSO tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, según la ley, hasta que cumplan la mayoría de edad o 25 años, siempre que acrediten su calidad de estudiantes[83].

Esto implica que se otorgará a favor de las niñas (i) el retroactivo pensional, en lo no pagado al señor SDSA, y (ii) las mesadas pensionales que se dejaron en reserva a favor de SDSA, equivalente al 50% restante de la pensión de sobrevivientes. Además, en atención a que las agenciadas recibieron el pago del 50% de las mesadas desde mayo de 2017, resulta procedente autorizar a AFP PORVENIR SA a compensar su pago.

12. Segundo problema jurídico

¿AFP Porvenir SA ha vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de las agenciadas YMSO, SPSO y MJSO, al reconocerles el 50% de una pensión de sobrevivientes, pero negar el pago a ALPC, en calidad de abuela materna de las niñas, quien tiene su custodia legal; bajo el argumento que la representación legal y administración de sus bienes está en cabeza del presunto compañero permanente y padre de las beneficiarias, pese a la afirmación de que éste no las entrega ni cumple con el deber legal de alimentos para con sus hijas?

12.1. En primera medida, la Sala considera importante aclarar que en Colombia no son lo mismo la patria potestad y la custodia y cuidado personal de un niño, niña o adolescente, toda vez que la custodia y cuidado personal se traduce en el oficio o función mediante la cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente y la cual corresponde de consuno a los padres y se podrá extender a una tercera persona, mientras que la patria potestad hace referencia al usufructo de los bienes administración de esos bienes, y poder de representación judicial y

extrajudicial del hijo, en cabeza de los padres y que solo el Juez de Familia podrá disponer en un tercero, como se abordó en los acápites 8 y 9 de las consideraciones de esta providencia.

De otra parte, la Sala advierte la necesidad de evaluar esta regla en el caso concreto, toda vez que AFP Porvenir SA actuó -en principio- dentro del marco constitucional y legal al negar el pago de la mesada reconocida por pensión de sobrevivientes a la abuela materna de las niñas, quien sólo tiene su custodia legal; toda vez que resulta cierto -y válido, en cierta medida- el argumento de que la representación legal y administración de sus bienes está en cabeza del padre de las beneficiarias.

No obstante, en aquellos eventos en los cuales se trata de una evidente vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes o de inminente urgencia de protección de sus garantías fundamentales, las entidades deben analizar la posibilidad de otorgar el pago de las mesadas pensionales a quienes tengan la titularidad del derecho de su custodia legal, en función de los principios constitucionales. Particularmente, a manera de ejemplo, si la entidad verifica que el padre o madre solicitante ha perdido la patria potestad o que existe condena judicial en su contra por el delito de inasistencia alimentaria, la entidad AFP podría considerar que se trata de una circunstancia evidente que puede implicar que el pago de la prestación debe entregarse al titular de la custodia, pese a la concurrencia del representante legal de los menores de edad.

Ahora bien, puede ocurrir que los padres cobren las mesadas pensionales en representación de sus hijos, pero no entreguen el dinero correspondiente a su manutención ni lo inviertan en ellos. En estos casos, la Sala señala que resulta posible acudir ante los jueces de familia (en el marco del proceso de alimentos) o ante la jurisdicción laboral ordinara (en un proceso ordinario) para que se dicten las medidas cautelares que permitan asegurar la efectividad delos derechos al mínimo vital y a la seguridad de los niños, niñas y adolescentes.

12.2. Solución al Segundo problema jurídico

Así las cosas, la Sala concluye que AFP PORVENIR SA no vulneró los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de las agenciadas YMSO, SPSO y MJSO, toda vez que el progenitor no ha sido privado de la patria potestad de sus hijas ni ha sido condenado por el delito de

inasistencia alimentaria.

Adicionalmente, resulta necesario recordar que la entidad accionada no es competente para determinar la suspensión y redistribución de los porcentajes de beneficios pensionales en discusión y que la pérdida o suspensión de la patria potestad debe ser decretada mediante sentencia por la autoridad judicial competente, tal como se abordó en el acápite 11.2 de las consideraciones de esta providencia.

13. Tercer problema jurídico

¿Con el fin de proteger el derecho fundamental al mínimo vital de las agenciadas YMSO, SPSO y MJSO, procede como medida de protección transitoria la suspensión de la patria potestad de SDSA frente a sus hijas y designación como su guardadora a la abuela materna ALPC?

13.1. Suspensión y terminación de la patria potestad

Las situaciones de suspensión y terminación de la patria potestad, se encuentran reguladas en los artículos 310, 311 y 315 del Código Civil. De acuerdo con tales normas, la patria potestad se suspende con respecto a cualquiera de los padres, previa decisión judicial que así lo determine, (i) por su demencia, (ii) por estar en entredicho la capacidad de administrar sus propios bienes y (iii) por su larga ausencia.

