

Sentencia T-419/21

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES-
Improcedencia por no cumplirse requisito de subsidiariedad/ACCION DE TUTELA-
Improcedencia sobre asuntos que requieran debate judicial sometido a plenitud de garantías

(...) el requisito de subsidiariedad debe tener en cuenta el grado de certeza que ofrece la solicitud frente a la posible titularidad del derecho reclamado. En el evento en que el asunto comporte un debate probatorio cuya envergadura e intensidad trascienda el carácter ágil y sumario del procedimiento de tutela, es deber del juez constitucional declarar su improcedencia, para que el caso sea resuelto a través de los mecanismos ordinarios con los que cuenta el accionante.

DECLARATORIA DEL CONTRATO REALIDAD-Improcedencia de tutela cuando el juez no tiene certeza de la existencia de un contrato realidad

Referencia: Expediente T-8.077.347

Acción de tutela presentada por Yolanda Ávila Vargas en representación de Samuel David Castellanos Cárdenas en contra de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, Procuraduría Judicial para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de Villavicencio y la Defensoría de la Familia ICBF (Regional Meta)

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, el 23 de noviembre de 2020, que revocó el proferido por el Juzgado 8 Civil

Municipal de Villavicencio, el 15 de octubre de 2020, dentro de la presente acción de tutela¹.

I. ANTECEDENTES

Hechos²

1. Samuel David Castellanos Cárdenas nació el 25 de julio de 2009³ y es hijo de Carlos Julio Castellanos Ávila, hijo de la accionante, quien falleció el 24 de febrero de 2018⁴ como consecuencia de un accidente de tránsito. A la fecha de su muerte ambos vivían con Yolanda Ávila Vargas y el cuidado del niño estaba a cargo del padre, pues su progenitora nunca se hizo cargo.

1. Mediante sentencia de 3 de julio de 2019, el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Acacías (Meta) designó como guardadora a la accionante⁵, dentro del proceso de privación de la patria potestad iniciado como consecuencia del fallecimiento de su nieto y el desconocimiento del paradero de la madre del niño.

1. Carlos Julio Castellanos Ávila trabajó como auxiliar de construcción, auxiliar de bodega, entre otros, desde diciembre de 2003, estando afiliado a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

1. Según la manifestación de la solicitante, el padre fallecido laboraba para el señor Jaime Bautista Castro.

1. El 17 de julio de 2019 Protección S.A. le entregó la historia laboral de su hijo, en la que constaban 450.14 semanas en total y 47.19 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a su muerte⁶. Sobre ese último periodo refirió las siguientes semanas:

Periodo

Días cotizados

2015-02

2015-10

1

2015-10

1

2016-11

27

2016-12

30

2017-01

30

2017-02

30

2017-03

30

2017-04

30

2017-06

29

2017-07

30

2017-08

30

2017-09

30

2017-11

2

1. El 16 de agosto de 2019, el señor Jaime Bautista Castro solicitó a Protección S.A. la liquidación de aportes de pensión entre el 17 de enero y el 24 de febrero de 20187. El fondo, el 1 de octubre de ese año, declaró improcedente la realización del cálculo actuarial, en tanto “sobrevino el hecho que da lugar al estudio de la pensión de sobrevivientes, es decir, sobrevino la muerte del afiliado”. Explicó que “es fundamental que antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del riesgo, la AFP hubiera recibido los aportes por concepto de aportes pensionales”⁸. El 4 de marzo de 2020, el señor Bautista pidió nuevamente la liquidación de los aportes. Sostuvo que la falta de cotización obedeció a “la tardanza y entorpecimiento administrativo, (...) pues (...) en una primera solicitud [le] fue negado lo que pedía en igual sentido”. Aclaró que la ley indica que se deben pagar los aportes hasta que el empleado acceda a la pensión, situación que no impide al empleador cancelar los aportes causados por la prestación de los servicios. Para el efecto, citó los artículos 13, 22, 23 y 24 de la Ley 100 de 19939.

1. El 14 de agosto de 2019, la accionante solicitó a Protección S.A. el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del menor de edad¹⁰. Ella fue negada, el 26 de mayo de 2020¹¹, puesto que el causante reunió 42.86 semanas en los 3 años anteriores a su fallecimiento y no 50 semanas, como lo exige el artículo 12 de la Ley 797 de 2003¹².

1. La accionante, el 8 de julio de 2020¹³, pidió que se corrigiera la historia laboral de su hijo, puesto que en la historia laboral expedida por el fondo de pensiones el 17 de julio de 2019 fueron reportadas 47.19 semanas cotizadas en los 3 años antes del fallecimiento y en la negativa de la pensión se reportan 42.86 semanas. Además, que se incluyeran los aportes de los meses de enero y febrero de 2018, pagados por el señor Jaime Bautista Castro, reportados el 24 de abril de 2020¹⁴ y que se entregara la copia de la historia laboral actualizada.

1. El 13 de agosto de 2020, Protección S.A. confirmó la decisión anterior. Sostuvo que no se podía tener en cuenta el periodo de febrero de 2018, debido a que el pago fue realizado el 24 de abril de 2020.

“los pagos realizados de manera posterior al fallecimiento no son tenidos en cuenta dentro del cálculo de la cobertura de las 50 semanas, toda vez que estos se cancelaron de manera extemporánea y no está contemplado dentro de la Cobertura del Seguro Provisional, lo cual afecta el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes. || Al realizar los aportes a tiempo, generan a la vez cobertura de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, pues en caso de no efectuarse el pago en el tiempo indicado por la ley, se verá suspendido el reconocimiento del Seguro Provisional por la Aseguradora responsable del mismo”¹⁵

Después de aclarar que el periodo de 2018 no podía tenerse en cuenta por esas razones, relacionó las semanas cotizadas en los 3 años antes del fallecimiento, así:

Periodo

Sin febrero de 2018

Con febrero de 2018

2015-02

1

1

2015-10

2

2016-11

27

27

2016-12

30

30

2017-01

30

30

2017-02

30

30

2017-03

30

30

2017-04

30

30

2017-06

29

29

2017-07

30

30

2017-08

30

30

2017-09

30

30

2017-11

2

2

2018-02

30

Días

300

331

Semanas

42.86

47.26

Indicó que procedería la devolución de saldos, incluyendo el periodo de febrero de 2018. Además, anexó historia laboral en la que consta que el causante tiene “8.58 semanas en revisión por ate (sic) de protección”¹⁶.

