

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

Señores

Honorables Magistrados

SALA PENAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

E. S. D.

REF.- Acción de tutela promovida por la señora **MARIA TERESA CAICEDO** contra la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** y la **SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, trámite al que debe vincularse como terceros interesados el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A. (ING)**, hoy **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, trámite en que se vinculó como llamada en garantía a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR** y **ANA JUDITH VILLANUEVA TORRIJOS**.

FLOR MARINA ZABALA DE BENITEZ identificada con CC No 20.935.548 de Soacha y portadora de la TP No. 32.796 del C S de la J, obrando en calidad de apoderada judicial de la señora **MARIA TERESA CAICEDO** tal como se acredita con el poder adjunto, respetuosamente instauro ante su Honorable Despacho **ACCIÓN DE TUTELA** contra la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** y la **SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, toda vez que se reúnen los requisitos de procedibilidad en las sentencias de primera y segunda instancia, así como la que resolvió el recurso extraordinario de casación que la hoy accionante presentó contra el fallo de segundo grado, al haberse expedido dichas decisiones adoleciendo de defectos sustantivos y procedimentales, que violan los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y móvil, a la seguridad social, al debido proceso, a la protección del adulto mayor, al acceso a la administración de justicia, a la defensa de mi representada y a la igualdad en concordancia con el principio de seguridad jurídica. Así mismo las accionadas vulneraron el principio de la condición más beneficiosa y *indubio pro operario*. Lo anterior, con sustento en las siguientes razones, que se pasan a explicar:

Tanto es así que, en efecto, en casos similares al caso que nos ocupa, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia denominadas: CSJ SL2222-2021, SL362-2021, SL489-2021, SL4606-2020, SL3785-2020, SL1983-2021, SL1698-2021, SL1388-2021, SL1243-2021, SL4663-2020,

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

SL2930-2020 y SL2961-2020, SL2396-2021, SL2426-2021, SL1983-2021, SL1966-2021, SL2222-2021, SL2218-2021, SL2153-2021 SL1500-2021, SL1905-2021, SL1698-2021, SL1388-2021, SL1455-2021 SL1243-2021, SL1370-2021, SL1176-2021, SL852-2021, SL683-2021 SL605-2021, SL580-2021, SL362-2021, SL239-2021, SL489-2021, SL228-2021, SL087-2021, SL5030-2020, SL5167-2020, SL4750-2020, SL4663-2020, SL4538-2020, SL4623-2020, SL4606-2020, SL4008-2020, SL3785-2020, SL3732-2020, SL3437-2020, SL2926-2020, SL2930-2020, SL2941-2020, SL2961-2020, SL2858-2020, SL2747-2020 y SL2786-2020

Ante la configuración de los defectos descritos, es que se hace inminente la intervención en este asunto y rogamos se nos conceda la siguiente:

I. SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL

La suspensión de los efectos de la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de casación, esta es la proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el día 28 de abril de 2021, que se identifica con Radicación n.º 62247 y SL1905-2021, hasta tanto se resuelva de fondo y en todas sus instancias esta acción de tutela.

II. SOLICITUD DE EXPEDIENTE DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL

Les solicito oficiar al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá para que remita a su despacho el proceso ordinario laboral instaurado por la señora MARIA TERESA CAICEDO contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A. (ING), hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., radicado con el número 11001310500720110063200.

El anterior interrogante, lo formulo fundamentado en los siguientes:

III. HECHOS

1. La señora MARIA TERESA CAICEDO es una persona mayor, con 59 años de edad, quien convivió desde el año 2004 con el causante

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

y luego contrajo matrimonio por el rito civil con el señor NELSON JAVIER MELENDEZ VILLANUEVA (q.e.p.d) el día 18 de noviembre de 2005.

2. Durante más de 6 años vivió bajo el mismo techo y lecho haciendo vida marital, con el causante hasta el fallecimiento del señor MELENDEZ VILLANUEVA que ocurrió el día 31 de octubre de 2010.
3. La progenitora del causante, señora ANA JUDITH VILLANUEVA TORRIJOS, se presentó a reclamar indicando que dependía económicamente del mismo, y que al momento del fallecimiento la señora CAICEDO CAICEDO se encontraba en Medellín, quien no le permitió a la accionante acercarse ni a la clínica ni al sepelio de su cónyuge.
4. Mi representada se encuentra enferma, pues padece por su avanzada edad sufre de artritis, alta tensión, tumores en los senos, y dificultad para conciliar el sueño, debido a que no ha podido conseguir trabajo, y con la llegada de la pandemia covid 19 se torna mas complicado encontrar una estabilidad laboral.
5. Mi prohijada MARIA TERESA CAICEDO no cuenta con apoyo o subsidio estatal para solventar sus necesidades de alimentación y vivienda, así como tampoco cuenta con ingreso económico del cual pueda derivar su sustento diario.
6. El causante, señor Nelson Javier Meléndez Villanueva, quien falleció el día 31 de octubre de 2010, solo había convivido con mi representada, no tenía hijos y estaba afiliado al sistema general de pensiones mediante la AFP ING, donde cotizó 154.29 semanas en los tres años anteriores a su deceso.
7. Teniendo en cuenta que mi representada se dedicaba a las labores como meretriz, sus ingresos nunca han sido suficientes para la manutención del hogar y dependía de la ayuda económica que su esposo le suministraba, dada su avanzada edad y la llegada de la pandemia covid 19 no ha podido ejercer la labor a la cual se dedicaba antes de convivir con su compañero.

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

8. En consecuencia, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada con el argumento que se suspendía el trámite por haberse presentado la progenitora del causante a reclamar.
9. Por la precaria situación económica por la que atraviesa mi representada, y ante ningún medio económico que le ayude a solventar sus necesidades básicas, promovió demanda ante el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito, la cual se acumuló con la presentada por la progenitora del causante conocida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, la accionante promovió demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A. (ING), hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., trámite en que se vinculó como llamada en garantía a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR y MARIA TERESA CAICEDO, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del día 31 de octubre de 2010, fecha del deceso de su conyugue, los intereses moratorios y las costas del proceso.
10. El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, a través de providencia del 17 de septiembre de 2012 absolvió a la administradora de pensiones y a la aseguradora previsional de las pretensiones formuladas por ambas demandantes, por no cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003.
11. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, al resolver el recurso de apelación que presentó mi representada, en sentencia proferida el día 7 de febrero de 2013, confirmó íntegramente la decisión proferida por el juzgador de primer grado.
12. El Tribunal consideró como fundamento de su decisión, que el caudal probatorio no demostró la convivencia ni la dependencia de las reclamantes ni el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003, pues respecto de la accionante consideró que **no acreditó una cohabitación con el afiliado en los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento**, pues

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

acreditó la convivencia con el de cuius desde los años 2007 hasta junio de 2010.