De igual manera, la patria potestad termina, también mediante pronunciamiento del juez, por las misma causales previstas para que opere la emancipación judicial (C.C. art. 315), esto es: (i) por maltrato del hijo, (ii) por haber abandonado al hijo, (iii) por depravación que los incapacite para ejercer la patria potestad, y (iv) por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año. Por virtud de lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil, en armonía con lo previsto en el artículo 119 de la Ley 1098 de 2006, les corresponde a los jueces de familia conocer de los procesos sobre pérdida, suspensión o rehabilitación de la patria potestad.

La Sala reitera que cuando los padres descuidan el cumplimiento de los deberes que tienen para con los hijos, o no ejercen en forma adecuada las atribuciones legales que les han sido reconocidas para favorecer los intereses de los menores de edad, se exponen a ser

despojados de las facultades derivadas de la patria potestad[84]. En efecto, ha de presumirse razonablemente, que quien se ha desligado de sus hijos, o no ha cumplido con el deber de alimentos[85] o ha sido sujeto activo de violencia intrafamiliar, no es en principio la persona idónea para representar y defender los intereses del hijo, y en menor medida, el llamado a beneficiarse con la administración y el usufructo de los bienes de aquél.

Por su parte, en la sentencia C-1003 de 2007, esta Corte reiteró su posición respecto de la relación entre la patria potestad y el aseguramiento de los valores constitucionales superiores reconocidos a los niños. En este sentido, declaró que el maltrato, en general, debía considerarse como causal de privación de la patria potestad.

También en la sentencia C-997 de 2004, se estimó ajustada a la Constitución, la causal de terminación definitiva de la patria potestad contenida en el numeral 4 del artículo 315 del Código Civil, "por haber sido condenados [los padres] a pena privativa de la libertad superior a un año". Lo anterior, porque se encontró que era razonable extinguir los derechos derivados de la patria potestad en aras de garantizar el interés superior del niño, a las personas que no probaran la suficiente solvencia moral, ética y social para el desarrollo integral y armónico de los niños. En aquella ocasión señaló la Corte:

"al respecto, no puede soslayarse que los padres son guías en la formación del hijo y por ende modelos de conducta a seguir por quien está consolidando su personalidad, en este sentido, sería contrario a la Carta que el Estado, eludiendo su deber de garantía efectiva de los derechos prevalentes de los niños en tanto sujetos de protección constitucional reforzada, coadyuvara el hecho de que padres que en razón de sus conductas en la sociedad han violentado bienes jurídicos protegidos por el Estado en aras de la convivencia pacífica, continuaran, sin mérito para ello, ostentando unos derechos cuya indignidad, en principio, se haría manifiesta al haber transgredido los límites últimos para la concordia social como son los establecidos en el Código Penal, y más si se tiene en cuenta que la familia es la institución básica de la sociedad (Art. 5 Superior)".

En resumidas cuentas, la privación de la patria potestad ordenada por vía judicial, busca proteger de manera efectiva a los hijos menores de edad que han sido rechazados por los padres, o que han sufrido maltrato, o que no demuestran las calidades morales necesarias

para poder cumplir los deberes asociados con esta institución.

13.2. Solución al tercer problema jurídico

13.2.1. Obligación estatal de administrar justicia con perspectiva de género. Para esta Corte es claro que el Estado Colombiano tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación ejercida contra una persona (Artículo 13 CP)[86]. En cuanto a la discriminación por razón de su sexo, se ha incorporado al ordenamiento jurídico textos normativos tendientes a la protección de los derechos de las mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado[87], en aplicación a los diferentes instrumentos internacionales que ha celebrado[88]. Con base en ellos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el Estado debe (a) garantizar a todos y todas, una vida libre de violencia y discriminación por razón del sexo; (b) prevenir y proteger a las mujeres y a las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra; e (c) investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, entre muchas otras. Esta última obligación, en esencia, dentro de nuestro ordenamiento, está en cabeza de la Rama Judicial del Poder Público y de quienes ejercen funciones jurisdiccionales; por lo que, son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento[89].

La Corte Constitucional ha reconocido que la discriminación contra la mujer hace parte de un contexto de violencia estructural contra la mujer que compromete a la administración de justicia tanto en su conocimiento y comprensión, como en su abordaje integral. De esta manera, es importante resaltar que existe una población que no accede en condiciones de igualdad a la justicia y por ende no puede llegar a los estrados judiciales por diversos motivos y que, más allá de las limitaciones económicas, es la discriminación en razón del género un factor determinante en las limitantes para el acceso a la administración de justicia. “La discriminación de género hace referencia a que no se otorga igual valor, iguales derechos, responsabilidades y oportunidades a hombres y mujeres y que a las mujeres por el hecho de serlo se les menosprecia y se les pone en desventaja en relación con los varones. El preámbulo de la CEDAW, reconoce explícitamente que ‘las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones’ y subraya que ‘la discriminación viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana’, estableciendo que ésta puede darse por distinción, exclusión o restricción; prohíbe tanto los actos que tienen la intención de hacerlo como aquellos que no teniendo la intención, ocasionan

discriminación”[90].