1. Manifestó que su núcleo familiar depende de la pensión de su esposo, de 84 años, de \$1.732.694. De ella se deduce una cuota mensual por parte del Banco de Bogotá por \$681.288 y los aportes por salud, quedando un saldo de 878.10617. Con ese ingreso deben cubrir el canon mensual de arriendo, los servicios públicos, la alimentación, los gastos adicionales de salud no cubiertos por la EPS y los gastos de educación y recreación del menor de edad. La accionante tiene 57 años y cuenta con quinto grado de primaria de escolaridad, lo que le impide encontrar empleo. Además, sufre de hipertensión arterial y diabetes y debe dedicarse al cuidado de su esposo y su nieto.

Solicitud de tutela

1. A juicio de la actora, Protección S.A. vulneró el derecho fundamental a la seguridad social

de su nieto, porque se ha negado a reconocer la pensión de sobrevivientes a la que este tiene derecho. Explicó que i) la demora en la cotización de los periodos de enero y febrero de 2018 obedeció a la falta de respuesta sobre la forma en que debían ser cotizados; y ii) de conformidad con la última historia laboral entregada cumpliría con el requisito de semanas en los últimos 3 años, porque se indica que sin contar el periodo de febrero de 2018 cuenta con 42.86 semanas y contándolo con 47.29, además que hay 8 semanas en revisión. Sumándolas en cualquiera de esos escenarios reuniría las 50 semanas exigidas; iii) el sustento de su nieto dependía del salario de su fallecido padre, pues su madre lo abandonó “tan pronto nació”.

Respuesta de la entidad accionada

1. El 15 de octubre de 2020, Protección S.A. pidió negar la tutela, en tanto la negativa de la prestación se fundamentó en la aplicación del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que exige la cotización de al menos 50 semanas en los 3 años previos a la muerte del causante. Aclaró que las semanas a las que hace referencia la tutela fueron contribuidas con posterioridad a la fecha de fallecimiento del causante, en contravía de la normativa vigente. Esos aportes no pueden ser tenidos en cuenta para el cálculo de las semanas exigidas, ya que no existe una norma que “permita efectuar aportes para el reconocimiento de prestaciones económicas con efectos retroactivos”. Explicó que en Concepto 36193 de 2015 el Ministerio del Trabajo, al referirse a la pensión de invalidez, sostuvo que los aportes a tener en cuenta debían cotizarse antes de la estructuración de la pérdida de capacidad. En tanto los requisitos se deben corroborar al momento de esa estructuración, no es posible tener en cuenta los cotizados con posterioridad a ella.

Manifestó que no resultaba aplicable el principio de la condición más beneficiosa, puesto que no acreditaba 26 semanas en el último año antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, esto es el 29 de enero de 2003, para que le fuera aplicada la Ley 100 de 1993 en su versión inicial. Para esa fecha no tenía cotizaciones, ya que su vinculación inicial al Sistema General de Pensiones fue a partir de diciembre de 2003. Tampoco cumpliría con el requisito de semanas de cotizaciones del Decreto 758 de 1990, que exige 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez o muerte, o 300 semanas en cualquier

época, si ella pudiera ser aplicada al caso.

Por lo anterior, no es posible reconocer la pensión porque no se cumplió con el requisito mínimo de semanas bajo ninguna norma y no se vulneró derecho fundamental alguno. De ordenar la prestación, se afectaría la sostenibilidad del sistema, porque no existiría un requisito objetivo de acceso y cualquier persona que cotice siquiera una semana al sistema podría reclamar la protección de su derecho a la igualdad y pedir que le fuera reconocida en iguales términos.

1. El 15 de octubre de 2020, la Procuraduría 30 Judicial para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia, la Familia y las Mujeres sostuvo que el juez de tutela estaba llamado a analizar de fondo el asunto, en tanto la pensión solicitada buscaba asegurar el sostenimiento de un menor de edad que no contó con el cuidado de su progenitora y perdió a su padre a una temprana edad. Además, que su núcleo familiar, compuesto por sus abuelos adultos mayores, solo contaba con una fuente de ingreso, que no resultaba suficiente.

Indicó que, al analizar el cumplimiento del requisito de densidad de cotizaciones, debía tenerse en cuenta la subregla de la sentencia SU-005 de 2018, según la cual “(i) la falta de pago de los aportes a la seguridad social por parte del empleador, (ii) el pago extemporáneo de los aportes pensionales en mora, y/o (iii) la negligencia de los fondos administradores de pensiones en el uso de las herramientas de cobro, no son argumentos constitucionalmente válidos para negar el reconocimiento y pago de una prestación pensional”. Agregó que debía verificarse si el fondo de pensiones ya había resuelto sobre las 8.58 semanas en revisión, puesto que ellas podrían ser determinantes para acceder al derecho. Finalmente, recordó que la Corte Constitucional ha indicado que hay lugar a reconocer una pensión cuando falten muy pocas semanas, cuando la situación particular del solicitante lo amerite para asegurar justicia material y el goce efectivo de derechos fundamentales, según la sentencia T-503 de 2017. Situación que ocurría en el presente caso.

1. El 15 de octubre de 2020, el ICBF indicó que la Defensoría de Familia realizó visita de verificación de derechos del niño, encontrando que: “sus referentes afectivos son los abuelos

paternos quien han garantizado la estabilidad emocional, económica del niño; existen lazos afectivos fuertes, (...) está vinculado a régimen de seguridad social e institución educativa y se observa que no cuenta con vulneración de alguno de sus derechos.” Pidió la desvinculación del instituto debido a que el caso se refiere a un reconocimiento pensional que no tiene relación misional con sus funciones. Y que se evidenció la protección y garantía de los derechos fundamentales del menor de edad, situación que no hace necesaria la intervención de la entidad.