13. Ante dicha decisión y la precaria situación, mi apoderada presentó recurso extraordinario de casación laboral contra la sentencia de segunda instancia de fecha 7 de febrero de 2013, sin embargo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil veintiuno (2021) resolvió no casar el fallo de segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia luego de enunciar unos errores de técnica, argumentó:

“El Tribunal fundamentó su decisión en que, analizada la prueba documental y los interrogatorios de parte, si bien se acreditó la calidad de cónyuge, no se encuentra probada la convivencia entre el año 2007 y junio de 2010. Pues para la fecha de fallecimiento del causante este estaba en Bogotá y María Teresa Caicedo en Medellín, razón por la cual se concluye que no cumplió con el deber de acreditar los cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del afiliado.

La censura acusa la sentencia de dar una interpretación errónea a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2013, en torno a la exigencia impuesta a la viuda del afiliado de acreditar cinco años de convivencia con el causante, sin observar que dicho precepto únicamente establece este requisito para quien pretenda acceder a la pensión de sobrevivientes causada por un pensionado.

La recurrente no discute las conclusiones fácticas obtenidas por el juez de apelaciones en relación con lo

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

siguiente: (i) Nelson Javier Meléndez contrajo matrimonio con María Teresa Caicedo el 18 de noviembre de 2005; (ii) falleció el 31 de octubre de 2010; (iii) para la data del deceso estaba vinculado al sistema pensional a través de la AFP ING y contaba con 154.29 semanas cotizadas en los tres años anteriores, (iv) convivió con la recurrente desde el 2007 hasta mayo de 2010 (v) dicha convivencia no subsistió hasta el deceso del causante, pues «no fue clara la convivencia de la pareja durante los meses de junio a octubre de 2010» y; (vi) la norma aplicable al caso concreto es la Ley 797 de 2003.

Le corresponde a la Sala resolver entonces si el fallo de segunda instancia incurrió en una interpretación errónea del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido de que se desconoce que cuando se trate de la pensión de sobrevivientes de un afiliado, no se exige un tiempo de cinco años de convivencia.

En aras de resolver los cuestionamientos planteados y solucionar el caso concreto, se procede a estudiar el término de convivencia exigido, cuando la muerte ocurre respecto de un afiliado (artículo 13 de la Ley 797 de 2003)

i) El término de convivencia exigido, cuando la muerte ocurre respecto de un afiliado (artículo 13 Ley 797 de 2003)

La decisión tomada en la sentencia CSJ SL-1730-2020 cambió el rumbo del precedente de la Sala de Casación Laboral en relación con la posición ya reiterada y uniforme que imperaba en el estudio de los distintos casos en los que se debatía la pensión de sobrevivientes y, en relación con la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Se sentó con dicho precedente

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

una nueva doctrina que tuvo fundamento en el análisis que hiciera la Corte Constitucional en la sentencia CC C-1094-2003, entre otras decisiones de esa misma estirpe.

El precedente de la Sala de Casación Laboral fijó entonces como regla, que la redacción del literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, prescribió un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, únicamente exigible al caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado.

Siguiendo los lineamientos de la decisión (CSJ SL1730-2020), desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como pensión de sobrevivientes por sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

Así las cosas, se precisó en dicha providencia que, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, la interpretación que corresponde realizar para el afiliado al sistema de seguridad social, en tratándose de pensión de sobrevivientes es la siguiente:

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

Para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

En dicha regla, señaló la Sala, se predica sin distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el sistema general de seguridad social. Lo anterior, teniendo en cuenta el concepto de familia y su protección sin discriminación (sentencia CC C-521 de 2007, citada en sentencia CSJ SL1730-2020).

Siguiendo el alcance fijado en el fallo ya referido, con el fin de determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, señala la Corporación que debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional.

En síntesis, pueden extraerse dos reglas muy claras de la mencionada decisión y que fijan el alcance y la

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al

concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circumscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).

En el contexto que antecede es claro que le asiste razón a la recurrente en relación con la interpretación errónea que hiciera el Tribunal del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues éste arribó a la conclusión de que, para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes de un afiliado, la cónyuge o la compañera permanente debían acreditar un tiempo de convivencia con el causante de cinco años con anterioridad a la muerte.

Así las cosas, la decisión del juez de segundo grado desconoce el nuevo criterio de la Corte, en relación con el tiempo de convivencia exigido para los afiliados, tiempo que impone un análisis que se concreta a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte. Sin que se haga exigible un tiempo específico o determinado.

Siendo así el cargo resulta fundado, sin embargo, la Sala no casará la sentencia impugnada por cuanto en

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

sede instancia se llegaría a la misma conclusión a la que obtuvo el Tribunal puesto que la recurrente no acreditó la la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia con el afiliado fallecido en los términos exigidos en la Ley 797 de 2003 y desarrollados por el actual criterio de la Corte, como se expone seguidamente.

En relación con el tiempo de convivencia alegado por María Teresa Caicedo Caicedo, si bien consta la calidad de beneficiaria en salud del señor Nelson Meléndez, los testimonios de Leydi Constanza González, Luz Marina Castellanos, Jhon Jairo Martínez y Deyanira Claros Ortiz advierten de la convivencia de la pareja por un tiempo determinado, el cual no se logra establecer con claridad. De otra parte, resultan poco convincentes, contradictorias y confusas las declaraciones señaladas, pues si bien afirman que la pareja residía en la casa de propiedad del señor Nelson Javier Meléndez, lo cierto es que los testigos se contradicen en su dicho, pues afirman que los veían a ciertas horas del día, no obstante, los horarios en que manifiestan estar en dicho complejo habitacional, no coinciden con los de la pareja.

Mientras, queda claro que la recurrente como bien lo señaló en su interrogatorio, se encontraba en la ciudad de Medellín desde el mes de junio de 2010 y que no se enteró de la muerte de su esposo de no ser por una amiga. Lo cual le indica a la Sala de que, en efecto, si bien la pareja pudo haber convivido durante un tiempo, su distanciamiento fue tal que ni siquiera hubo conocimiento de su muerte, por tanto, mucho menos podría predicarse la convivencia cuando ocurrió el deceso del causante, requisito que conforme el precedente referido, es necesario para el reconocimiento del derecho.

En síntesis, no le queda duda a la Sala de que Nelson Javier Meléndez vivía en la casa de su madre y en sus últimos días se encontraba en el hospital recluido por sus padecimientos, que no se encontraba conviviendo

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

con María Teresa Caicedo y, que no se evidencia la conformación de un núcleo familiar con ánimo de permanencia entre la recurrente y su cónyuge fallecido, al momento de la muerte. Además, no se tiene certeza del tiempo durante el cual María Teresa cohabitó con el demandante, que al parecer fue desde el año 2007 y que incluyó en sus últimos años, períodos de separación en el que no consta la asistencia o una real comunidad de vida. No existe prueba del acompañamiento, la vida en común, el auxilio mutuo, la unión de recursos o el deber de asistencia que perduró en la pareja, así hubieren tenido que separarse y que refleja la constitución de una familia. De tal manera que no está probada la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte del afiliado, entre este y la demandante".

14. La **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ y SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CAMBIARON LA JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA POR SU MISMA SALA,** mediante sentencias de segunda instancia, así como la que resolvió el recurso extraordinario de casación de la hoy accionante, estas son: de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia denominadas: CSJ SL2222-2021, SL362-2021, SL489-2021, SL4606-2020, SL3785-2020, SL1983-2021, SL1698-2021, SL1388-2021, SL1243-2021, SL4663-2020, SL2930-2020 y SL2961-2020, SL2396-2021, SL2426-2021, SL1983-2021, SL1966-2021, SL2222-2021, SL2218-2021, SL2153-2021, SL1500-2021, SL1905-2021, SL1698-2021, SL1388-2021, SL1455-2021 SL1243-2021, SL1370-2021, SL1176-2021, SL852-2021, SL683-2021 SL605-2021, SL580-2021, SL362-2021, SL239-2021, SL489-2021, SL228-2021, SL087-2021, SL5030-2020, SL5167-2020, SL4750-2020, SL4663-2020, SL4538-2020, SL4623-2020, SL4606-2020, SL4008-2020, SL3785-2020, SL3732-2020, SL3437-2020, SL2926-2020, SL2930-2020, SL2941-2020, SL2961-2020, SL2858-2020, SL2747-2020 y SL2786-2020.

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

15. Las referidas decisiones son arbitrarias, pues, las autoridades judiciales accionadas desconocieron los precedentes que la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

16. Mi representada se encuentra encurso en un perjuicio de carácter irremediable pues por edad y estado de salud el cual se encuentra en alto riesgo debido a la llegada de la pandemia covid 19 a nuestro país.

17. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la norma que rige los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento de la causante. En ese contexto, la aplicable al caso objeto de estudio es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, por encontrarse vigente al 16 de septiembre de 2017 (Sentencia SL 16322 de 2014. Rad. 43184), fecha del óbito de la *de cuius*, que señala:

Artículo 13: Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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.

Cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003

Sobre la discusión que eleva la demandada, la línea de criterio de la Corte Suprema de Justicia estuvo asentada por varios años, en que el requisito de convivencia por espacio de cinco años previos al deceso del causante era exigible tanto para los casos de pensionados como de

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

afiliados (CSJ SL, 20 mayo 2008, radicado 32393; CSJ SL1402-2015; CSJ SL1399-2018 y CSJ SL422-2020).

En ese sentido, la sentencia CSJ SL1399-2018 resolvió que:

2.3 La convivencia es un requisito exigible tanto en la hipótesis de muerte del pensionado como del afiliado

En sentencia SL 32393, 20 may. 2008, reiterada en SL793-2013 y SL1402-2015, la Corte explicó que a pesar de que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, alude al «pensionado», el requisito de convivencia durante 5 años es exigible ante la muerte del «afiliado», pues el artículo 12 de la citada ley «conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a 'los miembros del grupo familiar' del pensionado o afiliado fallecido, motivo por el cual no existe un principio de razón suficiente para establecer diferencias fundadas exclusivamente en una u otra calidad.

Sin embargo, esta postura fue recientemente modificada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1730-2020 y, a través de un nuevo análisis, la Corte dispuso que el requisito de convivencia durante al menos cinco años previos al deceso del causante no era exigible en el caso de afiliados, sino únicamente de pensionados.

Tal posición se fundamentó, en que la redacción del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, hacía clara la intención del legislador de establecer una distinción entre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de los afiliados y la de los pensionados, para evitar conductas fraudulentas, tendientes a acceder a la prestación, con ocasión del deceso de quien disfrutaba de una pensión.

I.

En este punto, es preciso destacar que la causante falleció el 31 de octubre de 2010 y, por ello, la norma llamada a regular el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en la forma en la que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que prevé como beneficiario de la prestación al cónyuge mayor de 30 años que acredite haber hecho vida marital con el causante hasta el

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

momento de la muerte y «...no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte...»

Teniendo en cuenta que la demandante cuenta con más de 30 años, pues nació el 09 de abril de 1962, debe el despacho analizar si aquel es beneficiario de la pensión de sobrevivientes reclamada.

En consecuencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia únicamente debía acreditar que entre el causante y la accionante existió convivencia sin tener en cuenta un tiempo determinado, sin embargo consideró que “*los testimonios de Leydi Constanza González, Luz Marina Castellanos, Jhon Jairo Martínez y Deyanira Claros Ortiz advierten de la convivencia de la pareja por un tiempo determinado, el cual no se logra establecer con claridad. De otra parte, resultan poco convincentes, contradictorias y confusas las declaraciones señaladas, pues si bien afirman que la pareja residía en la casa de propiedad del señor Nelson Javier Meléndez, lo cierto es que los testigos se contradicen en su dicho, pues afirman que los veían a ciertas horas del día, no obstante, los horarios en que manifiestan estar en dicho complejo habitacional, no coinciden con los de la pareja.*” *Mientras, queda claro que la recurrente como bien lo señaló en su interrogatorio, se encontraba en la ciudad de Medellín desde el mes de junio de 2010 y que no se enteró de la muerte de su esposo de no ser por una amiga. Lo cual le indica a la Sala de que, en efecto, si bien la pareja pudo haber convivido durante un tiempo, su distanciamiento fue tal que ni siquiera hubo conocimiento de su muerte, por tanto, mucho menos podría predicarse la convivencia cuando ocurrió el deceso del causante, requisito que conforme el precedente referido, es necesario para el reconocimiento del derecho.*

*“En síntesis, no le queda duda a la Sala de que Nelson Javier Meléndez vivía en la casa de su madre y en sus últimos días se encontraba en el hospital recluido por sus padecimientos, que no se encontraba conviviendo con María Teresa Caicedo y, que no se evidencia la conformación de un núcleo familiar con ánimo de permanencia entre la recurrente y su cónyuge fallecido, **al momento de la muerte**. Además, no se tiene certeza del tiempo durante el cual María Teresa cohabitó con el demandante, **que al parecer fue desde el año 2007 y que incluyó en sus últimos años**, períodos de separación en el que no consta la asistencia o una real comunidad de vida. No existe prueba del acompañamiento, la vida en común, el auxilio mutuo, la unión de recursos o el deber de asistencia que perduró en la pareja, así hubieren tenido que separarse y que refleja la constitución de una familia. De tal manera que no está probada la conformación de un núcleo familiar con*

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte del afiliado, entre este y la demandante”.

