



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número 27

Audiencia 235

En Santiago de Cali, a los tres (03) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), siendo la fecha y hora señalada por auto que precede, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituimos en audiencia pública con el fin de resolver el recurso de apelación de la sentencia número 297 del 21 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por LUZ MARINA MOSQUERA DE CASTIBLANCO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Las partes no presentaron alegatos de conclusión dentro de este trámite.

No se decretaron pruebas en esta instancia, a continuación, se emite la siguiente



SENTENCIA N. 229

Pretende la demandante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 12 de mayo de 2006, en calidad de cónyuge supérstite del señor WILLIAM CASTIBLANCO ANGEL, con el correspondiente retroactivo, intereses moratorios y costas.

En sustento de esas pretensiones, manifiesta que el deceso del señor WILLIAM CASTIBLANCO ANGEL acaeció el 12 de mayo de 2006, quienes eran casados y convivieron hasta la fecha del fallecimiento, que de esa unión procrearon cuatro hijos, hoy mayores de edad, que el causante cotizó 577 semanas, dejando a la fecha de su muerte el derecho de la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios.

Que presentó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual negada en el acto administrativo número 16488 del 31 de octubre de 2007, que contra la mencionada resolución interpuesto los recursos de ley, quedando pendiente por resolver el de apelación.

Que la entidad demandada en acto administrativo GNR216903 del 25 de julio de 2016, le niega de nuevo la pensión de sobrevivientes pero le reconoce la indemnización sustitutiva (fl.28 a 34).

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES se opone a que se le reconozca las pretensiones a la libelista, toda vez que la norma aplicar es la que se encontraba vigente a la fecha del fallecimiento, el cual ocurrió el 12 de mayo de 2006, siendo entonces la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, ausencia de causa para demandar y la innominada (fl.44 a 51).



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió con sentencia, mediante la cual la A quo, ABSOLVIO a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de las pretensiones incoados en la demanda propuesta por la señora LUZ MARINA MOSQUERA DE CASTIBLANCO.

A tal conclusión llegó la A quo al señalar que revisado la historia laboral allegada al plenario el causante cotizó 582.01, semanas, en toda su vida laboral, de las cuales 486 semanas fueron cotizadas con anterioridad al 1º de abril de 1994, que el causante cumple con el requisito de haber dejado 300 semanas de cotización, razón por la cual se puede aplicar la condición más beneficiosa; sin embargo la actora no acreditó la dependencia económica respecto al causante, como tampoco las otras circunstancias enunciadas en el test de procedencia que exige la sentencia SU 05 de 2018.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial la parte actora, interpone recurso de alzada en contra de la decisión de primera instancia, señalando que en el proceso existen situaciones que permiten considerar que la actora tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, que el requisito que estableció la sentencia no puede estar por encima de la Ley, que dentro del presente proceso no era necesario establecer la dependencia económica, la cual fue demostrada ante Colpensiones, lo que generó que la entidad le hiciera la devolución de los aportes a la libelista.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA



Corresponderá a la Sala, resolver: i) Si es posible, atender la pretensión de pensión de sobrevivientes, requerida, es decir, si el causante dejó el requisito de semanas exigidos por la ley, o la jurisprudencia para la prestación reclamada; y si están acreditados los requisitos requeridos para que la demandante sea beneficiaria de la prestación ii) De ser así, desde cuando operó el fenómeno prescriptivo, que da lugar al consecuente retroactivo pensional; y iii), si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

No es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos:

1. La fecha del deceso del señor William Castiblanco Ángel, hecho acaecido el 12 de mayo de 2006 (fl.22).
2. Las cotizaciones que el señor William Castiblanco hizo al Sistema General de Seguridad Social en pensiones ante el ISS hoy COLPENSIONES un total de 582.01 semanas, en el período comprendido entre el 18 de noviembre de 1974 al 31 de julio de 1988, tal y como se observa en la historia laboral obrante a folio 14 del plenario.
3. Reposa a folio 23 del plenario partida de matrimonio celebrado entre el causante y la libelista el día 28 de noviembre de 1979.
4. Se extrae del CD allegado por Colpensiones el acto administrativo GNR 317302 del 28 de octubre de 2016, a través de la cual Colpensiones reconoce la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a la demandante en cuantía de \$11.758.021 (fl.11 a 14).

