

Medellín, 10 de enero de 2021

Señores

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (JUEZ DE TUTELA)**

E. S. D.

Accionante: MARÍA OFELIA ARENAS VÁSQUEZ

Accionado(s): CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, SALA DE DESCONGESTIÓN No 2.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Vinculado(s): COLPENSIONES

JUZGADO TRECE LABORAL, CIRCUITO DE MEDELLÍN

ERNESTO ENRIQUE ESTARITA JIMÉNEZ

**Asunto: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL**

MARÍA OFELIA ARENAS VÁSQUEZ, identificada con cédula de ciudadanía número 42.821.098 y domiciliada en Medellín, presentó acción de tutela en contra de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, SALA DE DESCONGESTIÓN No 2, y el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL, proceso en el que deben ser vinculados por pasiva, como terceros con interés legítimo, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representada legalmente por el señor JUAN MIGUEL VILLA LORA o quien haga sus veces, el señor ERNESTO ENRIQUE ESTARITA JIMÉNEZ y la juez titular del JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

### **1. Derechos fundamentales vulnerados:**

Solicito tutelar mis derechos fundamentales al debido proceso, principio de legalidad, garantía de la seguridad social e igualdad, vulnerados con las decisiones de segunda instancia del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL (TSM-SL) y la de casación de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, SALA DE DESCONGESTIÓN No 2 (CSJ-SL), en el proceso ordinario laboral promovido contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS (hoy COLPENSIONES) y tramitado por el JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, bajo el radicado 050013105013-2006-01147-00, ordenando a las accionadas dictar una nueva sentencia, **sin exigir requisitos legales inexistentes** para el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia; específicamente sin exigir una convivencia igual o superior a los 5 años previos a la **muerte de un afiliado**, y por lo tanto respetando el principio de legalidad, debido proceso, igualdad y garantía de la seguridad social, conforme a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1094 de 2003, y la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia

SL1730 de 2020, o en su defecto, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa que fue ignorado por las accionadas.

## **2. Sustento fáctico de la protección tutelar:**

1. Demandé al Instituto de Seguros Sociales - ISS, para que se declarara que reúno los requisitos legales para acceder a la pensión de sobreviviente por la muerte de mi compañero SERGIO EDUARDO ESTARITA HERRERA, ocurrida el 29 de julio de 2003.
2. El expediente fue asignado al JUZGADO 13 LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN y radicado bajo el consecutivo 050013105-013-2006-01147-00
3. Al proceso fue vinculado como litisconsorte necesario el entonces menor ERNESTO ENRIQUE ESTARITA JIMÉNEZ, hijo del fallecido, al estar percibiendo la pensión de sobreviviente por la muerte de su padre, reconocida mediante Res. 8405 de 2005 del ISS. Actualmente supera los 25 años, por lo que ya no percibe esta pensión.
4. Sustenté las pretensiones en ser mayor de 30 años al momento de la muerte del señor ESTARITA HERRERA al haber nacido el 26-jul-1960; la condición de cotizante activo al ISS del causante al momento de su muerte, y por haber sostenido una convivencia continua superior a los 3 años anteriores al deceso.
5. Reclamé la pensión de sobreviviente al ISS, quien a pesar de aceptar la convivencia con el asegurado por un lapso superior a los 3 años y la causación del derecho en favor de los beneficiarios, negó la solicitud al no acreditar una convivencia igual o superior a los 5 años anteriores a la muerte.
6. En el trámite del proceso, todos los intervinientes aceptaron la existencia de una convivencia continua como compañeros permanentes por un tiempo superior a los 2 años anteriores a la muerte. El hijo del afiliado, vinculado como litisconsorte por pasiva, la aceptó desde febrero de 2000 hasta julio de 2003, el ISS la encontró acreditada según investigación administrativa, entre enero de 2000 y el 29 de julio de 2003, y en la sentencia de primera instancia se fijó desde octubre de 2000 hasta el 29 de julio de 2003, asunto ratificado o por lo menos no cuestionado en la sentencia segunda instancia.
7. El JUZGADO 13 LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN dictó sentencia condenatoria el 6 DE MAYO DE 2016, reconociendo el derecho a la pensión de sobrevivencia a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia en un porcentaje del 50%, y la reducción en el mismo porcentaje para el entonces hijo menor del afiliado. La decisión de reconocer la pensión con una convivencia mínima de 2 años se sustentó en el respeto al principio de legalidad y la voluntad del legislador manifestada en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003.

8. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN al resolver el recurso de apelación revocó la sentencia de primera instancia, negando la pensión de sobreviviente a la compañera, al considerar que según la jurisprudencia reiterada de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA LABORAL, es necesario acreditar una convivencia no inferior a cinco (5) años anteriores al deceso, como lo ordena el art. 13 de la Ley 797 de 2003, sin importar si se trata de la muerte de un afiliado o un pensionado.
9. La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL, SALA DE DESCONGESTIÓN No 2, en decisión del 5 de mayo de 2020, radicado 76828, decidió no casar la sentencia de segunda instancia, con los mismos argumentos expuestos por el *Ad quem*.

### 3. Sustento legal y jurisprudencial de la protección reclamada

Son múltiples y contundentes los argumentos para concluir que la decisión del TSM-SL, que revocó la decisión de primera instancia, y la decisión de la CSJ-SL que decidió no casar la del *Ad quem*, incurrieron en un **defecto sustantivo<sup>1</sup> que amerita su revocación**, al haber tomado una decisión contraria al principio de favorabilidad y a las normas jurídicas que regulan el asunto discutido. Veamos:

1. La Ley 100 de 1993 **eliminó el requisito de convivencia** por parte del (de la) compañero(a) permanente para acceder a la pensión de sobrevivencia **por la muerte de un afiliado**

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, en el caso de la muerte de un afiliado al SIS en pensiones no es necesario que el (la) cónyuge o compañero(a) permanente acredite una convivencia por un lapso determinado para acceder a la pensión de sobrevivencia.<sup>2</sup>

La norma es clara y no da lugar a otra interpretación, tanto en su versión original (literal a) del art. 47 ley 100/93) como en la reforma introducida con el art. 13 de la Ley 797 de 2003. En la primera se exigía una convivencia mínima de 2 años **con el pensionado**, y en la segunda se incrementó el término a 5 años.

2. La exposición de motivos del legislador dejó constancia expresa de la voluntad de exigir el requisito de convivencia por un período de tiempo **solo en el caso de muerte de un pensionado**

El Congreso de la República en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en relación al art. 17 (hoy art. 13) precisó: “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido **con**

---

<sup>1</sup> Ver Sentencias C-590 de 2005 y SU-116 de 2018 de la Corte y Constitucional y el acápite 4 cuatro de este memorial.

<sup>2</sup> El régimen anterior contemplado en el Dec. 758 de 1990 (art. 29), exigía una convivencia mínima de 3 años previos al fallecimiento solo para el (la) compañero(a) permanente, tanto en caso de muerte de un afiliado como de un pensionado. Esta exigencia no se hacía a quien acreditaba la condición de cónyuge.

**el pensionado** por lo menos 4 años antes del fallecimiento **con el fin de evitar fraudes**". [Énfasis añadido].

3. La Corte Constitucional fijó los alcances de la norma en la sentencia de constitucionalidad C-1094 de 2003

Al analizar la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 la Corte Constitucional definió su alcance al contemplar que "... **el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados** (...), con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes."

4. La Corte Suprema de Justicia (SL1730-2020) considera que el art. 13 de la Ley 797/2003 es **claro y contundente** al exigir el requisito de convivencia solo en el caso de muerte de un pensionado

La Corte Suprema de Justicia, a pesar de haber venido sosteniendo por largos años que el requisito de convivencia por un tiempo determinado es exigible, -- en contravía a lo dispuesto por la norma--, tanto por la muerte de pensionados como afiliados, modificó su criterio mediante sentencia de unificación SL1730-2020, señalando que "**se advierte con suma claridad y contundencia** que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por **muerte del pensionado**".

El cambio de posición se sustentó en los siguientes criterios: a) la no posibilidad para el juez de desconocer la distinción establecida por el legislador; b) la expresa consagración de las razones de la distinción en la exposición de motivos por parte del legislador; c) la clara intención del legislador de diferenciar entre afiliados y beneficiarios a fin de evitar fraudes al sistema; d) la competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social; e) el principio constitucional in dubio pro operario; f) los principios de vida digna y garantía de la seguridad social.