En consecuencia, a pesar de encontrar una convivencia de la accionante con el causante incluyó un nuevo requisito que no previó la sentencia SL1730-2020 cual es un periodo de convivencia, pues encontró acreditada la convivencia, pero no por un periodo que logró definir.

IV. PRETENSIONES

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, solicito:

PRIMERO. TUTELAR los derechos fundamentales de mi representada, señora MARIA TERESA CAICEDO CAICEDO derechos fundamentales conculcados a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y móvil, a la seguridad social, al debido proceso, a la protección del adulto mayor, al acceso a la administración de justicia, a la defensa de mi representada y a la igualdad en concordancia con el principio de seguridad jurídica.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, DEJAR SIN EFECTO la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de casación, esta es la proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia proferida el día 28 de abril de 2021, que se identifica con Radicación n.º 62247 y SL1905-2021

V. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE SUTENTAN ESTA VÍA DE HECHO

La acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, preceptúa:

“Artículo 86 de la Constitución Política.

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados **por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.**

(...)

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión". (Se subraya y resalta).

La Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que las personas jurídicas también ostentan la titularidad de los derechos fundamentales.

Sobre el particular en la sentencia T- 627 de 2017 se señaló:

"Esta Corporación ha señalado que las personas jurídicas gozan de la titularidad de derechos fundamentales, y en esa medida, se encuentran legitimadas para formular acciones de tutela. Esta Corte, desde sus inicios, ha defendido la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas y, en tal sentido, en la sentencia T-411 de 1992, por primera vez, se indicó que dichos entes ficticios poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías:

i) Indirecta, se presenta cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas.

Directa, se presenta cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas. 35. A su turno, la sentencia T-201 de 1993 señaló que las personas jurídicas tienen sus propios derechos fundamentales, tales como, debido proceso, igualdad, buen nombre, inviolabilidad de la correspondencia, domicilio y los papeles privados, acceso a la administración de justicia y habeas data, además, en la mencionada providencia se consideró que los entes ficticios son una proyección del ser humano; surgen de acuerdo con una serie de acciones que

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

proviene de las personas naturales; cuentan con patrimonio, autonomía propia y un "good will" que gracias a sus realizaciones ha adquirido, los cuales son distintos a los de sus miembros, pues esa persona jurídica por sí misma es poseedora de unos derechos y correlativamente de unas obligaciones".

En cuanto a la acción de tutela contra providencias judiciales, excepcionalmente se ha admitido su procedencia en los eventos en que el operador jurídico ha incurrido en lo que se denomina **vías de hecho**, siempre y cuando se verifiquen los requisitos generales y alguno de los requisitos específicos decantados en la jurisprudencia constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU-669 de 2015 reiteró:

"A la Corte le correspondió definir la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando realizó control abstracto a varias disposiciones del decreto 2691 de 1991. En la sentencia C-543 de 1992 se declaró la inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 reglamentario de la acción de amparo, y precisó que existe la posibilidad excepcional de controvertir decisiones judiciales, a través de la mencionada acción pública cuando ellas la autoridad judicial, en lugar de actuar en derecho, lo hace a través de vías de hecho.

*Esta Corporación acudió así, al concepto de **vía de hecho** para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando una decisión viola de forma flagrante y grosera la Constitución y por tanto, al ser caprichosa y arbitraria, ya no se encuentra en el ámbito de lo jurídico, sino en el campo de la vía de hecho judicial.*

La jurisprudencia constitucional determinó que el concepto de vía de hecho hace parte de un esquema más amplio de requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, unos de carácter general (referidos a la procedibilidad de la acción de tutela) y otros específicos (relativos a la tipificación de las situaciones que conducen al desconocimiento de derechos fundamentales, principalmente el derecho al debido proceso). De este modo, la posibilidad de adelantar el examen en sede de tutela de la providencia judicial señalada de quebrantar

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

derechos fundamentales, conforme lo ha establecido de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia constitucional, en particular desde la Sentencia C-690 de 2005, se encuentra supeditada al cumplimiento de unos requisitos generales [...]” (resaltado fuera de texto).

Más adelante en la misma sentencia se indicó:

*“Cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, con el fin de preservar la seguridad jurídica y respetar la independencia de los funcionarios que administran justicia, además de establecer la procedibilidad de la acción de tutela conforme a los presupuestos antes indicados, **es necesario examinar si la decisión judicial cuestionada está afectada por alguna de las causales específicas de procedencia.**”* (Se resalta y subraya).

Procedo a demostrar los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales:

VI. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD:

- a. **LA CUESTIÓN QUE SE DISCUTE ES DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL, AL INVOLUCRAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, AL MÍNIMO VITAL Y MÓVIL, A LA SEGURIDAD SOCIAL, AL DEBIDO PROCESO, AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, A LA PROTECCIÓN DEL ADULTO MAYOR, A LA DEFENSA DE MI REPRESENTADA Y A LA IGUALDAD EN CONCORDANCIA CON EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA**

Nuestra Carta Política, consagra en el artículo 29 el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a todas las personas, tanto naturales como jurídicas ya sean estas públicas o privadas.

De esta norma constitucional se derivan con claridad, además del derecho fundamental al debido proceso, el principio constitucional de seguridad jurídica, los cuales fueron transgredidos, en detrimento de mi representada, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia pues decidió el asunto de marras careciendo de

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

competencia absoluta para ello y desconociendo de forma grave el trámite dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.

Por tanto, el problema jurídico que se plantea con la presente acción es que la Sala Laboral accionada, incurrió en graves errores, vulnerando el principio de seguridad jurídica, el derecho al debido proceso, entre otros principios y derechos de rango constitucional, así como el acceso a la administración de justicia de mi representada.