Para darle respuesta al primero de los planteamientos expuestos, esto es, si se dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, se hace necesario, partir de la fecha de fallecimiento del señor WILLIAM CASTIBLANCO ANGEL, acaecido el 12 de mayo de 2006, estando vigente la Ley 797 de 2003, que en el artículo 12 dispone:



“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento...”.

De acuerdo a la historia laboral, obrante a folios 14, la última cotización realizada por el causante fue en el mes de julio de 1988, resultando claro que al momento del deceso, mayo de 2006, no estaba cotizando y hacía muchos años que había dejado de hacerlo, por lo tanto, al tenor de la norma citada, no surge el derecho a la pensión de sobrevivientes.

La parte actora reclama la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para acceder a la prestación. Veamos el marco jurisprudencial al respecto:

La Sentencia C-168 de 1995 dispuso:

“[d]e conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.”

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia SL4650-2017 estableció que este principio de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características:

“a) Es una excepción al principio de la retrospectividad b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo. c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro. d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva. e) Entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede



modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada. f) Respeto la confianza legítima de los destinatarios de la norma.”

Establece claramente ese pronunciamiento:

“Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.

De lo anterior queda claro que, es indispensable para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa que el afiliado cumpla con todos los requisitos exigidos por la norma que pretende le sea aplicada, antes de que se dé el cambio de legislación o dentro de lo que llama nuestro órgano de cierre de la jurisdiccional ordinaria “*zona de paso*” .

Pero sobre el tema que nos ocupa, también se ha pronunciado la corte Constitucional SU -005-2018, cuya finalidad, en palabras de la Guardiana de la Constitución es dar hacer un “ajuste jurisprudencial a la interpretación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes”, y para ello expuso textualmente las siguientes consideraciones:



(i) De conformidad con lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de sobrevivientes son los dispuestos en las leyes del Sistema General de Pensiones, esto es, el sistema reglado entre otras, por la Ley 100 de 1993 y modificado por la Ley 797 de 2003. Esta regla constitucional impide la aplicación ultractiva de regímenes de pensiones de sobrevivientes anteriores a la Ley 100 de 1993.

(ii) Varias Salas de Revisión han aplicado, de manera ultractiva, el régimen previsto por el Acuerdo 049 de 1990 -e incluso regímenes anteriores-¹, en cuanto al primer requisito para la causación del derecho, esto es, el número mínimo de semanas de cotización para la obtención de la pensión de sobrevivientes.

(iii) Asimismo, en la Sentencia SU-442 de 2016 la Sala Plena aplicó de forma ultractiva el régimen del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto al requisito del número mínimo de semanas de cotización para la pensión de invalidez. Sin embargo, debido a que la pensión de sobrevivientes tiene una finalidad distinta de aquella de la pensión de invalidez -a saber, amparar al beneficiario del riesgo de desaparición del ingreso del cotizante, y garantizar la sustitución de este emolumento por el provisto por la pensión-, la Sala Plena no cambió su jurisprudencia acerca de la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 o anteriores, en cuanto tiene que ver con la pensión de invalidez, sino que la distinguió de aquella que debe aplicarse en cuanto a la pensión de sobrevivientes.

(iv) La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el principio de la condición más beneficiosa de una forma que lejos de resultar constitucionalmente irrazonable es acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005. Para dicha Corte, este principio no da lugar a la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 u otros regímenes anteriores. Por tanto, el hecho de que el cotizante hubiese realizado aportes pensionales, por lo menos por el número mínimo de semanas previsto en dicha normativa para acceder a la pensión de sobrevivientes, sumado a la muerte del cotizante tras la expedición de la Ley 797 de 2003, no genera el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes para el beneficiario. Esta regla, en todo caso, sí ha considerado la aplicación ultractiva de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, para efectos del cómputo de las semanas mínimas de cotización, únicamente en aquellos supuestos en los que la muerte del afiliado hubiese acaecido dentro de los 3 años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003. (Esta postura fue unificada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 25 de enero de 2017, Expediente SL45650-2017, Radicación N° 45262.)

¹ Cfr., entre otras, las sentencias T-566 de 2014, T-719 de 2014, T-735 de 2016, T-084 de 2017 y T-235 de 2017.