Decisión judicial objeto de revisión

1. El 15 de octubre de 2020, el Juzgado 8 Civil Municipal de Villavicencio consideró que la tutela resultaba procedente, debido a que la demora en el reconocimiento pensional podría generar un perjuicio irremediable, por las condiciones económicas del núcleo familiar del niño y la finalidad de la prestación. Después de hacer un recuento de las solicitudes de la actora y las respuestas de Protección S.A., el juez indicó que había varias inconsistencias en la historia laboral del causante, en particular en las diferentes versiones entregadas por la actora. De un lado, en una se reconocía el mes de febrero de 2018 y en otra, no. Además, en una se contaban dos días en octubre de 2015 y en otra solo un día.

Destacó que, a pesar de que en una de las historias se indica “semanas en revisión por parte de Protección: 8.58 semanas, (las semanas reportadas serán notificadas cuando Protección haya validado la información)”, no existe prueba de que esa validación haya ocurrido habiendo transcurrido dos meses. Protección S.A. tampoco hizo referencia a ese aparte ni aclaró la razón de la diferencia en el número de semanas cotizadas, pudiendo concluirse que se asintió lo allí manifestado. Sostuvo que:

“(…) en la historia laboral impresa el 13 de agosto de 2020, en lo concerniente al año 2018, aparecen dos ítems sin aprobar, esto es, los días cotizados de enero y febrero de 2018, que suman 27, y seguidamente aparecen aprobados 30 días en el periodo de febrero de 2018, lo que da a entender que acepta dicho pago y como consecuencias de ello dichos días cotizados deben ser tenidos en cuenta para ser contabilizados para acceder a la prestación solicitada”.

Afirmó, de igual manera, que la Corte Constitucional ha indicado que ni la falta de pago de los aportes a la seguridad social por parte del empleador, ni el pago extemporáneo de los aportes pensionales en mora, ni la negligencia de los fondos administradores de pensiones en el uso de las herramientas de cobro son argumentos constitucionalmente válidos para negar el reconocimiento y pago de una prestación pensional. Ante la falta de claridad sobre si las 8.58 semanas en revisión se refieren a periodos que deberían ser contabilizados para el reconocimiento, el juzgado ordenó tener en cuenta los días cotizados en febrero de 2018.

Por ello, protegió los derechos fundamentales del menor de edad y ordenó a Protección S.A. que, en el término de 5 días revisara la historia laboral del padre del accionante, “incluyendo las [semanas] del mes de febrero de 2018 y las 8.58 semanas allí referidas como en revisión por parte de ese Administradora y de las que nada dijo al contestar la tutela, siendo su deber haber resuelto lo pertinente”. En consecuencia, una vez corregida la historia laboral, ordenó reconocer la pensión de sobrevivientes y hacer efectivo su pago en un término máximo de 45 días.

Impugnación

1. El 21 de octubre de 2020, el representante legal de Protección S.A. impugnó la decisión. Reiteró los argumentos expresados en la contestación. Agregó sobre las 8.59 semanas en revisión que ellas hacían referencia a los periodos de enero y febrero de 2018. Ellos

“fueron solicitados por la accionante para su reconstrucción dentro de la solicitud de sobrevivencia y que ella indica que fueron laborados por el afiliado fallecido para el empleador Jaime Bautista Castro 93292499, sin embargo para estos periodos no existe relación laboral creada en el sistema, por lo anterior esta administradora le solicitó a la accionante que suministrara documentación probatoria que demostrara dicha relación laboral, sin que a la fecha fuera allegada, razón por la cual se procedió a dar por finalizada la reconstrucción, sin tener en cuenta estos dos periodos.(...) Lo antes expuesto le será aclarado a la accionante mediante una comunicación que le enviará esta administradora”. (negrillas fuera del texto original)

Advirtió que considerar que los aportes realizados con posterioridad a la fecha del

fallecimiento deben ser tenidos en cuenta para el pago de prestaciones económicas de la seguridad social abriría una puerta para que se reconozcan pensiones, sin que exista una verdadera relación laboral y sacando provecho injustificado del Sistema de Pensiones. Por tanto, el mecanismo de pago de aportes debe ser utilizado observando el principio de buena fe y transparencia, acorde con la situación fáctica real.

Mencionó que el artículo 53 del Decreto 1406 de 1999 impide que los periodos extemporáneos sean tenidos en cuenta y, por tanto, puedan pagarse, a saber:

“Artículo 53. Imputación de Pagos en los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones. (...) “Cuando el período declarado corresponda a obligaciones en mora para el riesgo de pensiones, podrá efectuarse el pago correspondiente a dichas obligaciones, siempre y cuando no hubiere tenido lugar el siniestro que daría lugar al pago de prestaciones de invalidez o sobrevivencia.”

1. El 23 de noviembre de 2020, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio revocó la anterior decisión. Sostuvo que correspondía a la actora demostrar el vínculo laboral dentro del cual se hicieron los aportes de los meses de enero y febrero de 2018. Una vez probada esa relación, debía solicitar nuevamente el reconocimiento pensional. Atendiendo a que no cumplió con su deber probatorio dentro del trámite administrativo, consideró incumplido el requisito de agotamiento de todos los medios ordinarios para acceder a la pensión.

1. Por lo anterior, declaró improcedente la tutela y advirtió que la disputa debía ser dirimida en sede de la jurisdicción ordinaria. Descartó la procedencia del amparo como mecanismo transitorio, en tanto se cuestionan cotizaciones extemporáneas que hasta el momento no tienen sustento de un vínculo laboral y que, aun tomando la historia laboral más favorable en desarrollo del principio de confianza legítima, las semanas cotizadas no son suficientes para declarar la existencia del derecho.

Actuaciones en sede de revisión

1. El 25 de mayo de 2021 la accionante remitió copia de la historia laboral emitida por Protección S.A. el 17 de julio de 2019.