En cuanto al principio de seguridad jurídica la Corte Constitucional, mediante sentencia T 502 de 2002, ha expuesto lo siguiente:

“3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento.”²

Y es que, debe revisarse la sentencia que se acusa de vía de hecho, pues **la misma no puede afectar el interés general ni mucho menos pasar por alto los preceptos constitucionales y jurisprudenciales que obvió el Despacho acusado, así como que fue proferida en completo desconocimiento del precedente jurisprudencial.**

Lo anterior, se constituye como un claro un perjuicio en el sentido en que se **cambió el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral**, lo que va en contravía del principio de seguridad jurídica que se basa en la certeza del derecho y que garantiza que una situación jurídica no sea modificada sino por procedimientos regulares o los conductos establecidos en la ley de manera previa, respecto al cambio del precedente, con lo que incurrió en claros defectos desarrollados en los hechos de esta tutela y que resumimos de la forma siguiente:

- b. QUE LA ACCIONANTE HAYA AGOTADO LOS RECURSOS JUDICIALES ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS ANTES DE ACUDIR AL JUEZ DE TUTELA.**

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia proferida el 28 de abril de 2021, que se identifica con Radicación n.º 62247 y SL1905-2021, no puede ser cuestionada por ningún medio judicial, a excepción de la Acción de Tutela.

En relación con el recurso extraordinario de revisión cabe advertir que la interposición del mismo está supeditado a la comprobación de las causales taxativas establecidas en la ley y, por lo tanto, este mecanismo no resulta idóneo para la protección de los derechos fundamentales invocados.

Sobre el particular, en la sentencia SU-669 de 2015, la Corte Constitucional advirtió: *“Frente al recurso de revisión, como mecanismo idóneo y eficaz, la Corte ha decantado las reglas a partir de las cuales se puede identificar, cuando el recurso extraordinario no es exigible. La Sala Plena ha expuesto que este mecanismo judicial, prima facie, es un espacio de protección de derechos fundamentales; su finalidad es revertir decisiones que hacen tránsito a cosa juzgadas al vulnerar la justicia material; así como eventos en los que nuevos hechos evidencian que una providencia se tomó a partir de evidencia ilegal.”*

El recurso extraordinario de revisión puede presentar dificultades en casos concretos, en virtud a que su procedencia está prevista en causales taxativas y regladas. En ocasiones, las mismas no se adecuan a los defectos que se señalan de una sentencia ejecutoriada. De esta manera, puede ocurrir que nos encontremos ante una sentencia injusta y violatoria de derechos fundamentales, pero no exista manera de atacarla a través de las causales del recurso extraordinario de revisión.”

c. QUE LA PETICIÓN CUMPLA CON EL REQUISITO DE INMEDIATEZ ATENDIENDO A CRITERIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

Si bien es cierto, para la eventual concesión de la presente acción de tutela, debe estar supeditada a la verificación de ciertas condiciones de procedibilidad, entre las cuales se encuentra el cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, las mismas no son talanquera para que en algunos casos en los que la decisión judicial vulneró de manera protuberante los derechos fundamentales o las normas de orden público, como en el caso que nos ocupa, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, ha admitido que no resultaba

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

conveniente anteponer tal exigencia, pues no constituye un obstáculo insuperable que impida otorgar la protección.

Aunque la acción se dirige contra la sentencia dictada la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia proferida el 28 de abril de 2021, que se identifica con Radicación n.º 62247 y SL1905-2021, donde se decidió no casar la sentencia de segunda instancia adversa al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pretendido por la accionante, lo cierto es que por tratarse de un derecho pensional, el cual tiene carácter imprescriptible e irrenunciable, su vulneración siempre será actual, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia SU-1073 de 2012, al señalar que:

«En lo que tiene que ver con el requisito de inmediatez, la acción de tutela resulta procedente en todos los casos estudiados, pues: (i) a pesar del paso del tiempo, es claro que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, las mesadas pensionales son imprescriptibles y (ii) la jurisprudencia constitucional ha referido que esta característica hace que la vulneración tenga el carácter de actual, incluso luego de pasados varios años de haberse proferido la decisión judicial.

En cuanto a la imprescriptibilidad del derecho a la indexación de la primera mesada pensional y su relación con el requisito de la inmediatez, señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-042 de 2011 que la negativa a su reconocimiento (...) puede originar la vulneración, amenaza o desconocimiento de un derecho que implica una prestación periódica, por lo que su afectación, en caso de presentarse alguna, se habría mantenido durante todo el tiempo, siendo soportada incluso hoy en día por los extrabajadores y ahora pensionados de la accionada. Son estas las razones que llevan a la Sala a concluir que la vulneración señalada, en caso de presentarse, tiene un carácter de actualidad, lo que confirma que en esta específica situación se cumple con el requisito de la inmediatez y, por consiguiente, se satisfacen los presupuestos exigidos para declarar procedente la acción.”

En este sentido, se debe entender que los casos objeto de análisis de la presente providencia, cumplen con este requisito general de procedibilidad de la acción de tutela, puesto que todos los accionantes tienen una pensión de vejez reconocida, y están viendo negado su derecho a la indexación de su primera mesada pensional. Es así como, tratándose de un derecho fundamental imprescriptible, y habiendo cumplido los

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

accionantes con el requisito de acudir previamente a la jurisdicción ordinaria, no entrará a analizar la Corte el tiempo transcurrido entre las decisiones que negaron el derecho a la indexación y la presentación de la acción de tutela por parte de los accionantes, pues en este caso se debe entender que la afectación al derecho fundamental tiene un carácter de actualidad.»

Así las cosas, ante la evidente vulneración de las garantías constitucionales, por ejemplo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia concedió la tutela, a pesar de que no se agotaron los mecanismos ordinarios de defensa judicial, ni se promovió en forma oportuna el amparo, con el fin de «*proteger los derechos reclamados por la parte accionante, en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal*». (ST de 12 de octubre de 2012. Exp. 2012-1545-01 reiterada en la CSJ ST3012-2019), pues (...) ésta no puede verse limitada por formalismos jurídicos, porque aunque no se pone en duda que su viabilidad está supeditada a la verificación de ciertas condiciones de procedibilidad, la jurisprudencia constitucional ha determinado que la mera ausencia de un requisito general de procedencia como el de subsidiariedad, no puede erigirse en parámetro absoluto para privar al actor del goce efectivo de sus derechos superiores, ni para prohijar su quebranto con la actitud silente del juez que conoce del reclamo dirigido a obtener su protección». (ST de 13 de agosto de 2013. Exp. 2013-093-01)

En conclusión, no es congruente con la finalidad de la acción de tutela aplicar el principio de inmediatez como barrera para hacer el estudio de fondo.

Debo recordar que el accionante acreditó que tiene en la actualidad 59 años de edad, que sufre de artritis, tensión alta y tumores en los senos, teniendo dificultades para conciliar el sueño; padecimientos que implican que el paciente se encuentra en un riesgo inminente y su salud no es óptima máxime que cuenta con 59 años y por la situación de pandemia que se ha extendido desde marzo de 2020 hasta el momento de la presentación de la acción de tutela.

Además no cuenta con un alto grado de escolaridad, lo que es una negación indefinida y no requiere prueba, máxime cuando tuvo que acudir a una abogada para la elaboración y sustentación de la presente acción de tutela.

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

Lo expuesto hace concluir que la accionante en efecto es una persona en una situación de vulnerabilidad económica considerable, lo que determina que el Juez de tutela entre a valorar de fondo la situación, aún a pesar de haberse interpuesto el amparo por fuera del término que la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional ha adoptado como razonable para la interposición de tutelas contra providencias. En el entendido que de no conferirse un derecho que alega poseer solo por motivos procesales, se podría deteriorar aún más sus condiciones de existencia, lo que sería contrario a la finalidad de la función de administrar justicia.

d. QUE EN EL EVENTO DE FUNDAMENTARSE LA SOLICITUD DE TUTELA EN UNA IRREGULARIDAD PROCESAL, ÉSTA TENGA INCIDENCIA DIRECTA EN LA DECISIÓN.

La irregularidad procesal está fundamentada en un defecto fáctico y el desconocimiento del precedente judicial sobre: i) las reglas para determinar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en caso de afiliado; ii) las reglas para la procedencia de condena por pensión de sobrevivientes para determinar la convivencia entre la beneficiaria y el *de cuius* y iii) las reglas para la liquidación en la condena de la prestación de sobrevivientes.

En efecto, si las ACCIONADAS hubiesen aplicado los referidos precedentes judiciales y valorados las pruebas oportuna y regularmente aportadas, las decisiones adoptadas serían totalmente diferentes, toda vez que las sentencias habría arribado a la conclusión.

e. QUE LA ACCIONANTE IDENTIFIQUE EN FORMA RAZONABLE LOS HECHOS QUE GENERAN LA VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS Y QUE, DE SER POSIBLE, HAYAN SIDO CUESTIONADOS AL INTERIOR DEL PROCESO JUDICIAL.

A lo largo del presente escrito, se han descrito los hechos y omisiones en los que se configura la vulneración de los derechos fundamentales que se alega.

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

f. QUE EL FALLO CENSURADO NO SEA DE TUTELA.

La decisión judicial mediante la cual se vulneraron los derechos fundamentales de MARÍA TERESA CAICEDO se profirieron en el curso de un proceso ordinario.

g. REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD:

Los requisitos especiales de procedibilidad pueden ser (i) el defecto orgánico, (ii) el defecto sustantivo, (iii) **el defecto procedural**, (iv) **el defecto fáctico**, (v) el error inducido, (vi) **la decisión sin motivación**, (vi) **el desconocimiento del precedente judicial** y (vii) **la violación directa de la constitución**.

En el presente caso en las sentencias proferidas por la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ (29 de junio de 2012) y la SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA proferida el día 28 de abril de 2021, que se identifica con Radicación n.º 62247 y SL1905-2021, se configuraron los siguientes defectos como se explica a continuación:

a. DEFECTO FÁCTICO

El defecto fáctico como causal de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales se configura cuando la autoridad jurídica en la decisión judicial carece del apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal que le sirvió de fundamento porque omitió valorar una prueba o la valoración no se realiza dentro de un marco racional.¹

Sobre el defecto fáctico, la sentencia de la Corte Constitucional SU – 448 de 2016 precisó:

*“[E]l defecto fáctico “[s]e estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. (...) el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, **no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio,***

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales.”

La Corte Constitucional estableció ya en su jurisprudencia las varias modalidades en que puede presentarse este defecto que pueden resumirse en dos dimensiones, positiva y negativa. La positiva se refiere a las acciones valorativas o acciones inadecuadas que el juez hace sobre las pruebas, y la negativa hace referencia a las omisiones del decreto, práctica o en la valoración de las mismas. En la Sentencia T-102 de 2006, la Sala Séptima de Revisión afirmó lo siguiente:

“La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Y una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnere la Constitución”.

[...]

No obstante, el operador judicial ostente un amplio margen de valoración probatoria sobre el cual fundamentará su decisión y formará libremente su convencimiento, “inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)”, esta facultad nunca podrá ser ejercida de manera arbitraria, pues dicha valoración lleva intrínseca “la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de administración de justicia

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que cuando en el defecto fáctico se habla, por un lado, de la dimensión positiva se pueden presentar dos hipótesis: (i) por aceptación de prueba ilícita por ilegal o por constitucional, y (ii) por dar como probados hechos sin que realmente exista prueba de los mismos; y por otro lado, la dimensión negativa puede dar lugar a tres circunstancias: (i) por omisión o negación del decreto o la práctica de pruebas determinantes, (ii) por valoración defectuosa del material probatorio y (iii) por omitir la valoración de la prueba y dar por no probado el hecho que emerge claramente de ella”.

Defecto orgánico, en tanto que, conforme fue explicado en los hechos de este escrito, el competente para conocer de este trámite era la Sala Permanente Laboral de la Corte Suprema de Justicia, comoquiera que la Sala accionada incurrió en anomalía al proferir la sentencia y cambiar de forma radical su precedente jurisprudencial horizontal vinculante.

Defecto procedimental, absoluto en tanto que la Sala de Casación Laboral, modificó su jurisprudencia.

Defecto material o sustantivo, porque la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se apartó abiertamente de las normas laborales que contienen las reglas para determinar la procedencia de la pensión de sobrevivientes en el caso de afiliados.

Defecto por expedir decisión sin motivación, porque la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia NO cumplió con su carga de fundar rigurosamente su posición y expresar las razones contundentes para distanciarse válidamente del precedente.

En ese sentido, se tiene que la decisión cuestionada en esta tutela quebrantó el derecho fundamental al debido proceso de mi mandante, así como al de la igualdad y el principio de la seguridad jurídica.

En el presente caso en las sentencias proferidas por el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ (17 de septiembre de 2012), la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL de la misma ciudad (07 de febrero de 2013) y la SALA

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, el día 28 de abril de 2021, que se identifica con Radicación n.º 62247 y SL1905-2021 se configuraron los siguientes defectos como se explica a continuación:

b. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

El desconocimiento del precedente judicial se configura cuando el operador jurídico no tiene en cuenta u omite las decisiones judiciales emitidas por las altas cortes o por ellas mismas para resolver casos que guardan identidad fáctica y jurídica.

Respecto del desconocimiento del precedente judicial, la Corte Constitucional en sentencia T- 469 de 2017 indicó: “*El precedente judicial ha sido definido por el Alto Tribunal Constitucional como “aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”.*

La aplicabilidad del precedente por parte del juez es de carácter obligatorio, siempre que la ratio decidendi de la sentencia antecedente (i) establezca una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) haya servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o una cuestión constitucional similar a la que se estudia en el caso posterior; y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la providencia anterior sean semejantes o planteen un punto de derecho parecido al que se debe resolverse posteriormente.

La Corte Constitucional ha sostenido que la importancia de seguir el precedente radica en dos razones, a saber:

La primera, en la necesidad de garantizar el derecho a la igualdad y los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada, buena fe, confianza legítima y de racionabilidad, pues la actividad judicial se encuentra regida por estos principios constitucionales:

[...]

La segunda, en el carácter vinculante de las decisiones judiciales en

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

la medida en que “el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, (...), sino una práctica argumentativa racional”. En este sentido, y dado que los fallos de las autoridades judiciales delimitan parte del engranaje del ordenamiento jurídico, se le otorga a la sentencia precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

No obstante, el precedente no constituye una obligatoriedad absoluta, pues en razón del principio de la autonomía judicial, el juez puede apartarse de aquellos, siempre y cuando presente (i) de forma explícita las razones por las cuales se separa de aquellos, y (ii) demuestre con suficiencia que su interpretación aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales.

El desconocimiento del precedente se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidos por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia.”

Si bien los falladores ordinarios tienen la libertad discreta y razonable para la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, los jueces constitucionales pueden inmiscuirse en su función, cuando aquellos incurren en una flagrante desviación del mismo.

Al respecto, la Corte ha manifestado que:

...[E]l Juez natural está dotado de discreta autonomía para interpretar las leyes, de modo que el amparo sólo se abre paso si “se detecta un error grosero o un yerro superlativo o mayúsculo que, abrupta y paladinamente cercene el ordenamiento positivo; cuando tenga lugar un ostensible e inadmisible resquebrajamiento de la función judicial; en suma, cuando se presenta una vía de hecho, así denominada por contraponerse en forma manifiesta al sistema jurídico, es posible reclamar el amparo del derecho fundamental constitucional vulnerado o amenazado...” (CSJ STC, 11 may. 2001, rad. 0183; reiterada en STC4269-2015, 16 abr. 2015).

Así pues, se ha reconocido que cuando el Juez se aparta de la jurisprudencia, sin aportar argumentos valederos o cuando se presenta un defecto sustantivo en el proveído, entre otros, se estructura la

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

denominada *«vía de hecho»*. Ahora bien, para que se configure el defecto por el desconocimiento del precedente judicial es necesario demostrar la existencia de una o múltiples decisiones aplicables al caso concreto y que la decisión judicial cuestionada es contraria a dichas decisiones judiciales, sin que se haya presentado una justificación razonable por parte de la autoridad judicial para apartarse del precedente.

II. EN RELACIÓN CON EL DESCONOCIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA

La Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, aplicados en la pensión de sobrevivientes así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”
2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual “el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes[”]
3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

“(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido”

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia. Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional. Por esto, dijo la Corte, con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[...]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes “constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar”.

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, 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.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, revisó la norma ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, 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; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

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.

Además, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «*BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES*», se precisó que «*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 el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes*

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

por la Corte Constitucional como “A aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”. De su parte, el artículo 5º de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

“(...) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5º de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral”

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliar como beneficiario del Plan Obligatorio de

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones en dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquél durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, *in dubio pro operario*, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto.

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

En consecuencia, en el presente caso en las sentencias proferidas por la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ (29 de junio de 2012) y la SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA proferida el día 28 de abril de 2021, que se identifica con Radicación n.º 62247 y SL1905-2021, se configuraron los defectos en cuanto al desconocimiento del precedente judicial SL1730-2020, CSJ SL2222-2021, SL362-2021, SL489-2021, SL4606-2020, SL3785-2020, SL1983-2021, SL1698-2021, SL1388-2021, SL1243-2021, SL4663-2020, SL2930-2020 y SL2961-2020, SL2396-2021, SL2426-2021, SL1983-2021, SL1966-2021, SL2222-2021, SL2218-2021, SL2153-2021 SL1500-2021, SL1905-2021, SL1698-2021, SL1388-2021, SL1455-2021 SL1243-2021, SL1370-2021, SL1176-2021, SL852-2021, SL683-2021 SL605-2021, SL580-2021, SL362-2021, SL239-2021, SL489-2021, SL228-2021, SL087-2021, SL5030-2020, SL5167-2020, SL4750-2020, SL4663-2020, SL4538-2020, SL4623-2020, SL4606-2020, SL4008-2020, SL3785-2020, SL3732-2020, SL3437-2020, SL2926-2020, SL2930-2020, SL2941-2020, SL2961-2020, SL2858-2020, SL2747-2020 y SL2786-2020.

III. FRENTE A LA CONDICIÓN DE ADULTO MAYOR DE LA ACCIONANTE

La especial protección para los adultos mayores, en los cuales se establece la necesidad de otorgarles unas especiales garantías para preservar la vida de estos individuos en condiciones dignas, proscribiendo la discriminación, los maltratos y buscando brindarles la atención en salud, cariño y cuidados que, en general, requieren durante su vejez.

Las Naciones Unidas, en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con esa perspectiva de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General N° 6 de 1995: “*Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad*”.

Además, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, efectuó en 2010 la “*Recomendación*

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

*General N° 27 sobre la protección de las mujeres mayores y de sus derechos humanos*¹.

Igualmente, la “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores” el 15 de junio de 2015, en su artículo 6º dice:

“(...) Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población”.

“Los Estados Parte tomarán medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado (...).”

Y el artículo 17 establece la obligación de promover “(...) progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social (...).”

Además, en el artículo 31 refiere la obligatoriedad de “(...) asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas (...”, para lo cual, han de “(...) garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales (...)" y “(...) [l]a actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor (...).”

La Constitución Política de Colombia consigna varios derechos a favor de las personas mayores, tales como la dignidad humana, la vida, igualdad y

¹ “General recommendation N° 27 on older women and protection of their human rights” (CEDAW/C/2010/47/GC.1).

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

no discriminación, salud, seguridad social, familia y acceso a la administración de justicia, entre otros muchos (arts. 1, 11, 13, 42, 46, 48 y 49).

La Corte Constitucional ha dicho que por sus particulares condiciones son “*sujetos de especial protección*”, CC C177-2017.

Sobre el reconocimiento de pensiones, la seguridad social adquiere una relevancia vital, por constituir un ingreso económico a través del cual se garantiza la subsistencia de los adultos mayores en sus últimos años de vida, así se ha dejado sentado en múltiples fallos de tutela (CC T-0343 de 2014 y CC T-079 de 2016).

Respecto del reconocimiento y pago de una prestación de esa índole, elevada por una persona de avanzada edad, como la accionante, la Corte Constitucional, sentencia T-463 de 2003, citada en la C-177 de 2016 consideró:

“(...) Entre los sujetos de especial tutela constitucional se encuentran los adultos mayores, quienes al alcanzar cierta edad ven disminuida su capacidad física y con ello la posibilidad de ejercer en toda su dimensión algunos de sus derechos. Dada esta pérdida progresiva de - entre otras cosas- la fuerza laboral, es probable que la única fuente de ingresos que puedan percibir sea la pensión. Es por esto que resulta especialmente grave la no cancelación o la cancelación parcial de las mesadas pensionales, pues ello puede menoscabar el derecho a disfrutar de condiciones de vida digna, el derecho a la salud y el derecho al mínimo vital, entre otros, de las personas ancianas”.

“Ha dicho esta Corporación al respecto: "Si una persona sobrepasa el índice de promedio de vida de los colombianos (se estima en 71 años), y ella considera que se le ha dado un trato discriminatorio en el reajuste pensional y por tal motivo ha reclamado ante juez competente, pero se estima razonablemente que el solicitante ya no existiría para el momento que se produjera la decisión judicial, debido a su edad avanzada, entonces, ese anciano no tiene otro medio distinto al de la tutela para que, provisionalmente se ordene el respeto a su derecho (...)"².

² Corte Constitucional, sentencia T-463 de 2003, citada en la C-177 de 2016.

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

En el sub examine, la accionante cuenta con 59 años como lo acredita copia de mi cedula de ciudadanía allegada en la presente acción de tutela.

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

El defecto por violación directa de la constitución se presenta, entre otros, cuando la providencia judicial incurre en la violación de un derecho constitucional de aplicación inmediata.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T- 209 de 2015:

“En cuanto al defecto de violación directa de la Constitución, la jurisprudencia ha considerado que puede no ser una burda trasgresión de la Carta, pero sí se presenta por decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

Este defecto se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4º de la Carta Política, según el cual “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

*La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y actos administrativos por violación directa de la Constitución, en principio fue considerada como un defecto sustantivo. Posteriormente, la **Sentencia T- 949 de 2003** la incluyó como una causal de procedibilidad de la acción de tutela de carácter independiente y autónomo. Esta interpretación se consolidó en la **Sentencia C-690 de 2005**, en la que la Corte al estudiar una acción pública de inconstitucionalidad contra la disposición del Código de Procedimiento Penal, que aparentemente proscribía la acción de tutela contra fallos dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, incluyó definitivamente la violación directa de la Constitución como un defecto autónomo que justifica la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Este tribunal constitucional sostuvo que: “(...) la violación directa de la Constitución opera en dos circunstancias: uno (i), cuando se deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, dos (ii), al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución”.*

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

La jurisprudencia constitucional también ha sostenido que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución cuando:

“(a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. En el segundo caso, el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que con base en el artículo 4 de la C.P, la Constitución es norma de normas y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad”

En conclusión, la superioridad de la Constitución, la aplicación directa de algunos mandatos y prohibiciones vinculan a funcionarios administrativos aunque se trate de empleados de entidades particulares. Por eso es posible que una decisión pueda discutirse en sede de tutela cuando desconozca o aplique indebida e irrazonablemente tales postulados.”

En el presente caso, la sentencia objeto de reproche desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, y a la igualdad ante la ley porque como consecuencia de la inaplicación del precedente judicial respecto de la declaración del contrato de trabajo, la no imposición automática de la indemnización moratoria y su cuantificación.

JURAMENTO

Declaro bajo la gravedad del juramento que la señora MARIA TERESA CAICEDO CAICEDO no ha interpuesto una acción de tutela por los mismos hechos y pretensiones.

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

ANEXOS

1. Copia de la SL1905-2021 proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el pasado 28 de abril de 2021.
2. Declaración juramentada del señor FERNANDO PEREZ BAQUERO.
3. Fotocopia de la cedula de ciudadanía de la señora MARIA TERESA CAICEDO CAICEDO.
4. Copia del Registro civil de Matrimonio celebrado entre mi representada y el causante celebrado el día 18 de noviembre de 2005.
5. Copia de recibos públicos domiciliarios de la residencia donde vive la accionante que acredita el estrato 2.
6. Registro civil de defunción del señor NELSON JAVIER MELENDEZ VILLANUEVA.
7. Sistema de gestión que acredita el estado en que se encuentra el proceso ordinario laboral de MARIA TERESA CAICEDO CAICEDO adelantado ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

NOTIFICACIONES

- La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las recibirá en la Cl. 12 ##7-65, Bogotá y/o en el correo electrónico: seclabdes@cortesuprema.ramajudicial.gov.co.
- La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, las recibirá en AV CALLE 24 # 53-28 TORRE C en la ciudad de Bogotá y/o en el correo electrónico: tsistribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.
- El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, las recibirá en Cl. 14 #7-36 en la ciudad de Bogotá y/o en el correo electrónico: jlato07@cendoj.ramajudicial.gov.co
- A la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A. (ING), hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al correo electrónico:
- A la suscrita apoderada, al correo electrónico flormarinazabala@gmail.com

MARINA ZABALA DE BENÍTEZ

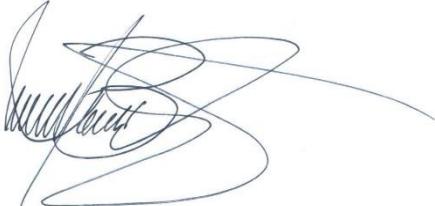
ABOGADA

Cel. 3152478124

flormarinazabala@gmail.com

Bogotá – Colombia

De los señores Magistrados, Atentamente,



FLOR MARINA ZABALA DE BENITEZ

C.C. 20.935.548 expedida en Soacha.

T.P No. 32.796 del C. S. de la J.