(v) No obstante, para la Corte Constitucional, la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sí resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder a la pensión de sobrevivientes es una persona vulnerable. En estos casos, los fines que persigue el Acto Legislativo 01 de 2005 -hacer viable el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad y de igualdad para todos los cotizantes- tienen un menor peso en comparación con la muy severa afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas de las personas vulnerables. Por tanto, solo respecto de estas personas resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 –o regímenes anteriores- en cuanto al primer requisito, semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque el segundo requisito, la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003. Si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del tutelante, amerita protección constitucional.

(vi) Solo para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se considerarán como personas vulnerables aquellos individuos que hayan superado el Test de procedencia antes descrito. Para estas personas, las sentencias de tutela tendrán efecto declarativo del derecho y solo se podrá ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela.

El pronunciamiento de la Corte Constitucional expuesto en la sentencia SU 05-2018, lo acoge en su integridad la Sala mayoritaria por estar acorde con los principios expuestos en los artículos 53 de la C.P. y 21 del CST.

El test, que plantea la Guardiana de la Constitución es el siguiente:

Test de Procedencia	
Primera condición	<i>Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza</i>



	<i>extrema, cabeza de familia o desplazamiento.</i>
Segunda condición	<i>Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.</i>
Tercera condición	<i>Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario.</i>
Cuarta condición	<i>Debe establecerse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes.</i>
Quinta condición	<i>Debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.</i>

Ha señalado la Sentencia antes enunciada que la parte actora debe cumplir con el test de procedencia para ser beneficiaria de la prestación que solicita, sin embargo encuentra esta Sala que al revisarse el expediente, se evidencia CD, allegado por Colpensiones, del cual se extrae copia del acto administrativo No. 00188 de 2009, que se incorpora al plenario, (fl. 4 cuaderno del Tribunal), por medio de la cual la entidad demandada, le reconoció a la libelista la pensión por vejez a partir del 01 abril de 2009 en cuantía de \$1.362.107.00.. Observándose en la resolución en mención que para el año 2006, data del deceso de su esposo, ella era dependiente de un colegio y bajo ese empleador cotizó hasta abril de 2009,, por lo que se considera no existía dependencia



económicamente, con anterioridad al fallecimiento de su cónyuge. Por consiguiente, al no haber superado la demandante el Test de Procedencia, da lugar confirmar la decisión de primera instancia, que absolvió de todas las pretensiones incoadas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante a favor COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a una cuarta parte del salario mínimo legal mensual vigente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 297 del 21 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación.

SEGUNDO- COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante a favor de la COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a una cuarta parte del salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.



Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-lasala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: LUZ MARINA MOSQUERA DE CASTIBLANCO
APODERADA: MARIA TERESA HINCAPIE RIVAS
luzma1360@hotmail.com

DEMANDADO: COLPENSIONES
APODERADO: JUAN DIEGO ARCILA ESTRADA
secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados,

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada
Con Aclaración de voto
016-2018-00394-01



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

Cali, Tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Magistrada	PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Referencia	Apelación
Tipo de proceso	Ordinario Laboral
Clase de decisión	Sentencia
Demandante	Luz Marina Mosquera de Castiblanco
Demandado	Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
Radicación	76001310501620180039401
Magistrado Ponente	Elsy Alcira Segura Díaz
Decisión	ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que profeso hacia las decisiones de la Sala Mayoritaria, me permito Aclarar el Voto en el sentido que comparto la decisión de CONFIRMAR la Sentencia 0297 del 21 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, la cual Absolvió de la Pensión de Sobrevivientes; sin embargo, me aparto de las consideraciones tomadas para el efecto, toda vez que considero, que la aplicación de la figura del principio de la condición más beneficiosa, opera únicamente a la norma inmediatamente anterior a la vigente en la estructuración de la



muerte, no siendo dable acudir a cualquier esquema normativo anterior, en este caso al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

La Honorable Corte Suprema de Justicia, en aras de precisar las reglas bajo las cuales procede la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia pensional, específicamente en el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, se pronunció en la Sentencia SL4650-2017, reiterada en la SL701-2020, así:

“(…)

En torno a los elementos característicos del principio de la condición más beneficiosa

Esta Corporación ha estimado que el postulado de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características:

- a) Es una excepción al principio de la retrospectividad.*
 - b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo.*
 - c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro.*
 - d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva.*
- Entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada.*

e) Respeto la confianza legítima de los destinatarios de la norma.