1. Mediante auto de 25 de mayo de 2021, el magistrado sustanciador pidió a Protección S.A. que explicara i) las cotizaciones efectuadas por el empleador del causante al momento de su muerte, y ii) las 8.58 semanas en revisión señaladas en la historia laboral generada el 13 de agosto de 2020.

1. El 31 de mayo de 2021, Protección S.A. respondió reiterando los argumentos expuestos antes. Agregó que allegó comunicación a la actora el 21 de octubre de 2020. En ella indicó que las 8.59 semanas en revisión obedecen al periodo de enero y febrero de 2018 y que no pueden tenerse en cuenta, porque no se demostró relación laboral. Así, dio por terminado el trámite de reconstrucción de la historia laboral.

I. CONSIDERACIONES

Plan de decisión

1. Desde ya se advierte que la solicitud de amparo resulta improcedente. Esto, debido a que el reconocimiento pensional acarrea un debate probatorio cuya intensidad trasciende la intervención del juez constitucional. En ese sentido, se trata de un asunto que, en consideración de los elementos de juicio obrantes en el expediente, debe ser planteado ante la jurisdicción ordinaria¹⁸.

El reconocimiento pensional en favor de Samuel David Castellanos Cárdenas depende de la comprobación del vínculo laboral existente al momento de la muerte del causante.

1. La subsidiariedad es un principio que enmarca el ejercicio de la acción de tutela. Este se deriva del carácter residual del mecanismo constitucional (Art. 86 CP), así como del desarrollo que sobre el mismo ha adelantado pacíficamente la Corte. Según se ha dicho, el recurso de amparo procede como medio principal de protección de los derechos constitucionales cuando i) el afectado no dispone de otro recurso judicial dentro del ordenamiento jurídico; o ii) pese a disponer del mismo, este no resulte eficaz en concreto para la defensa de los derechos amenazados o vulnerados, según la gravedad de las circunstancias de cada asunto. Adicionalmente, la solicitud de tutela opera como medio transitorio cuando, aunque existan mecanismos ordinarios vigentes, sea imperioso evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el cual se configura ante la prueba siquiera sumaria²¹ de su inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad²².

1. Ahora bien, esta Corporación ha indicado que, en ciertos eventos, aunque se cumplan aparentemente las reglas de aplicación del principio de subsidiariedad, es necesario verificar si la acción de tutela es el escenario en el que se puede establecer la certeza probatoria de los hechos que circunscriben el asunto. Esto, pues, se ha dicho, hay ocasiones en las que el debate jurídico acarrea un despliegue probatorio, cuya complejidad trasciende el carácter ágil y sumario del mecanismo constitucional.

1. Por ello, se ha insistido en la necesidad de que, en sede de tutela, se cuente con por lo menos un mínimo de certeza sobre la titularidad del derecho reclamado. Ello ha ocurrido, de manera preponderante, cuando lo que se discute es el acceso a una prestación pensional.²³ En este contexto, se ha señalado que “[e]l juez constitucional debe poder inferir del acervo probatorio aportado la eventual titularidad del derecho reclamado y por consiguiente, lograr tener certeza sobre el cumplimiento por parte del accionante de los requisitos establecidos en la norma para acceder a una pensión, de lo contrario las pretensiones serán desatendidas, por cuanto el juez de tutela no puede suplir esos vacíos del actor, lo que da lugar a que las pretensiones sean dirimidas por el juez natural.”²⁴

1. Con base en lo anterior, por ejemplo, en la sentencia T-255 de 2018, la Sala Novena de Revisión conoció una acción de tutela, a través de la cual se pretendía el acceso a una sustitución pensional. Al estudiar el caso, concluyó que se tornaba jurídicamente imposible para el juez de tutela determinar, con certeza, la titularidad del derecho prestacional, pues existía un debate probatorio profundo, el cual, necesariamente, debía ser asumido por el juez ordinario especializado en la causa. De este modo, se determinó que: “mal haría esta Sala en conceder o negar la sustitución pensional, cuando no existe suficiente material probatorio para tomar una decisión de fondo. Por consiguiente, es improcedente entrar a abordar un análisis objetivo de la solicitud en cuanto no es factible realizar un pronunciamiento que resuelva siquiera temporalmente la controversia.”²⁵

1. De este modo, en aquellas solicitudes de amparo en las que se discute el acceso a una prestación pensional, según las particularidades de cada caso, el requisito de subsidiariedad debe tener en cuenta el grado de certeza que ofrece la solicitud frente a la posible titularidad del derecho reclamado. En el evento en que el asunto comporte un debate probatorio cuya envergadura e intensidad trascienda el carácter ágil y sumario del procedimiento de tutela, es deber del juez constitucional declarar su improcedencia, para que el caso sea resuelto a través de los mecanismos ordinarios con los que cuenta el accionante.

En el expediente de la referencia, la Sala Cuarta de Revisión observa que no se logró un grado de certeza tal que le permita a esta Corporación adoptar una decisión acerca de la titularidad pensional de Samuel David Castellanos Cárdenas. Concretamente, no se acreditó la existencia de un vínculo laboral entre los meses de enero y febrero de 2018 que, según la accionante, daría lugar a acceder a la pensión de sobrevivientes. Las dudas sobre la existencia de dicha relación tienen que ver con la existencia de aportes simultáneos por el señor Jaime Bautista Castro, así como por el propio fallecido Carlos Julio Castellanos para el mes de febrero de 2018²⁶.

1. Esta Corporación ha indicado que resulta inadmisiblemente constitucionalmente que un fondo pensional niegue el reconocimiento de la prestación por mora en el pago de los aportes en cabeza del empleador. Ha sostenido que en el caso en el que el empleador no pague los aportes y las Administradoras de Fondos de Pensiones no hayan iniciado los respectivos cobros contra el empleador moroso, “se entenderá que se allanó a la mora y, por tanto, será la Administradora del Fondo de Pensiones la obligada directa a reconocer el pago de la pensión de vejez del trabajador”²⁷. También ha cuestionado “la práctica reprochable de suprimir de la historia laboral, las semanas en las que se presentara mora patronal”²⁸<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-505-19.htm> – _ftn64. Todo esto, debido a que los errores operacionales en la administración de las historias laborales, tales como “problemas procedimentales o de trámites pendientes, razones formales o el incumplimiento de obligaciones que no le conciernen al usuario del sistema y pueden ser solventados por la autoridad pensional”, no justifican la negativa de la prestación²⁹. Y porque las entidades no pueden invocar a su favor el propio descuido en el uso de sus facultades de cobro, como una excusa para negar el reconocimiento³⁰.

1. Esa solución se ha extendido a los casos en los que el empleador omite su deber de afiliar al trabajador³¹, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia³². Esta “ha atribuido a la entidad de seguridad social la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez con independencia de que el empleador hubiese incumplido la normatividad legal. Además, ha estimado irrelevante para la protección del derecho que el patrono no haya sido sancionado y no se le haya cobrado el dinero de los parafiscales, fundado en que, esos problemas administrativos no pueden ser trasladados a los afiliados, quienes sufren de manera desproporcionada tales inconvenientes”³³.

1. Al estudiar la situación de Carlos Julio Castellanos Ávila, causante de la prestación, se tiene que, sin contar las semanas cotizadas entre enero y febrero de 2018 acumula 43 semanas en los 3 años anteriores a su muerte. Ello significa que los periodos faltantes resultan trascendentes para el reconocimiento pensional. Por su parte, la actora indica que quien fuera su empleador realizó las cotizaciones extemporáneamente. El fondo accionado sostiene que

ellas no pueden ser tenidas en cuenta porque ocurrieron después de acaecido el riesgo, a la luz del artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, y porque esa relación laboral nunca fue reportada en el Sistema de Seguridad Social. Además, que en comunicación de 21 de octubre de 2020 se le pidió a la demandante que aportara las pruebas pertinentes, sin que ello hubiera sido allegado.

1. Para la Sala, en esta ocasión el debate probatorio se mantiene. Luego de haber agotado las facultades oficiosas para aclarar las circunstancias fácticas del caso, persisten dudas relevantes. Estas se relacionan con lograr establecer si, efectivamente, las cotizaciones realizadas extemporáneamente se dieron en el marco de un vínculo laboral preexistente. Como se señaló con precedencia, la jurisprudencia ha sido clara en establecer que cuando se trata del amparo para acceder a una pensión es estrictamente necesario verificar que el comportamiento pensional del interesado no genere dudas sobre la posible defraudación al Sistema de Pensiones.

1. En ese sentido, es fundamental corroborar que los aportes realizados con posterioridad a la fecha de fallecimiento sean ciertamente producto de una relación laboral previa. Por tanto, se considera que se trata de un debate probatorio que, por su naturaleza, debe ser agotado ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, como escenario idóneo para desplegar la defensa de los intereses de la demandante.

1. Se advierte que en el presente caso no resulta aplicable la regla jurisprudencial relativa a la prohibición a los fondos de pensiones de negar las prestaciones con base en la mora o el pago extemporáneo de los aportes por parte del empleador, porque les corresponde asumir las consecuencias de su negligencia en el cobro de aportes o en la recepción de estos, “allanándose a la mora”³⁴. Ello, debido a que no se demostró que el empleador hubiera afiliado oportunamente al causante al Fondo de Pensiones, de forma que este último conociera que existía una vinculación laboral y que ante una eventual mora pudiera iniciar las respectivas acciones de cobro. Al respecto, se tiene que el accionado indicó, en

comunicación de 1 de octubre de 2019, que no era procedente el pago extemporáneo de aportes³⁵.

1. De este modo, más allá de las particulares condiciones de la solicitante y teniendo en cuenta que el informe de visita del ICBF da cuenta de las condiciones favorables del menor³⁶, excede en mucho la competencia de este Tribunal atribuir al pago extemporáneo de aportes pensionales el valor de prueba suficiente para acreditar por sí mismo la existencia de una relación laboral, en particular cuando ellos ocurren después del acaecimiento del riesgo, que en el presente caso es el fallecimiento del señor Carlos Julio Castellanos Ávila. Una regla jurisprudencial así, incluso de carácter temporal, podría dar lugar a un sinnúmero de pagos extemporáneos para acceder a este derecho prestacional, además de exonerar al empleador incumplido de asumir la responsabilidad que determine el juez competente por el incumplimiento de su obligación legal³⁷.

1. Finalmente, tampoco resulta aplicable la regla jurisprudencial relativa al reconocimiento de las semanas en mora en los casos de falta de afiliación por parte del empleador³⁸. Lo anterior, puesto que la demostración de la relación laboral aún no ha tenido lugar dentro del trámite administrativo pensional, tal y como fue advertido en el escrito de impugnación de 21 de octubre de 2020.

1. Como consecuencia de todo lo anterior, la Sala Cuarta de Revisión procederá a confirmar el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, el 23 de noviembre de 2020. Este, en segunda instancia revocó el proferido por el Juzgado 8 Civil Municipal de Villavicencio, el 15 de octubre de 2020. En su lugar, declaró la improcedencia del amparo.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, el 23 de noviembre de 2020 que, en segunda instancia, revocó el proferido por el Juzgado 8 Civil Municipal de Villavicencio, el 15 de octubre de 2020, en el sentido de declarar improcedente la solicitud de tutela promovida por Yolanda Ávila Vargas en representación de Samuel David Castellanos Cárdenas en contra de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

SEGUNDO.- LIBRAR, por Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-419/21

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional (Salvamento de voto)

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Mora patronal no puede afectar derechos de los familiares del trabajador fallecido (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-8.077.347

Acción de tutela presentada por Yolanda Ávila Vargas en representación de Samuel David Castellanos Cárdenas en contra de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, Procuraduría Judicial para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de Villavicencio y la Defensoría de la Familia ICBF (Regional Meta)

Magistrado sustanciador:

Antonio José Lizarazo Ocampo

Con el acostumbrado respeto por las providencias de la Corte Constitucional, me permito salvar mi voto en la presente providencia.

Mi salvamento se origina en dos diferencias sustantivas con la sentencia que, de no haber existido, podrían haber cambiado el sentido de la decisión. Primero, la providencia omitió, cuando menos, realizar un estudio de la posible situación de vulnerabilidad del accionante representado. Segundo, desconoció el precedente dispuesto y reiterado por este Tribunal en materia de mora patronal en las cotizaciones al sistema general de pensiones. Los reproches planteados en este salvamento, serán explicados a continuación:

1. Yolanda Ávila Vargas instauró acción de tutela en representación de su nieto, Samuel David Castellanos Cárdenas, quien es menor de edad. Carlos Julio Castellanos Ávila, padre de Samuel, falleció en el año 2018 y su madre nunca se ha hecho cargo de él. Como consecuencia de esto, sus abuelos han optado por acoger al menor de edad y encargarse de su crianza. Este núcleo familiar depende de la pensión del esposo de la señora Yolanda Ávila,

quien tiene 84 años y recibe una mesada pensional de \$1.732.694. De este monto, se deduce la “cuota mensual por parte del Banco de Bogotá por \$681.288 y los aportes por salud, quedando un saldo de 878.106. Con ese ingreso deben cubrir el canon mensual de arriendo, los servicios públicos, la alimentación, los gastos adicionales de salud no cubiertos por la EPS y los gastos de educación y recreación del menor de edad”. La señora Ávila padece hipertensión arterial y diabetes, cursó hasta el quinto grado de primaria y debe realizar las labores domésticas, así como dedicarse al cuidado de su esposo y nieto, lo que le impide obtener un empleo.

Primera diferencia. Omisión de estudio de la posible situación de vulnerabilidad del accionante, como criterio de flexibilización del examen de procedencia de la acción de tutela

2. Los principios de exhaustividad y transparencia son presupuestos que guían la función judicial. Se encuentran vinculados y cada uno permite y conlleva al cumplimiento del otro. Estos principios exigen que el juez constitucional adopte su decisión luego de haber analizado las diversas circunstancias que se derivan de los supuestos fácticos planteados.

La Corte Constitucional ha advertido, de manera reiterada y pacífica que, por regla general, el reconocimiento de la pensión es una pretensión no susceptible de ser amparada por vía de tutela, puesto que el ordenamiento prevé mecanismos ordinarios dispuestos expresamente para ello. Sin embargo, ha establecido, en todo caso, los criterios que el juez constitucional debe valorar para establecer si los medios ordinarios son eficaces e idóneos. Estos son:

“(i) la edad del accionante, puesto que las personas de la tercera edad 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”³⁹.

3. Si del estudio de estas condiciones se encuentra que el accionante es sujeto de especial

protección constitucional, se flexibilizará el examen de procedencia de la acción de tutela, puesto que exigirle al peticionario que acuda a la jurisdicción ordinaria puede ser desproporcionado o puede conducir a que se cause un perjuicio irremediable.

Así, por ejemplo, en la Sentencia T-222 de 2018⁴⁰, la Sala Sexta de Revisión conoció una acción de tutela formulada contra COLPENSIONES, por el rechazo de esta a reconocer la pensión de vejez. Luego de estudiar los factores de vulnerabilidad, la Corte encontró que el accionante era un sujeto que merecía especial protección constitucional, “circunstancias que, en conjunto, le restan idoneidad y eficacia al mecanismo judicial ordinario para la protección de sus derechos fundamentales”. A la misma conclusión llegó la Sala Tercera de Revisión en la Sentencia T-379 de 2017⁴¹, luego de estudiar los factores de vulnerabilidad de un accionante que instauró acción de tutela contra COLPENSIONES por inconsistencias en la historia laboral reportada. En este caso, la Sala resaltó que “los mecanismos de defensa dispuestos en la Ley ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral son ineficaces y no son idóneos para que el accionante ejerza la defensa de sus derechos y que, en ese orden de ideas, la acción de tutela interpuesta es procedente”⁴².

4. El presente caso requería que se estudiaran las condiciones particulares en las que se encuentra la accionante. Considero que de las mismas era posible deducir una situación de vulnerabilidad, que podría conllevar a una flexibilización en el análisis de los presupuestos exigidos para la procedencia de la acción Constitucional. Samuel David es huérfano y sus abuelos se encuentran a cargo de él. Su abuelo es un adulto mayor de 84 años y la señora Ávila padece de diabetes e hipertensión y cursó, únicamente, hasta el grado quinto escolar, lo cual dificulta su acceso al empleo. Deben sufragar todos los gastos del hogar con la mesada pensional que reciben por una cifra de \$1.732.694.

5. En mi concepto, la sentencia dejó de valorar las circunstancias en las que se encuentra el menor de edad y las dificultades económicas en las que se encuentran los adultos que lo cuidan. Sin duda, si se hubiera evaluado su condición de sujeto de especial protección constitucional, junto con las circunstancias económicas en las que se encuentran sus cuidadores, se hubiera podido flexibilizar el requisito de subsidiaridad que autoriza la intervención del juez constitucional.

Segunda diferencia. Desconocimiento del precedente constitucional en materia de mora

patronal en aportes al sistema general de pensiones

6. La accionante solicitó a Protección la historia laboral de su hijo fallecido. Al hacerle entrega de esta, la administradora del fondo de pensiones indicó que tenía un total de 47.19 semanas cotizadas en los últimos 3 años. Por este motivo, el empleador del causante solicitó posteriormente a Protección la liquidación de los aportes de pensión entre los días 17 de enero y 24 de febrero de 2018. Sin embargo, la administradora del fondo se negó a realizar el cálculo actuarial, pues el causante había fallecido, por lo que sobrevino el hecho que da lugar al estudio de la pensión de sobrevivientes. El empleador reiteró su solicitud e indicó que “la falta de cotización obedeció a “la tardanza y entorpecimiento administrativo, (...) pues (...) en una primera solicitud [le] fue negado lo que pedía en igual sentido”.

Luego, cuando la accionante solicitó a Protección el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del menor de edad, esta le fue negada, puesto que, ahora manifestó, que el causante reunió, únicamente, 42.86 de las 50 semanas requeridas para ello. La administradora señaló que “los pagos realizados de manera posterior al fallecimiento no son tenidos en cuenta dentro del cálculo de la cobertura de las 50 semanas, toda vez que estos se cancelaron de manera extemporánea y no está contemplado dentro de la Cobertura del Seguro Provisional”. Esto, con sustento en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003⁴³.

7. La señora Ávila formuló acción de tutela, al considerar que Protección le vulneró el derecho a la seguridad social a Samuel David, como consecuencia de la negación de reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Al realizar el examen de procedencia de la acción de tutela, la Sala Cuarta de Revisión advirtió una falta de certeza probatoria que permita intuir la titularidad del derecho reclamado. La sentencia considera que “la inconsistencia probatoria de amplia intensidad que se presenta en este caso tiene que ver con la acreditación cierta del vínculo laboral entre los meses de enero y febrero de 2018 que, según la accionante, daría lugar a acceder a la pensión de sobrevivientes”.

Esta postura desconoce el precedente de la Corte Constitucional en materia de mora patronal en los aportes al sistema de pensiones. En el presente caso, el empleador del cotizante reconoció que el señor Carlos Julio Castellanos Ávila estuvo vinculado y laboró durante los meses de enero y febrero de 2018, inclusive, solicitó la liquidación de estos aportes. Sin embargo, tal petición le fue negada por Protección. Si las semanas comprendidas en estos

dos meses hubieran sido reconocidas, el accionante podría acceder a la pensión de sobreviviente.

8. Al respecto, en Sentencia T-241 de 2017⁴⁴, esta Corporación manifestó que la mora patronal no constituye un argumento válido que permita a un fondo de pensiones fundamentar la negativa de reconocimiento de la pensión. Esto equivaldría a trasladarle al cotizante la mora del empleador en el pago de los aportes. En igual sentido, señaló la Corte en Sentencia T-101 de 2020⁴⁵ que “la mora en que incurre el empleador al no transferir o hacerlo de manera extemporánea el pago de los aportes pensionales puede llegar a vulnerar no solo el derecho a la seguridad social del trabajador sino también su mínimo vital, pues de dicho pago depende directamente el reconocimiento de la prestación pensional”⁴⁶.

En tales términos, la jurisprudencia ha reconocido, de forma pacífica y reiterada, que la falta de pago de los aportes a la seguridad social, ni la negligencia de la administradora de fondos de pensiones en el uso de los mecanismos a su alcance para cobrar los aportes en mora son aceptables como criterio para negar el reconocimiento de la pensión⁴⁷. En el presente caso existen elementos probatorios suficientes para acoger este precedente. El empleador del cotizante fallecido reconoció su vínculo laboral e inclusive pretendía realizar los aportes al sistema de pensiones. Esto supone, cuando menos, un elemento probatorio para demostrar la condición de trabajador y su cotización con anterioridad al fallecimiento.

9. Ahora, si se considera que el empleador incurrió en falsedad, esto debería ser planteado ante las autoridades penales competentes, sin embargo, la sentencia no hace referencia a tal posibilidad. No existe mérito probatorio para descartar tales aportes.

10. De igual forma, se evidencian inconsistencias de parte de Protección en el número de semanas efectivamente acreditadas al sistema, inicialmente reconocieron 47 semanas y, luego, variaron el número, y acreditaron únicamente 42. Estos errores o inconsistencias no pueden ser trasladados a los cotizantes o beneficiarios de la pensión, quienes ven perjudicado su derecho a acceder a esta, como consecuencia de un debate probatorio entre el empleador y la administradora del fondo de pensiones.

La Corte ha manifestado que “los efectos de los errores operacionales en la administración de las historias laborales deben ser, por el contrario, asumidos por la entidad administradora, que cuenta con los medios y la infraestructura para gestionar los datos de las cotizaciones y

sus soportes”48.

En la Sentencia T-585 de 201149 esta Corporación reconoció la obligación que surge para las administradoras respecto del correcto manejo y custodia de la historia laboral de sus afiliados. Pues de esta se determina si sus afiliados cuentan con el derecho de acceso a la pensión.

De igual forma, en la Sentencia T-436 de 201750, la Sala Quinta de Revisión estudio la responsabilidad de las administradoras de pensiones sobre la información consignada en la historia laboral de sus afiliados. Al respecto, manifestó que “debido a las complejidades técnicas y de infraestructura de esta tarea, las inconsistencias en las mismas no pueden ser trasladadas a los ciudadanos”51.

Por último, en la Sentencia T-379 de 2017, la Sala Tercera de Revisión tuvo la posibilidad de analizar una acción de tutela formulada contra COLPENSIONES por inconsistencias en la historia laboral que impedían reconocer el acceso a la pensión. En esta providencia, la Corte manifestó que en caso de inconsistencia, “ésta deberá ser solucionada por la administradora, pues es la entidad quien cuenta con la custodia de la información, pero siempre atendiendo al deber de decidir de buena fe y con el respeto del debido proceso”. Los afiliados tienen la posibilidad de solicitar la corrección y actualización de la información que reposa en la historia laboral y, aclaró que las administradoras deben asumir su acto propio. Puesto que “el ejercicio de la buena fe implica el respeto de la historia laboral o acto administrativo que emiten, en tanto que no pueden cambiar las reglas de juego del afiliado en cualquier momento”.

11. Conforme a lo anterior, considero que la sentencia desconoció el precedente aplicable y con ello, se desconoció el derecho fundamental del menor de edad a cuyo favor se interponía la acción de tutela.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

1 El expediente fue escogido para su revisión por la Sala de Selección Número 3, por medio de auto de 15 de marzo de 2021, notificado el 6 de abril de 2021.

2 La situación fáctica descrita en esta sentencia se circunscribe a las afirmaciones que cuentan con respaldo probatorio recaudado en las instancias de tutela.