Como puede observarse, no queda ninguna duda de que las decisiones en segunda instancia y en sede de casación desconocieron, no solo la voluntad del legislador plasmada en la ley, sino esenciales principios fundamentales rectores del sistema de seguridad social, configurándose las causales generales y específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, como se pasa a explicar.

#### **4. Procedencia de la presente acción constitucional**

Desde la sentencia C-590 de 2005 la Corte Constitucional estableció unos **criterios de procedibilidad** de la acción de tutela contra decisiones judiciales, (antes sustentado en las denominadas *vías de hecho*). Estos criterios fueron clasificados como **generales** (de carácter procedimental) o **específicos** (referidos a los errores cometidos por el juez en la providencia cuestionada).<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Sentencia SU-116 de 2018.

En el caso concreto se encuentran satisfechos todos los presupuestos consagrados por la Corte Constitucional para la procedencia de esta tutela. En cuanto a los **criterios generales** son 6, veamos:

- 1) **Que la cuestión discutida sea de relevancia constitucional**. En el caso concreto no cabe ninguna duda, toda vez que se trata de la violación de trascendentales principios constitucionales, el principio de legalidad (art. 230), el debido proceso (art. 29), la garantía de la seguridad social (art. 48), irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social y principio de favorabilidad (art. 53), y el derecho a la igualdad (art. 13).
- 2) **Agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial**. En el caso concreto se interpuso, con resultados negativos, el recurso de casación en contra de la sentencia de segunda instancia que revocó la decisión favorable del *A quo*, no quedando ninguna acción disponible para lograr la protección de los derechos fundamentales vulnerados.
- 3) **Ejercer la acción en un término razonable**. La sentencia de casación fue dictada el 5 de mayo de 2020, en medio de la contingencia sanitaria generada por el Covid-19, lo que afectó notoriamente el funcionamiento, no solo de la Rama Judicial, sino de todos los intervinientes en los procesos, como abogados y usuarios. Además, se debe tener en cuenta que nos encontramos frente a un derecho irrenunciable, y solo avizoré la posibilidad de una acción constitucional por la asesoría posterior acerca de la posibilidad de protección tutelar de mi derecho a la garantía de la seguridad social.
- 4) El defecto denunciado no constituye una irregularidad procesal, sino un defecto material o sustantivo.
- 5) Los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados están descritos en acápite anterior.
- 6) No se interpone esta acción en contra de una sentencia de tutela.

### **Requisitos específicos de procedencia de esta acción de tutela**

En cuanto a los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se configura la causal denominada **defecto material o sustantivo** en las decisiones del Tribunal Superior de Medellín y la Corte Suprema de Justicia, al haber tomado una decisión contraria a las normas jurídicas que regulan el asunto discutido.

En la sentencia SU-632 de 2017 la Corte Constitucional hace un análisis detallado de este **defecto sustantivo**, señalando entre otros aspectos que **“la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial no es en ningún caso absoluta”**.

Por ello estableció múltiples hipótesis en las que se configuraba ese defecto, resultando de relevancia a este proceso, la señalada en la sentencia T-1095 de 2012 (reiterada en la sentencia SU116 de 2018), en donde consagró la **interpretación irrazonable** como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en 2 eventos:

- (i) cuando se le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que esta no tiene (contraevidente); o
- (ii) cuando se le confiere a la disposición infra constitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados.

En el caso concreto, los 2 eventos describen lo ocurrido con las decisiones judiciales cuestionadas, (i) al exigir un requisito inexistente para acceder a la pensión de sobreviviente por la muerte de un afiliado al SISS (convivencia mínima de 5 años), y (ii) al justificar esa exigencia en criterios que fueron previamente desechados por el legislador, y que imponen consecuencias desproporcionadas a los potenciales beneficiarios, en notable detrimento de derechos sociales fundamentales como el de la garantía de la seguridad social, principio de favorabilidad y el de irrenunciabilidad a los derechos sociales.

Además, las providencias desconocieron el principio denominado *in dubio pro operario*, pues aun bajo la tesis sostenida por el TSM-SL y la CSJ-SL, resultaba procedente el reconocimiento de la prestación en aplicación de este principio. Veamos.

#### **5. Las sentencias del TSM-SL y de la CSJ-SL desconocieron el principio de la condición más beneficiosa e in dubio pro operario**

Aun cuando se acogiera la posición sostenida por la CSJ-SL antes de la sentencia SL1730 de 2020, en relación a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivencia por la muerte de un afiliado, en vigencia del art. 13 de la Ley 797 de 2003, es decir, en caso de considerar exigible la convivencia mínima de 5 años, las dos decisiones cuestionadas en este proceso seguirían incurriendo en un grave defecto sustantivo al no dar aplicación al **principio de la condición más beneficiosa** en asuntos de la seguridad social.

Este principio, ampliamente desarrollado por las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, establece que si un afiliado ha dejado acreditados los requisitos para acceder a un derecho en vigencia de una normatividad anterior, ese derecho persiste, a pesar de que el hecho generador ocurra en vigencia de una ley posterior.

En el caso concreto, esta situación fue ignorada por ambos tribunales, aunque valga decir, también lo fue por el apoderado de la demandante en todas las instancias. Sin embargo, esto no puede ser un obstáculo para el reconocimiento del derecho, con base en el precepto que obliga al juez a

aplicar la norma que regula el caso, sin importar que haya sido mal señalada por el litigante.

En la sentencia de primera instancia, se tuvo por acreditada una convivencia de la pareja desde octubre de 2000 hasta julio de 2003, es decir durante 2 años y 9 nueve meses, asunto que no se discute. El afiliado falleció el 29 de julio de 2003 y el art. 47 de la Ley 100/93, que exigía una convivencia mínima de 2 años, estuvo vigente hasta el 28 de enero de 2003, día anterior a la publicación de la Ley 797 de 2003 en el Diario Oficial 45.079, que aumentó el requisito a un período mínimo de 5 años.

Esto significa que para ser beneficiaria del principio de la condición más beneficiosa, se requería haber acreditado una convivencia mínima de 2 años hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 797 de 2003. En el caso concreto se cumple este requisito, desde OCTUBRE DE 2000 hasta el 28 DE ENERO DE 2003 transcurrieron 2 años, 2 meses y 28 días. No cabe entonces, ninguna duda, que aún bajo la interpretación anterior de la CSJ-SL, nació el derecho a la pensión de sobrevivencia en favor de la compañera permanente, lo que configura otro defecto sustantivo, que amerita la modificación mediante acción de tutela de las decisiones cuestionadas.

La Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Medellín, si consideraban exigible una convivencia de 5 años por la muerte de un afiliado, tenían la obligación de valorar las circunstancias particulares a la luz del principio de la condición más beneficiosa, lo que les hubiera permitido concluir, sin ninguna dificultad, el cumplimiento del requisito de convivencia contemplado en el art. 47 de la Ley 100/93, antes de ser modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, y en consecuencia ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, tal como lo concluyó la juez de primera instancia.

Las decisiones cuestionadas violaron gravemente uno de los pilares del sistema de seguridad social en Colombia, el *in dubio pro operario*, al hacer una interpretación, que además de no deducirse de la norma, resultaba desfavorable a los intereses del beneficiario.

**Declaración de procedencia:** Manifiesto bajo la gravedad del juramento que no he interpuesto otra acción constitucional, con base en los mismos hechos y pretensiones aquí indicados.

## **6. Notificaciones:**

- Accionante: [martharenasvasquez@hotmail.com](mailto:martharenasvasquez@hotmail.com), tels, casa: 2605717, trabajo: 5606060 ext. 226, dir: calle 51A # 72-35 apt. 302, Edificio La Esmeralda, Medellín.
- Colpensiones: [notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co).
- Corte Suprema de Justicia, [notificacioneslaboral@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:notificacioneslaboral@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)
- Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral: [des04sltsmed@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:des04sltsmed@cendoj.ramajudicial.gov.co)

- Juzgado 13 Laboral del Circuito, Medellín:  
[j13labmed@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j13labmed@cendoj.ramajudicial.gov.co).
- Ernesto Enrique Estarita Jiménez: manifiesto bajo la gravedad de juramento que desconozco los datos de ubicación del señor Estarita Jiménez, y por ello solicito, respetuosamente, pedir a la Juez 13 Laboral del Circuito intentar su ubicación con los datos que reposan en la contestación de la demanda presentada en el proceso ordinario radicado 050013105-**013-2006-01147**-00.

#### **7. Anexos:**

- Pdf fallo primera instancia
- Pdf fallo segunda instancia
- Pdf fallo en casación.

Atentamente,

**MARÍA OFELIA ARENAS VÁSQUEZ**

C.C. 42.821.098