Por ello, esta Corporación ha desarrollado medidas diferenciales a favor de la mujer, en consideración a que los administradores de justicia en la aplicación de los principios hermenéuticos deben tener en cuenta las situaciones de discriminación y desigualdad contra la mujer, toda vez que la desigualdad histórica de la mujer es un hecho notorio que no requiere ser probado[91]. De esta manera, consciente del rol esencial que desempeñan los funcionarios en la erradicación de la violencia contra la mujer y en la subsistencia de patrones discriminatorios y estereotipos de género en el desarrollo de los procesos judiciales[92], este Tribunal ha enunciado un mínimo de condiciones para asegurar el acceso a una justicia con perspectiva de género, a saber:

“(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres”[93]. (Negrilla fuera del texto original)

Al igual que sucede con la violencia en el ámbito familiar, la generada por las instituciones es el resultado de la asimilación de estereotipos de género y de prácticas sociales que llevan inmersa una subordinación de las mujeres, por lo que se origina en un acto de discriminación.

13.2.2. Rol de la mujer cuidadora. Uno de esos aspectos en los que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado -en los escenarios personal, laboral, familiar y social- en donde por el hecho de nacer mujeres, la sociedad les atribuye la responsabilidad del

cuidado de personas dependientes, en su mayoría se ven abocadas a compatibilizar su trabajo remunerado con el cuidado de personas mayores, madre, padre, de nietas o nietos, de hijas e hijos. En este punto la Sala resalta que aquellas mujeres (i) se ocupan del cuidado de personas que necesitan ayuda -que, en ocasiones, implica fuerza física-; (ii) dan afecto y apoyo emocional y (iii) deben resolver las contradicciones que afrontan cada día.

Debido a que se ha desconocido que cuidar conlleva una carga y que implica dejar de lado parte de la vida, no se visibiliza la realidad del trabajo de las mujeres que cuidan de dependientes. Lo cual se traduce en una disparidad que conduce a la desvalorización de las mujeres y hasta en la violencia contra ellas.

En efecto, si bien el reconocimiento del trabajo de cuidado -realizado por las mujeres- tiene un importante valor simbólico fundamental para establecer criterios de justicia social, dicho reconocimiento no transforma por sí solo la realidad de las mujeres y resulta necesario una serie de medidas que permitan cambiar una situación discriminatoria e injusta para las mujeres.

13.2.3. Solución al tercer problema jurídico con enfoque diferencial de género y en aplicación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En el asunto bajo estudio, la Sala Quinta de Revisión abordará la solución del tercer problema jurídico con enfoque diferencial de género, con el fin de poner de manifiesto que se debe proteger a la agente oficioso en su rol de abuela materna al cuidado de menores de edad, ante el fallecimiento de la madre y frente a la irresponsabilidad del padre.

En efecto, la Sala ha analizado los hechos y las pruebas del caso concreto bajo una interpretación sistemática de la realidad, de manera tal que se colige lo siguiente:

· La abuela ayudó a cuidar a las niñas desde antes del fallecimiento de su madre.

· Desde la muerte de la madre y ante el abandono del padre, la abuela asumió su cuidado integral.

· Posteriormente, el padre cedió la custodia legal de sus hijas en favor de la abuela.

· El padre no demostró el cumplimiento de su deber de alimentos para con sus hijas e, incluso, recibe el pago de las mesadas pensionales a favor de aquellas, sin entregárselas o invertir en ellas.

A través de este ejercicio hermenéutico, la Sala advierte que resultaría inconstitucional reconocer el pago de dichas mesadas pensionales al señor SDSA, privilegiándolo en su rol del padre y representante legal, lo cual impondría obstáculos a las niñas para el disfrute de sus mesadas pensionales, dejándolas desprotegidas y produciendo una situación de inminente perjuicio y vulneración iusfundamental al mínimo vital y seguridad social. Consecuentemente, se justifica un trato diferencial en favor de la abuela ALPC -en su condición de titular de la custodia de sus nietas- y las niñas YMSO, SPSO y MJSO, a fin de reconocer la realidad de que las agenciadas se encuentran bajo su cuidado, residen con ella y que su padre no les aporta para su manutención, ni les ofrece amor ni cuidado.

Así las cosas, en aplicación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, pese a la existencia de medios de defensa idóneos y eficaces como es el proceso de privación y pérdida de la patria potestad, y ante el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable de las agenciadas, la Sala tomará medidas efectivas que permitan a la agente oficioso disponer de los recursos (mesadas pensionales) que corresponden a las beneficiarias, a fin de amparar los derechos fundamentales de las niñas YMSO, SPSO y MJSO.

En consecuencia, se ordenará -como medida de protección transitoria- la suspensión de la patria potestad de SDSA frente a sus hijas YMSO, SPSO y MJSO. Se precisa que esta medida de protección transitoria estará vigente hasta cuando sea proferida decisión definitiva por parte de la autoridad competente.

13.2.4. Para materializar este amparo transitorio, la Sala ordenará:

· La designación como guardadora de sus nietas YMSO, SPSO y MJSO a la señora ALPC y, en consecuencia, se le reconoce la representación legal de las mismas, mientras dure la suspensión de la patria potestad.

· El pago del 100% de la pensión de sobrevivientes se realizará a la cuenta bancaria que, para el efecto, escoja la señora ALPC, mientras tenga la representación legal de sus nietas. A medida que ellas vayan adquiriendo la mayoría de edad, podrán escoger

su propia cuenta bancaria.

· Comunicar la presente decisión al ICBF -Regional Magdalena- para que designe un defensor de familia que (i) realice el seguimiento al cumplimiento de las órdenes dadas en esta sentencia y (ii) en aplicación del artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia[94], promueva los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de las niñas YMSO, SPSO y MJSO, tales como -a manera enunciativa- el de pérdida de patria potestad, de privación de la administración de los bienes, el de designación de tutor o curador y/o de fijación de cuota alimentaria.

· Comunicar la presente decisión al ICBF -Regional Magdalena- Centro Zonal Sur, con destino al proceso de custodia en curso de la niña MJSO.

· Compulsar copias de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Delegada de Familia en Santa Marta, para lo de su competencia.

Por último, la Secretaría General de la Corte Constitucional, los jueces de instancia y las demás autoridades trasladadas adoptarán las medidas adecuadas, con el fin de guardar estricta reserva y confidencialidad en relación con el proceso y, en especial, con la identidad e intimidad de las menores de edad YMSO, SPSO y MJSO, junto con su núcleo familiar

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el fallo proferido el 14 de mayo de 2017 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta que, a su vez, confirmó la providencia del 31 de marzo de la misma anualidad dictada por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Santa Marta, dentro del expediente T-6.651.518.

En su lugar, CONCEDER la protección, como mecanismo definitivo, del derecho

fundamental a la seguridad social y, como mecanismo transitorio, del derecho al mínimo vital de las agenciadas YMSO, SPSO y MJSO.

SEGUNDO.- DECLARAR la existencia de la unión marital de hecho surgida por la convivencia entre SDSA y DMOP, entre el mes de marzo de 1999 hasta el 9 de junio de 2015.

TERCERO.- ORDENAR a AFP PORVENIR SA que, si aún no lo ha realizado, en el término de (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, deberá reconocer a favor de YMSO, SPSO y MJSO el 100% de la pensión de sobrevivientes como hijas menores y únicas beneficiarias de DMOP desde el momento de su fallecimiento y hasta que sea factible su reconocimiento legalmente, a la cuenta bancaria que, para el efecto, escoja la señora ALPC, mientras tenga la representación legal de sus nietas.

Esto implica que se otorgará a favor de las niñas YMSO, SPSO y MJSO (i) el retroactivo pensional, en lo no pagado al señor SDSA y (ii) las mesadas pensionales que se dejaron en reserva a favor de SDSA, equivalente al 50% restante de la pensión de sobrevivientes.

Parágrafo.- AUTORIZAR a AFP PORVENIR SA a compensar el pago del 50% de las mesadas recibidas por las agenciadas desde mayo de 2017.

CUARTO.- Como medida de protección transitoria, ORDENAR la suspensión de la patria potestad de SDSA frente a sus hijas YMSO, SPSO y MJSO. Se precisa que esta medida de protección transitoria estará vigente hasta cuando sea proferida decisión definitiva por parte de la autoridad competente.

QUINTO.- DESIGNAR a la señora ALPC como guardadora de sus nietas YMSO, SPSO y MJSO, mientras dure la suspensión de la patria potestad.

SEXTO.- COMUNICAR la presente decisión al ICBF -Regional Magdalena- para que designe un defensor de familia quien deberá (i) realizar el seguimiento al cumplimiento de las órdenes dadas en esta sentencia y (ii) promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de las niñas YMSO, SPSO y MJSO.

SÉPTIMO.- COMUNICAR la presente decisión al ICBF Regional Magdalena Centro Zonal Sur, con destino al proceso de custodia en curso de la niña MJSO.

OCTAVO.- COMPULSAR copias de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Delegada de Familia en Santa Marta, para lo de su competencia

NOVENO.- ADOPTAR las medidas adecuadas con el fin de guardar estricta reserva y confidencialidad en relación con el proceso y, en especial, con la identidad e intimidad de las menores de edad YMSO, SPSO y MJSO, junto con su núcleo familiar, por parte de la Secretaría General de la Corte Constitucional, los jueces de instancia y las demás autoridades trasladadas.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] El presente capítulo resume la narración hecha por las partes, así como otros elementos fácticos y jurídicos obrantes en el expediente, los cuales se consideran relevantes para comprender el caso.

[2] Ver folio 27 del cuaderno 1.

[3] Obra a folios 34 y 35 del cuaderno 1.

[4] Obra a folios 36 al 42 del cuaderno 1.

[5] Consta de 3 folios y obran a folios 46 al 42 del cuaderno 1.

[6] Consta de 6 folios y obran a folios 43 al 48 del cuaderno 1.

[7] Obra a folios 49 al 51 del cuaderno 1.

[9] Ver folio 63 del cuaderno 1.

[10] Ver folio 64 del cuaderno 1.

[11] Ver folio 69 del cuaderno 1.

[12] Ibidem.

[13] Folios 16 y 17 del cuaderno principal. En el auto de pruebas se ordenó lo siguiente:

PRIMERO.- SOLICITAR a la accionante ALPC que INFORME, con destino al expediente de la referencia, lo siguiente:

1. Sobre su situación económica actual, específicamente:

· ¿De qué actividad económica deriva sus ingresos? Si tiene algún tipo de vinculación laboral, indicando el correspondiente empleador. Si su respuesta es afirmativa, señale el monto mensual de sus ingresos.

· Si su anterior respuesta es negativa, indique cuál es la fuente de sus ingresos.

· Si es dueña de bienes muebles o inmuebles, indicando, en caso positivo, cuál es su valor y la renta que pueda derivar de ellos.

· Si tiene personas a cargo, indicando quiénes y cuántos.

· Señale la relación de gastos mensuales por todo concepto (alimentación, educación, vestuario, salud, recreación, etc.).

2. ¿Cuál es su estado de salud? en caso de presentar alguna enfermedad o condición,

anexar copia de historia clínica. ¿En qué régimen de seguridad social en salud y a través de cuál EPS se encuentra afiliada?

3. Si ha iniciado el trámite y procedimiento jurisdiccional para obtener su designación como guardador o curadora (representación legal) de sus nietas JM, SP y MJ.

4. Explique detalladamente la situación de custodia y cuidado de sus nietas JM, SP y MJ. ¿Quién solventa sus gastos? ¿En qué régimen de seguridad social en salud y a través de cuál EPS se encuentran afiliadas?

5. Describa el tiempo de convivencia de su hija DMOP con SDSA, precisando los extremos de convivencia (desde-hasta); deberá hacer referencia a su declaración juramentada rendida el 12 de mayo de 2016 ante la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta.

SEGUNDO.- SOLICITAR al AFP PORVENIR SA que INFORME, con destino al expediente de la referencia, el estado actual de la solicitud y reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la causante DMOP (fallecida 29-07-2015); precisando el monto reconocido, los beneficiarios, desde qué fecha fue reconocida y pagada. Adicionalmente, deberá remitir a esta Corporación la documentación que soporte sus respuestas al presente requerimiento.

TERCERO.- SOLICITAR al vinculado SDSA que INFORME, con destino al expediente de la referencia, lo siguiente:

1. Sobre su situación económica actual, específicamente:

· ¿De qué actividad económica deriva sus ingresos? Si tiene algún tipo de vinculación laboral, indicando el correspondiente empleador. Si su respuesta es afirmativa, señale el monto mensual de sus ingresos.

· Si su anterior respuesta es negativa, indique cuál es la fuente de sus ingresos.

· Si es dueño de bienes muebles o inmuebles, indicando, en caso positivo, cuál es su valor y la renta que pueda derivar de ellos.

· Si tiene personas a cargo, indicando quiénes y cuántos.

· Señale la relación de gastos mensuales por todo concepto (alimentación, educación, vestuario, salud, recreación, etc.).

2. ¿Cuál es su estado de salud? en caso de presentar alguna enfermedad o condición, anexar copia de historia clínica. ¿En qué régimen de seguridad social en salud y a través de cuál EPS se encuentra afiliado?

3. Sobre su convivencia con la causante DMOP, deberá indicar los extremos de convivencia (desde-hasta). En caso de haber estado haciendo vida marital con la causante hasta su muerte, deberá acreditarlo.

4. ¿Cuáles fueron las circunstancias que originaron la convocatoria a conciliación con DMOP?, según constancia de no acuerdo conciliatorio de fecha 10 de junio de 2015.

5. Indique el estado actual del proceso de existencia y disolución de la unión marital de hecho con la decujus DMOP, instaurado ante el Juzgado Segundo de Familia en oralidad de Santa Marta (Magdalena).

6. Explique detalladamente la situación de custodia y cuidado de sus hijas JM, SP y MJ. ¿Quién solventa sus gastos? ¿En qué régimen de seguridad social en salud y a través de cuál EPS se encuentran afiliadas?

[14] CUARTO.- SOLICITAR al Juzgado Segundo de Familia en oralidad de Santa Marta (Magdalena) que INFORME el estado actual de las actuaciones surtidas en el proceso verbal de declaratoria de unión marital de hecho y reconocimiento de sociedad patrimonial de hecho, con radicado 47001-31-10-002-2016-00485-00.

QUINTO.- SOLICITAR a la Fiscalía General de la Nación que INFORME el estado actual de la investigación del caso con radicado 47-001-60-99101-2017-02200.

[15] SEXTO.- SOLICITAR al ICBF -Regional Magdalena- que realice un ESTUDIO SOCIO FAMILIAR a las niñas JM, SP y MJ, residentes en la Calle 46A #19-95, Barrio Las Acacias, Santa Marta (Magdalena), e INFORME su resultado, precisando las condiciones de su hogar, la valoración de su entorno familiar y su situación económica.

[16] Obra a folio 27 del cuaderno principal.

[17] Obra a folios 27 al 114 del cuaderno principal.

[18] Obra a folio 115 del cuaderno principal.

[19] Obran a folios 123 y 133 del cuaderno principal, respectivamente.

[20] Escritos recibidos por correo electrónico y original, obran a folios 124-127 y 134-137 del cuaderno principal.

[21] Obran a folios 143 y 170 del cuaderno principal, respectivamente.

[22] Escritos recibidos por correo electrónico y en original, obran a folios 144-169 y 171-196 del cuaderno principal.

[23] Obra a folio 206 del cuaderno principal.

[24] Obra a folios 207 al 215 del cuaderno principal. El referido concepto de la trabajadora social concluye que las hermanas agenciadas "presentan factores de generatividad en el medio familiar extenso a cargo de la abuela materna, la señora ALPC, quien ejerce su custodia y cuidado personal, garantizándoles los derechos fundamentales".

[25] Ver sentencias T-056 de 2015, T-029 de 2016 y T-635 de 2017.

[26] Ver sentencia T-044 de 1996.

[27] Sentencia C-145 de 2010.

[28] Sentencia T-498 de 1994.

[29] Sentencia T-736 de 2017. "Esta facultad que tienen quienes ejercen la patria potestad está compuesta, en lo que respecta a la agencia oficiosa, de dos elementos definidos. En primer lugar, los padres y guardadores deben actuar, respecto de los derechos de acción de los niños y niñas, basados en el principio de beneficencia y bajo el cumplimiento del mandato de primacía del interés superior del menor. Por ende, resulta obligatorio que quienes ejercen la patria potestad adelanten, en nombre del niño, las acciones judiciales y

administrativas que resulten necesarias y pertinentes para la protección de las garantías constitucionales. En segundo lugar, el ejercicio de la patria potestad también confiere un margen de apreciación a padres y guardadores, en lo que respecta a la decisión sobre cuándo es necesario hacer uso de los mecanismos judiciales y administrativo en nombre del menor. En ese sentido, corresponderá a quien ejerce la patria potestad evaluar si existen otras alternativas más simples o expeditas de eficacia de los derechos interferidos, previa al uso de recursos judiciales o administrativos".

[30] Sentencia T-736 de 2017. "A este respecto, debe insistirse en que los padres y guardadores son titulares de un margen de apreciación en lo que respecta al ejercicio de acciones judiciales o administrativas en nombre de los menores de edad. Por ende, el agente oficioso devendrá su actuación legítima no solo cuando se demuestre que quien ejerce la patria potestad se niega a formular la respectiva acción, sino que también debe estarse ante un escenario de vulneración cierta y grave de los derechos constitucionales de los niños y niñas, que requiere además la atención urgente de los mismos, so pena de que se configura un perjuicio irremediable".

[31] Según poder que reposa en el expediente, visible a folio 1 del cuaderno 1.

[32] Sentencia C-134 de 1994 "Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental". Ver sentencia C-378 de 2010. "Son tres las hipótesis previstas por el Constituyente respecto de la procedencia de la acción de tutela en el caso de acciones u omisiones de particulares, a saber: a) Cuando el particular presta un servicio público; b) Cuando la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; y c) Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular."

[33] Ver folio 42 del cuaderno principal.

[34] Ver, entre otras, sentencias T-119, T-250, T-446, T-548 y T-317 de 2015. Cfr. la Sentencia T-708 de 2017.

[35] Acerca del perjuicio irremediable, esta Corte ha señalado que, debe reunir ciertos requisitos para que torne procedente la acción de tutela, a saber: "(i) que se trate de un

hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables".

[37] Estas reglas fueron reiteradas en la sentencia SU-588 de 2016.

[38] Esta Corporación en su jurisprudencia ha desarrollado el concepto de perjuicio irremediable y ha establecido que para su configuración se requiere la concurrencia de los elementos de gravedad, inminencia, urgencia e impostergabilidad. En cuanto a la gravedad, se ha determinado que esta sucede cuando la vulneración de los derechos fundamentales es mayúscula y ocasiona un menoscabo o detrimento de esa misma proporción; la inminencia ocurre cuando el daño está por suceder en un término de tiempo corto, por lo cual es necesario que el Juez intervenga de inmediato; frente a la urgencia, se ha referido que se identifica con la necesidad apremiante de algo que resulta necesario y sin lo cual se ven amenazadas garantías constitucionales, lo que lleva a que una cosa se ejecute pronto para evitar el daño y, por último, respecto de la impostergabilidad se ha dicho que la misma se determina dependiendo de la urgencia y gravedad de la situación, por tanto si se somete a la persona a agotar los mecanismos ordinarios, los mismos serán ineficaces.

[39] Sentencia T-308 de 2016.

[40] Estos requisitos fueron sistematizados por la Corte en la sentencia T-634 de 2002 reiterada, entre otras, por las sentencias T-050 de 2004, T-159 de 2005 y T-079 de 2016.

[41] 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.

[42] 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.

[43] Sentencia C-002 de 1999 y SU-428 de 2016. Citada en la Sentencia T-122 de 2017.

[44] Sentencia C-451 de 2005 y T-597 de 2017.

[45] Sentencia T-972 de 2016.

[46] Extracto de la Sentencia del 29 de febrero de 2016 proferida por el Consejo de Estado (Referencia 1858-2008) al ocuparse de un caso en el que la pareja sentimental de un pensionado fallecido reclamaba la sustitución pensional.

[47] Concepto 112 del 23 de agosto de 2013 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, radicado 10400/1759025739. Fuente: Archivo interno entidad emisora, revisado en https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ concepto_icbf_0000112_2013.htm

[48] Sentencia C-1003 de 2007.

[49] Sentencia C-145 de 2010.

[50] C-145 de 2010, citada en la Sentencia C-727 de 2015. La sentencia C-1003 de 2007 describió de la siguiente manera las características dela patria potestad: “Se aplica exclusivamente como un régimen de protección a hijos menores no emancipados; Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio; Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio; Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita; Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres; La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre”.

[51] Se refiere a padres y madres, en el marco de cualquier forma de familia protegida constitucionalmente, en el sentido de lo dispuesto en las sentencias C-577 de 2011, SU-617 de 2014, C-071 de 2015, C-683 de 2015, SU-2014 de 2016 y C-262 de 2016.

[52] Concepto 112 del 23 de agosto de 2013 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, radicado 10400/1759025739. Fuente: Archivo interno entidad emisora, revisado en https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ concepto_icbf_0000112_2013.htm

[53] ARTÍCULO 253 CRIANZA Y EDUCACION DE LOS HIJOS. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

[54] Cfr. Sentencia T-510 de 2003.

[55] Dicho acuerdo entre las partes podrá intentarse ante el comisario o el defensor de familia, centro de conciliación, conciliador en equidad o defensoría del pueblo, solicitando el inicio de un trámite de conciliación. A falta de las anteriores autoridades en el municipio, se podrá acudir al personero municipal.

[56] Ver folio 16 del cuaderno 1.

[57] Ver folio 8 del cuaderno 1.

[58] Ver folio 11 del cuaderno 1.

[59] Ver folio 42 del cuaderno principal.

[60] Ver folio 41 del cuaderno 1.

[61] Ver folio 43 del cuaderno principal. En dicho informe se consignó que la información fue confirmada por entrevista telefónica con el hermano, la madre y dos amigos de la afiliada.

[62] Ver folio 21 del cuaderno 1.

[63] En el Auto de pruebas de 17 de mayo de 2018, se ordenó "SOLICITAR al AFP PORVENIR SA que INFORME, con destino al expediente de la referencia, el estado actual de la solicitud

y reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la causante DMOP (fallecida 29-07-2015); precisando el monto reconocido, los beneficiarios, desde qué fecha fue reconocida y pagada. Adicionalmente, deberá remitir a esta Corporación la documentación que soporte sus respuestas al presente requerimiento".

[64] Ver folio 2 del cuaderno 1.

[65] Ver folio 11 del cuaderno 1.

[66] Ver folio 22 del cuaderno 1.

[67] Ver folio 26 del cuaderno 1.

[68] Ver folio 172 del cuaderno principal.

[69] Ver folio 17 del cuaderno 1.

[70] Ver folio 43 del cuaderno principal.

[71] Ver folios 172 y 173 del cuaderno principal.

[72] CGP. "ARTÍCULO 94. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. (…)".

En este caso, se verificó el cumplimiento de la interrupción de la prescripción, con la notificación del auto del 29 de septiembre de 2016, a las demandadas (aquí agenciadas) mediante el defensor de familia, el 28 de octubre de 2016, y mediante Curador AdLitem, el 18 de abril de 2017, y la vinculada (aquí agente oficioso) el 15 de febrero de 2017.

[73] Ley 979 de 2005. ARTÍCULO 3º. El artículo 5º de la Ley 54 de 1990, quedará así:

Artículo 5º. La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve por los siguientes hechos:

1. Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a Escritura Pública ante Notario.

2. De común acuerdo entre compañeros permanentes, mediante acta suscrita ante un Centro de Conciliación legalmente reconocido.

3. Por Sentencia Judicial.

4. Por la muerte de uno o ambos compañeros.

[74] Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en la Sentencia STC-1163, con radicado 11001020300020140015300 del 6 de febrero de 2014; Sentencia con radicado 20020019701 del 11 marzo de 2009; Sentencia SC-7019-2014 con radicado 08001-31-10-006-2002-00487-01 del 13 de junio de 2014; y Sentencia SC1131-2016 con radicado 88001-31-84-001-2009-00443-01 del 5 de febrero de 2016, entre otras.

[75] Ley 979 de 2005. ARTÍCULO 2º. El artículo 4º. de la Ley 54 de 1990, quedará así:

Artículo 4º. La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.

2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.

[76] Ver folio 16 del cuaderno 1.

[77] Ver folios 182 y 183 del cuaderno principal.

[78] Ver folio 43 del cuaderno principal.

[79] Ver folio 189 del cuaderno principal.

[80] Ver folio 109 del cuaderno principal.

[81] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de agosto de 2013,

7300131100042008-00084-02.

[82] De conformidad con el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, se denomina unión marital de hecho a la unión formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular; en este mismo sentido, se denomina compañero y compañera permanente al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

[83] Ver el literal c). del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

[84] Extracto de la Sentencia C-262 de 2016.

[85] Sentencia C-727 de 2015. El derecho a los alimentos de los hijos menores de edad, es una de las obligaciones que se desprenden de los deberes paterno-filiales establecidos en la ley, y consiste en la obligación de los padres de garantizar el sostenimiento y la educación de sus hijos.

Acorde con lo anterior, el artículo 413 del Código Civil prevé que los alimentos, comprenden la obligación de proporcionar a los niños el sustento, la enseñanza primaria y alguna profesión u oficio.

Por su parte, el Código de Infancia Adolescencia, dispone en su artículo 24 que los alimentos incluyen todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor de edad.

[86] Según el artículo 13 de la Corte Constitucional, todas las personas son libres e iguales ante la ley, por ende, susceptibles de recibir protección y trato equitativo por parte de todas las autoridades y de gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ningún tipo de distinción o segregación por motivos de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Específicamente, frente a la igualdad entre mujeres y hombres, el artículo 43 Superior, establece ecuanimidad de derechos y oportunidades, y proscribe expresamente cualquier tipo de discriminación contra la mujer.

[87] A nivel legal se han expedido variedad de leyes que buscan, desde diversos puntos de vista, eliminar la brecha histórica y cultural que existe en el país entre hombres y mujeres. Así se han adoptado medidas legislativas y jurisprudenciales en temas económicos, laborales y de protección a la maternidad, de acceso a cargos públicos, de libertades sexuales y reproductivas, de igualdad de oportunidades, entre muchas otras. Por supuesto, también se encuentra legislación referente a la violencia contra la mujer y las formas para combatirla. Consultar, entre otras, las Leyes 82 de 1993, 294 de 1996, 731 de 2002, 823 de 2003, 1009 de 2006, 1142 de 2007, 1257 de 2008, 1542 de 2012, 1639 de 2013 y 1719 de 2014.

[88] Los tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia hacen parte integrante del ordenamiento jurídico interno y deben ser utilizados como fundamentos normativos para proteger a las mujeres de cualquier tipo de discriminación o violencia a nivel nacional, con fundamento en el artículo 93 superior que establece el bloque de constitucionalidad. Consultar: *Objetivos de desarrollo del Milenio – Compromiso de los 189 Estados Miembros de las Naciones Unidas para el año 2015, www.un.org/millenniumgoals; *Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Resolución 1325 de 2000 – Aprobada por el Consejo de Seguridad en su sesión 4213ª, celebrada el 31 de octubre de 2000; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999 y abierta a la firma el 10 de diciembre de 1999; *Cuarta Conferencia Mundial Sobre La Mujer, Beijing, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995; *"Convención de Belem Do Para" Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, del 9 de junio de 1994, en Belem do Para, Brasil; *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer – Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993; *"Protocolo de San Salvador" Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General;*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979; *Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" – Suscrita en la Conferencia

Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966; *Declaración Universal de Derechos Humanos – Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

[89] Extracto de la Sentencia T-967 de 2014. Cfr. Sentencia T-652 de 2016.

[90] Recomendación General No.25 del Comité de la CEDAW, párrafos 7 y 8. Fuente: http://www.mdgfund.org/sites/default /files/GEN_ESTUDIOColombiacriterios%20equidad%20para%20el%20sector%20Justicia.pdf

[91] Cfr. Sentencia T-590 de 2017 y Sentencia T-012 de 2016 “En esa medida, entonces, esta Corte ha reconocido distintos derechos y ha incorporado nuevos parámetros de análisis en favor de las mujeres, bien sea como una manifestación del derecho a la igualdad o a través del establecimiento de acciones afirmativas y medidas de protección especial. Entre ellas: //- Declaró constitucional el sistema de cuotas para garantizar la participación de la mujer en la vida política y pública del Estado;//- Prohibió la utilización del género como factor exclusivo o predominante para decidir el ingreso al trabajo y ha protegido el derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando una mujer quiere desempeñar oficios tradicionalmente desarrollados por hombres; //- Ha establecido la igualdad de protección entre niñas y niños en relación con el matrimonio precoz; //- Ha garantizado la atención en salud durante el embarazo y después del parto a todas las mujeres y a todos los niños menores de un año, sin periodos de espera y sin diferenciar entre regímenes de afiliación; //- Consideró que la norma del Código Civil que declaraba nulo el matrimonio entre ´la mujer adúltera y su cómplice´, pero no asignaba la misma consecuencia civil para el hombre, perpetuaba ´la histórica discriminación que ha sufrido la mujer, al reproducir un esquema patriarcal en el que el hombre debía gozar de mayores prerrogativas y reconocimiento`. //- Determinó la inconstitucionalidad de la norma que imponía a la mujer la condición de

permanecer en estado de soltería o de viudedad, so pena de perder asignación testamentaria. (…)`”.

[92] Sentencia T-145 de 2017.

[93] Sentencia T-012 de 2016, reiterada en la Sentencia T-027 de 2017.

[94] Código de Infancia y Adolescencia. ARTÍCULO 82. FUNCIONES DEL DEFENSOR DE FAMILIA. Corresponde al Defensor de Familia: (…)

11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.