3 Escrito de tutela, f. 24.

4 Escrito de tutela, f. 20.

5 Escrito de tutela, f. 24.

6 Historia laboral allegada en sede de Revisión, f. 1

7 Escrito de tutela, f. 29.

8 Escrito de tutela, f. 30.

9 Escrito de tutela, f. 32.

10 Escrito de tutela, f. 52 y contestación de Protección S.A., f. 2.

11 Escrito de tutela, f. 37 y contestación de Protección S.A., f. 4.

12 “ARTÍCULO 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así: || Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: (...) 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:”

13 Escrito de tutela, f. 39.

14 Contestación de Protección S.A., f. 5.

15 Para el efecto, citó el artículo 77 de la Ley 100 de 1993.

16 Escrito de tutela, f. 55.

17 Escrito de tutela, f. 65.

18 Acápito basado en la sentencia T-299 de 2020.

19 La Sala verifica que la persona que instauró la acción de tutela podía interponerla, ya que, acorde con el artículo 86 de la Constitución Política, Yolanda Ávila Vargas fue reconocida como curadora de su nieto menor de edad. Igualmente, la Corte encuentra que la acción se presentó contra la persona o entidad que supuestamente vulneró los derechos del accionante y que el accionante podía dirigirla contra esta. En efecto, Protección S.A. es un particular encargado del servicio público esencial vinculado al reconocimiento y pago de pensiones y es el fondo privado al que estaba afiliado el causante y que presuntamente violó sus derechos al negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

20 La Sala considera que la acción de tutela fue interpuesta en un término razonable. El recurso de amparo fue presentado el 30 de septiembre de 2020, es decir, un mes después de que Protección S.A. le negara el reconocimiento de la pensión.

21 En sentencia T-1068 de 2000, se dijo: “(...) para demostrar el perjuicio irremediable, al menos se deben señalar los hechos concretos que permitan deducir que ocurre dicho perjuicio el juez no se los puede imaginar, por supuesto que no se necesitan términos sacramentales pero al menos alguna indicación que le permita al juzgador tener la confianza de que en verdad se halla el peticionario en una situación que lo afecta a él y a su familia”. Posteriormente, en sentencia T-1316 de 2001 se señaló: “(...) tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada (...). De cualquier manera, no todos los daños constituyen un perjuicio irremediable por el simple hecho de tratarse de sujetos de trato preferencial”. De igual forma, sobre la flexibilidad en la valoración del perjuicio pueden observarse las sentencias T-719 de 2003; T-456 de 2004; T-167 de 2011; T-352 de 2011; T-796 de 2011; T-206 de 2013; T-269 de 2013 y T-276 de 2014, entre otras.

22 Estas reglas de aplicación fueron desarrolladas en la sentencia T-225 de 1993, la cuales se han convertido en un criterio jurisprudencial consolidado en esta Corporación.

23 Ver, por ejemplo, la Sentencia T-805 de 2014. Sin embargo, en otros escenarios también se ha hablado del mínimo de certeza probatoria en sede de tutela, como presupuesto indispensable para fijar la procedencia del recurso de amparo. En materia de estabilidad laboral reforzada por salud, la Sentencia T-251 de es especialmente relevante. Allí, se dijo que: “cuando (i) a pesar de los esfuerzos probatorios realizados durante el proceso de tutela, no resulta posible dar por acreditadas las condiciones para negar o conceder la protección del derecho fundamental alegado, ni para declarar los supuestos que dan lugar a un amparo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y, adicionalmente, (iii) no sea factible apoyarse en la presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 deberá, en principio, declararse la improcedencia de la acción de tutela. // La regla anterior se refiere entonces a eventos en los cuales existe una intensa contienda probatoria y la parte accionada no sólo ha dado respuesta al reclamo, sino que también ha controvertido las pruebas allegadas al proceso. En esos casos, la discusión probatoria es de tal magnitud que - a efectos de asegurar el respeto del principio de imparcialidad que rige la actividad judicial- deberá acudir a los medios judiciales ordinarios. De lo contrario, esto es, si a pesar de existir serias dudas sobre lo ocurrido, el juez de tutela se viera obligado a adoptar una decisión -que niegue o conceda la protección-, la acción de tutela podría convertirse en fuente de injusticias. Cabe aquí referir lo dicho por la Corte en una de sus primeras providencias al señalar que la decisión del juez de tutela ‘no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela.’”

24 Sentencia T-255 de 2018. De forma similar, en la sentencia T-159 de 2019, se abordó una acción de tutela con la que se buscaba acceder a una sustitución pensional.

25 Ibídem. En el mismo sentido, las sentencias T-316 de 2017 y T-281 de 2018.

26 Página 62, anexo del escrito de tutela. Cuaderno 1.

27 Sentencia T-398 de 2013.

28 Sentencia T-315 de 2018.

29 Ibídem.

30 Sentencias T-436 de 2017, T-940 de 2013 y T-053 de 2010.

31 Sentencia T-064 de 2018.

32 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 31 de enero de 2018 (SL14388-2015).

33 Sentencia T-064 de 2018.

34 Sentencias T-398 de 2013, T-617 de 2016, T-315 de 2018, entre otras.

35 Escrito de tutela, f. 30.

36 Ver arriba, núm 14.

37 Cfr. Sentencia T-291 de 2017, en la que se cita, sobre el punto expuesto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral del 05 de noviembre de 2014, Radicación N° 52395.

38 Sentencia T-064 de 2018.

40 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

41 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

42 Idem.

43 Ley 797 de 2003. Art. 12. “El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento; b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo

transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento. (...)”

44 Corte Constitucional. Sentencia T-241 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

45 Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 2020. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Ver también sentencia T-702 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

46 Idem.

47 Corte Constitucional, sentencias C-177 de 1998, T-363 de 1998, T-106 de 2006, T-920 de 2010, T-855 de 2011 y T-726 de 2013.

48 Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 2020. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Fundamento 3.5.

49 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

50 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

51 Corte Constitucional. Sentencia T-436 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Fundamento 20.