Entonces, en relación a la norma jurídica a aplicar en cada caso concreto, en virtud del reseñado principio, dejó claro que:

No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya



regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que haya precedido –a su vez- a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle una especie de efectos «plusultractivos», que resquebraja el valor de la seguridad jurídica (sentencia CSJ SL, del 9 de dic. 2008, rad. 32642).

En consecuencia, si bien el Tribunal advirtió que la demandante no cumplía con los requisitos para la pensión de sobrevivientes, de conformidad con la norma vigente al momento del deceso del causante afiliado, que en este caso es la Ley 797 de 2003 y con el fin de aplicar el principio de la condición más beneficiosa, no atendió a la Ley 100 de 1993 para verificar si en efecto cumplía con las condiciones allí exigidas, de allí que equivocadamente acudió al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el art. 1 del Decreto 758 de la misma anualidad, pues no podía revisar de manera histórica la norma bajo la cual se le pudiera reconocer la prestación al afiliado.”

Y en Sentencia más reciente frente al principio de la condición más beneficiosa, precisó SL1938-2020:

“(…)

Pero la aplicación del principio en referencia tiene, además, las siguientes características: (i) no es absoluta ni atemporal; (ii) procede en caso de un cambio normativo, y (iii) permite la aplicación de la disposición inmediatamente anterior a la vigente al momento del fallecimiento, si el afiliado aportó la densidad de semanas requeridas para el reconocimiento del derecho pensional.

La característica relativa a que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, significa que no puede ser usado para garantizar la perpetuidad de un régimen o de una regulación que en un tiempo pretérito estuvo vigente y le era aplicable a un sujeto o a un grupo, dado que, bien comprendido, su ámbito de actuación se orienta a conservar un régimen normativo anterior cuando quiera que el trabajador haya cumplido una condición relevante del



mismo que, si bien no es definitiva para adquirir el derecho, juega un rol fundamental en su consolidación.

En este sentido, la condición más beneficiosa se sitúa en un lugar más allá de la simple expectativa para ubicarse en el concepto de expectativa legítima tutelable por el ordenamiento jurídico, en la medida en que no desconoce y ampara la consolidación de una exigencia relevante, que si bien no es suficiente para alcanzar el derecho, en tanto no se ha cumplido otra condición ulterior, sí genera la confianza fundada en torno a que el régimen que estaba en curso y en el que cumplió algunos presupuestos será respetado.

(...)

Tal restricción contribuye a la preservación de otro valor fundamental del ordenamiento jurídico: la seguridad jurídica, que ofrece certeza a los ciudadanos sobre las reglas jurídicas que emplearán los jueces en la solución de las controversias que se sometan a su consideración, sin que les sea posible acudir a una búsqueda histórica para determinar la norma aplicable a una situación particular; la aplicación del principio amplia e ilimitadamente genera incertidumbre en los actores del sistema pensional y en los ciudadanos en general, respecto de las reglas que definen el acceso a un derecho pensional.

En conclusión, si la finalidad del principio de la condición más beneficiosa es proteger expectativas legítimas que pueden ser modificadas por el legislador con apego a los parámetros constitucionales, no tiene sentido que su aplicación permita acudir a cualquier normativa anterior o, en otros términos, resulte indefinida en todos los tránsitos legislativos que puedan generarse en la configuración del sistema pensional, de por sí, de larga duración.

(...)

En este contexto, teniendo en cuenta que los principios constitucionales no son absolutos y que su aplicación debe ser proporcional –a fin de no quebrantar otros bienes jurídicos superiores valiosos para los individuos y la sociedad–, respecto de la sentencia de tutela T-953-2014 que refiere la censura en el cargo, la Sala considera oportuno señalar que la misma tiene efectos inter partes. Y, en todo caso, dicho criterio fue posteriormente modificado a través de la sentencia SU-05-2018,



de cuyo contenido esta Sala de Casación de la Corte se aparta, en cumplimiento de los requisitos de transparencia y suficiencia definidos por la Corte Constitucional (C-621-2015 y SU-354-2017), por las razones que expone a continuación (deber de argumentación suficiente):

En esa providencia, dicha autoridad judicial estableció que es posible la aplicación plus ultraactiva de la condición más beneficiosa cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) se trate de un afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003; (ii) no acredite 50 semanas de aportes en los 3 años anteriores al deceso para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, y (iii) reúne el número mínimo de semanas exigidas en el régimen anterior.

Igualmente, asentó que es procedente la acción de tutela para reclamar la pensión de sobrevivientes cuando se cumplan con las siguientes condiciones del test de procedencia: (i) pertenecer a un grupo de especial de protección constitucional o encontrarse en uno o varios supuestos de riesgo, tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento; (ii) tener afectación directa de la satisfacción de necesidades básicas, esto es, su mínimo vital; (iii) depender económicamente del causante antes de su fallecimiento, de modo que la pensión de sobrevivientes constituye el ingreso; (iv) al afiliado no le fue posible seguir cotizando las semanas previstas en el sistema general de pensiones para dejar causada la pensión de sobrevivientes, y (v) la persona reclamante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de tal prestación.

Pues bien, a juicio de esta Corporación, en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Asimismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y retrospectividad.

Además, de aplicarse cualquier disposición anterior se darían efectos plus ultraactivos a normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, lo que afecta el principio de seguridad



jurídica, pues genera incertidumbre sobre la norma aplicable en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, a juicio de la Sala, no es posible (CSJ SL1683-2019, CSJ SL1685-2019, CSJ SL2526-2019 y CSJ SL2829-2019).

(...)

Por ello, se reitera, esta Corporación ha adoctrinado que, respecto de las exigencias para acceder a la pensión de sobrevivientes, el juez no puede realizar un examen histórico de las leyes anteriores a fin de determinar una aplicable al caso particular.

(...)

Pues bien, en atención a que el afiliado falleció el 16 de junio de 2006, la disposición aplicable es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que era la vigente para esa data. Tal precepto consagra el derecho pensional en favor de los beneficiarios del afiliado que «hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento», requisitos que no dejó cumplidos el causante, pues no registra semanas cotizadas en los tres años anteriores a su deceso.

Y conforme se explicó, no es viable acudir a los artículos 6.º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, toda vez que la ley aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado y tal postulado se predica en relación con el cambio normativo inmediatamente anterior, lo que implica que no es posible realizar una búsqueda histórica de las leyes anteriores con el propósito de identificar la que se acomode a la situación de la accionante.”

Aunado a lo anterior, y en relación a lo manifestado por la H. Corte Suprema de Justicia, en mi entender, tampoco se debió tener en cuenta la Sentencia SU-005-2018, toda vez que, ajustó la jurisprudencia al alcance del principio de la condición más beneficiosa, tornándose más restrictivo el derecho pensional, al introducir una serie de nuevos requisitos atentando contra los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, dándose así



un retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales.

Y ello es así, pues se considera, que el test de procedencia, denominado así por la H. Corte Constitucional, y como se desprende de la sentencia de unificación, solo es aplicable en sede constitucional, no en la jurisdicción ordinaria, por cuanto establece unos requisitos de acceso al derecho pensional adicionales a los que se encuentran regulados o establecidos en la ley, lo que impone una carga probatoria superior a la parte demandante, que sería el beneficiario de la pensión, verbi gracia, la cuarta condición del test requiere una prueba que exige demostrar razones del porque no cotizó el causante, la quinta condición del mencionado test, es inherente al principio de subsidiariedad en acciones de tutela y no sería aplicable en proceso ordinario; pues como el caso que nos ocupa; la misma Corte expresamente en la sentencia SU-005-2018 indica que el test de procedencia es necesario para superar el requisito de subsidiariedad para reconocer la prestación mediante acción de tutela:

“124. La aplicación del Test de Procedencia permite determinar, en concreto, la eficacia del otro medio o recurso de defensa del que formalmente dispone el tutelante, en los términos del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, según el cual, “La existencia de dichos medios [hace referencia a “otros recursos o medios de defensa judiciales”] será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”. En consecuencia, solo en caso de que se acrediten estas 5 condiciones, cada una necesaria y en conjunto suficientes, la acción de tutela debe considerarse subsidiaria”.

Conforme a esta situación, resulta inviable, en casos como el presente y en sede ordinaria, dar aplicación al criterio de unificación señalado en la sentencia mencionada; siendo el criterio



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
LUZ MARINA MOSQUERA DE CASTIBLANCO
VS. COLPENSIONES
RAD. 76-001-31-05-016-2018-00394-01

presentado acorde con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, en el sentido de hacer sostenible el Sistema General de Seguridad Social en pensiones, teniendo en cuenta para ello los principios de universalidad y de igualdad para todos los cotizantes.

En los anteriores términos, dejo expuestos los motivos que me llevan a presentar Aclaración de Voto.

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada