

EDICTO

EL SUSCRITO SECRETARIO DE LA SALA CIVIL FAMILIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA – HUILA

HACE SABER:

Que con fecha ocho (08) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), se profirió sentencia en el proceso que a continuación se describe:

Naturaleza: ORDINARIO LABORAL

Demandante: MARÍA NELCY BUSTOS FAJARDO

Demandados:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES

Radicación: 41001-31-05-003-2017-00153-01

Resultado: **PRIMERO: REVOCAR** en su totalidad la sentencia del 07-feb-2018 proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Neiva, y en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN".

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de ambas instancias a la demandante MARÍA NELCY BUSTOS FAJARDO.

Para notificar legalmente a las partes el contenido de la referida sentencia, se fija el presente EDICTO en lugar público y visible de esta Secretaría, por el término de tres (3) días hábiles, siendo las 7:00 a.m. de hoy doce (12) de noviembre de 2021.

CARLOS ALBERTO ROJAS TRUJILLO
Secretario





**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA QUINTA DE DECISIÓN - CIVIL FAMILIA LABORAL**

M.P. EDGAR ROBLES RAMÍREZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL.
Demandante: MARÍA NELCY BUSTOS FAJARDO.
Demandado: COLPENSIONES.
Radicación: 41001310500320170015301.
Asunto: RESUELVE CONSULTA Y APELACIÓN DE SENTENCIA.

Neiva, ocho (08) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Discutido y aprobado mediante Acta No. 110 del 08 de noviembre de 2021

1. ASUNTO

Procede la Sala a Resolver el recurso de apelación presentado por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto la sentencia proferida el 07-feb-2018 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Neiva.

2. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA¹

Pretensiones: En su *petitum* la actora demandó el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente del fallecido NICANOR SERRATO GONZÁLEZ, con su respectivo retroactivo desde el 26-feb-2015, de manera indexada y solicitando intereses de mora sobre las mesadas dejadas de recibir.

Hechos: Su *causa petendi*, se cimentó en que convivió en unión marital de hecho durante 20 años con el causante, hasta el 26-feb-2015, cuando falleció el señor SERRATO GONZÁLEZ, agregando que en vida el causante cotizó al I.S.S. hoy COLPENSIONES, completando un total de 91.57 semanas. Que ante el

¹ Fls. 34 a 44 del Cdo.Pricpal.

fallecimiento de su compañero, el 26-oct-2016, solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivencia, la cual fue negada mediante Resolución GNR 362453 del 01-dic-2016, acto administrativo confirmado en apelación mediante Resolución VPB 4324 del 01-feb-2017.

2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA²

- **COLPENSIONES**, replicó la demanda aceptando parcialmente unos hechos y negando otros. Como razones de su defensa, alegó el incumplimiento de la densidad de semanas que exige la Ley 797 de 2003. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de mérito que nominó como *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, *“NO HAY LUGAR AL COBRO DE INTERESES MORATORIOS”*, *“NO HAY LUGAR A INDEXACIÓN”*, *“DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES”*, *“APLICACIÓN DE NORMAS LEGALES”*.

3. SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 07-feb-2018 el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Neiva, accedió a las pretensiones de la demanda. En ése sentido, ordenó a COLPENSIONES reconocer en favor de MARÍA NELCY BUSTOS FAJARDO, la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia desde el 26-feb-2015, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Autorizó los descuentos para cotización en salud, e impuso condena por retroactivo pensional desde dicha data, autorizando también sobre dicho retroactivo el descuento del 12% con destino al subsistema de seguridad social en salud. De igual forma, condenó a intereses moratorios desde el 13 de noviembre de 2013, absolviendo a la demandada sobre las restantes pretensiones.

La Juzgadora, luego de realizar una ajustada sinopsis de los motivos que constituyen el fundamento de las pretensiones formuladas por la parte demandante, y las excepciones formuladas, aseveró que el señor SERRATO GONZÁLEZ, se encontraba cotizando al momento de su muerte y había sufragado 91,57 semanas, pero que durante los últimos tres (3) años anteriores a su defunción, no alcanzó las 50 semanas que exige el artículo 46 de la Ley 100

² Fls. 58 a 62 del C.Prinpal.



de 1997, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, normativa aplicable según la Sentencia SL4650-2017, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

No obstante, luego de citar la Sentencia 38674 del 25 de julio de 2012, de la corporación antes aludida, encontró procedente analizar el litigio, en atención al principio de la condición más beneficiosa, esto es, resolver las pretensiones a la luz del artículo 46 de la Ley 100 en su versión original, que exigía 26 semanas cotizadas. Con apoyatura de la Sentencia SL4650-2017, emitida por el máximo órgano de la justicia ordinaria, concluyó que el causante SERRATO GONZÁLEZ al momento de su deceso se encontraba cotizando, cumpliendo la hipótesis de la referida providencia, por lo que teniendo en cuenta que entre 23 de febrero de 1989 y el 28 de febrero 2015, se acreditan 91,57 semanas, afirmó que se cumplen la densidad de semanas mínimas que estableció la redacción primigenia de la Ley 100.

Consideró además que se acreditó por los testigos la convivencia ininterrumpida entre la demandante y el asegurado fallecido hasta el momento de la muerte de aquél, y la dependencia económica de la señora MARÍA NELCY BUSTOS FAJARDO respecto del causante

4. RECURSO DE APELACIÓN

Ambas partes criticaron el fallo de primera instancia. Pese a que la sentencia fue condenatoria, la parte demandante presentó apelación parcial, dado a que no se accedió a la indexación de las mesadas pensionales. Para el recurrente los intereses concedidos sólo son una aplicación de las normativas legales, mientras que la indexación procura corregir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y evitar que ese fenómeno sea asumido por el pensionado. Tal argumento lo respaldó según la Sentencia SU168 de 2017, de la Corte Constitucional.

La entidad demandada, de otro lado, argumentó que fue equivocada la decisión del despacho, pues quedó demostrado la inexistencia del derecho alegado, pues la actora no cumplió con los requisitos de la Ley 797 de 2003. Que en el litigio no se generó una expectativa legítima, pues para el 29 de enero de 2003, el causante no se encontraba cotizando.

4.1. TRASLADO EN SEGUNDA INSTANCIA PARA PRESENTAR ALEGACIONES CONFORME A DECRETO 806 DE 2020.

En auto del 09-mar-2021 se dispuso correr traslado para que las partes presentaran sus alegaciones en segunda instancia conforme al art. 15 del D.L. 806-2020, quienes presentaron sus alegaciones dentro del término legal.

Parte demandante

Solicitó que se confirmará parcialmente la sentencia de primer grado, en tanto la demandante reúne los requisitos para acceder al reconocimiento pensional, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. En ese sentido, únicamente criticó el ordinal sexto de la sentencia de primer grado, pues es su criterio, que debió accederse a la indexación de las mesadas pensionales según el canon 53 Constitucional, y el artículo 1 del Acto Legislativo 01 del 2005.

Parte demandada

Insistió en la revocatoria del fallo de primer grado. Según la entidad demandada, conforme al artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el causante dentro de los últimos tres años previos al fallecimiento, esto es, desde el 26 de febrero de 2012 al 26 de febrero de 2015, contó con 5,14 semanas de cotización, por lo tanto, es improcedente acceder a lo pretendido.

Alegó que la condición más beneficiosa en lo que respecta a la pensión de sobrevivientes, aplica únicamente para aquellas personas que erigieron una expectativa legítima con principio en la Ley 100 de 1993. Que la historia laboral del causante evidencia la falta de una expectativa legítima, pues el 29 de enero de 2003 el causante no se encontraba cotizando, y como quiera que el fallecimiento se dio el 26 de febrero de 2015, es decir; no se encontraba en el rango establecido del 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, lo que conlleva al fracaso de las pretensiones de la demanda.

5. CONSIDERACIONES

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar si la demandante cumplió o no, con los presupuestos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes en los términos de las normas vigentes al momento del fallecimiento de los afiliados o bajo la égida de la normatividad anterior, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

5.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Las reglas desarrolladas en la Ley 100 de 1993, enseñan que el Sistema General de Pensiones tiene como firme teleología el amparo de los ciudadanos de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y la muerte. Lo anterior, mediante el reconocimiento de las pensiones, y la progresividad de cobertura a los segmentos menos favorecidos.

Según lo ha señalado la Corte Constitucional³, la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad amparar a la familia que dependía económicamente del trabajador o pensionado que ha fallecido, para que pueda seguir sufragando sus necesidades. La Corte ha dicho que esta prestación *“responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”*⁴.

Para determinar si debe o no prosperar la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante, es necesario que como primer paso, se verifique si el afiliado fallecido cumplía con la cantidad de semanas requeridas por la ley para que naciera el derecho pensional en favor de sus beneficiarios. Sólo si se encuentra acreditado tal requisito, la línea argumentativa seguidamente ha de centrarse en dilucidar si quien demanda cumple con las condiciones legales para ser considerado beneficiario de la pensión, pues de comprobarse su legitimación pensional, el siguiente aspecto a determinar serían las condiciones en que se ha de reconocer y pagar la prestación, estableciendo desde cuando se causó el derecho, cuantas mesadas deben reconocerse, a que monto debe ascender cada una de ellas, desde cuándo se debe pagar retroactivo si hubiere lugar a él, y resolviendo demás

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-695A de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-002 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.



elementos accesorios de la pretensión, tales como los intereses moratorios, indexación, entre otros.

Por lo anterior, esta Sala establecerá en primer lugar si el afiliado fallecido, acreditó la densidad de semanas requeridas para causar la pensión reclamada.

En este sentido, debe precisarse que en tratándose de pensión de sobrevivientes, siguiendo la regla general, la norma aplicable al caso es la vigente al momento de la muerte del afiliado. Teniendo en cuenta que el óbito del señor NICANOR SERRATO GONZÁLEZ, lo fue el 26 de febrero de 2015, según el Registro Civil de Defunción militante a Folio 13 Cuad. Principal, conforme a la regla general antes enunciada, en el caso de marras la norma llamada a gobernar el asunto es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que al modificar el artículo 46 de la ley 100 de 1993, exige en su literal *b)* que para reconocer la pensión de sobrevivientes a los familiares del afiliado fallecido, éste debe acreditar 50 semanas cotizadas durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de la muerte.

Examinado por la Sala el *sub exámine*, en lo concerniente a la densidad de cotizaciones del causante dentro de los tres (3) años inmediatamente anterior a su óbito, observa esta Corporación que SERRATO GONZÁLEZ, durante los tres años anteriores a su muerte, es decir, entre el 26 de febrero de 2015 y el 26 de febrero de 2012 cotizó un total de 5 semanas, como consta a folio 6 del dossier. De lo anterior se colige, en principio, que no se acredita el cumplimiento de las 50 semanas exigidas por la Ley 797 de 2003, disposición legal vigente para la fecha del deceso.

No obstante, por vía jurisprudencial las Altas Cortes han desarrollado el principio de la condición más beneficiosa, conforme al cual se abre la posibilidad de acceder a la prestación pensional en los términos de una norma anterior a la que se encontraba vigente al momento de la muerte del asegurado. De esta manera, procederá la Sala a revisar si en aplicación de dicho principio, conforme a las reglas jurisprudenciales existentes sobre la materia, le asiste o no razón a la promotora.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral ha establecido que la aplicación de la *condición más beneficiosa* supone que la afiliación del causante ha sido afectada

por un tránsito legislativo en el tiempo, es decir, que se cotizó en vigencia de dos regímenes y que, ante dicha situación, se reclama la aplicación del que fija requisitos menos gravosos. En sentido estricto y conforme a la posición mayoritaria de la Corte, la norma inmediatamente anterior a la Ley 797 de 2003 es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

Al respecto, vale anotar que la Corte Constitucional, en sentencia SU-442 de 2016, unificó su criterio en torno al principio de la condición más beneficiosa, estableciendo que NO se puede restringir su aplicabilidad únicamente a la norma inmediatamente anterior, pues se debe respetar la expectativa legítima de quienes hayan completado los requisitos en vigencia de regímenes derogados, aunque éstos no sean los que antecedan a la legislación vigente al momento de ocurrir la contingencia. No obstante, en el proceso estudiado por la Sala, las pretensiones se encaminan a la obtención de la pensión en aplicación de los requisitos de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y no se reclama en las demandas aplicación algún otro régimen anterior a la Ley 100, por lo que en esta instancia, se limitará la Sala a analizar la aplicabilidad del principio de la condición más beneficiosa a la luz de la norma inmediatamente anterior a la Ley 797 de 2003, es decir, bajo los requisitos de la redacción original de la Ley 100 de 1993, lo anterior, por cuanto no le asiste a este Colegiado la facultad de fallar *extra petita*.

De esta manera, memora esta Corporación que una de las reglas jurisprudenciales más importantes a la hora de aplicar el principio de la condición más beneficiosa, es aquella que indica que el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes bajo la égida de una normativa anterior puede realizarse, **siempre y cuando a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen de seguridad social, el causante ya haya reunido el número de semanas requerido en la norma anterior para causar el derecho.** Este criterio, ha sido pacíficamente adoctrinado por la Sala de Casación Laboral, en sentencia 34902 de 10 de julio de 2008, reiterada en radicado n° 38047 del 7 de julio de 2010 y en sentencia N° 44999 del 17 de julio de 2012.

Conforme la regla anterior, procede la Sala a examinar la situación del causante, al momento de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, (esto es, el 29 de enero de 2003), para determinar si cumplían con el requisito de cotizaciones:

Al revisar cuál era la situación de aportes del señor NICANOR SERRATO GONZÁLEZ al 29 de enero de 2003, observa la Sala que para dicha data, el afiliado fallecido tenía un total de 86,43 semanas cotizadas. No obstante, también se avizora que al momento en que se presentó el cambio normativo, el causante NO se encontraba cotizando de manera activa al sistema de pensiones, tal y como se observa en su historial de aportes (Folio 6), medio suasorio del cual también se colige, que el señor SERRATO GONZÁLEZ no realizó cotizaciones desde el 02 de abril de 1991 hasta el momento en que entró en vigencia la Ley 797 de 2003 (29 de enero de 2003), y que sus cotizaciones a pensión se reactivaron el 01 de diciembre de 2013. Por dicho motivo, esta Corporación advierte que el señor NICANOR SERRATO GONZÁLEZ **NO** era cotizante activo al momento del tránsito de legislación.

La circunstancia acabada de advertir, es decir, el hecho de que el afiliado fallecido no se encontraba cotizando al sistema al momento del tránsito de legislación, encaja con precisión dentro de una de las situaciones hipotéticas analizadas por la Sala de Casación Laboral en sentencia **SL4650 del 25 de enero de 2017** (Rad. 45262)⁵, providencia en la que la Corte esbozó distintas situaciones que podían presentarse con ocasión al tránsito legislativo ocurrido entre la versión original del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y la modificación advenida con el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Al respecto se dijo:

“(..)

1. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

En esta hipótesis la situación jurídica concreta aflora si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, (i) no estaba cotizando al sistema, (ii) pero había aportado 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003.

Ello, toda vez que se cumple con la densidad de semanas de cotización, dentro del interregno estrictamente exigido por el precepto derogado.

⁵ Magistrados Ponentes FERNANDO CASTILLO CADENA y GERARDO BOTERO ZULUAGA

Si el afiliado no estaba cotizando para el 29 de enero de 2003 y no tenía 26 semanas o más de cotización dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003, no tiene una situación jurídica concreta y, por ende, también se aplica con todo el rigor la Ley 797 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues no posee una expectativa legítima y mucho menos un derecho adquirido. En conclusión, tampoco hay condición más beneficiosa.
(...)

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002, no existe una situación jurídica concreta.”

La anterior línea hermenéutica, fue reiterada recientemente en las sentencias SL1673-2020 y SL5189-2020, proferidas por los Magistrados FERNANDO CASTILLO CADENA y JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN, respectivamente.

Bajo ése mismo horizonte, no puede pasar por alto esta Sala que el causante NICANOR SERRATO GONZÁLEZ, no se encontraba cotizando para el 29 de enero de 2003, y que tampoco tenían 26 semanas cotizadas de cotización dentro del año inmediatamente anterior a entrada en vigencia de la nueva ley, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003. Entonces, el demandante ni siquiera contaba con una expectativa pensional y, de cara a ello, no podría consolidar una situación jurídica concreta de la que se derive su expectativa legítima –y la de sus familiares- por obtener la pensión con los requisitos consagrados en la versión primigenia del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, forzoso resulta concluir que la norma aplicable a su caso es la Ley 797 de 2003, que, exige 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la muerte, requisito que como se dijo en consideraciones anteriores, tampoco se cumple.

Así las cosas, por los argumentos que esta Corporación expone, no era factible el otorgamiento de la prestación deprecada conforme al principio de la condición más beneficiosa, dado que no se satisfacen los presupuestos que la

jurisprudencia ha señalado para el caso de la pensión de sobrevivientes cuando afiliado fallecido no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo. En este sentido, al no satisfacerse la densidad de semanas requeridas para reconocer la pensión de sobrevivientes deprecada, resulta innecesario proceder al estudio de los demás elementos fácticos necesarios para acceder a las pretensiones formuladas.

Por lo tanto, este Tribunal **revocará en su integridad la sentencia** que ha sido revisada con ocasión al grado jurisdiccional de consulta y apelación, declarándose probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, no sin antes advertir, que teniendo en cuenta que la apelación del demandante giraba en torno a lograr la indexación de las mesadas reconocidas el *a quo*, resulta inútil para la Sala revisar la factibilidad de su recurso, pues además del grado jurisdiccional de consulta, ha salido victoriosa la apelación de la entidad demandada, en cuanto a la inexistencia del derecho de la demandante, el cual no fuera reconocido en sede de primer grado.

6. COSTAS

Teniendo en cuenta que se revoca totalmente la sentencia del inferior, y al no resultar próspera la apelación, se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante, conforme al numeral 4° del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

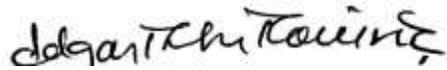
7. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR en su totalidad la sentencia del 07-feb-2018 proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Neiva, y en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de ambas instancias a la demandante MARÍA NELCY BUSTOS FAJARDO.

TERCERO. - Vuelvan las diligencias al Juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE



EDGAR ROBLES RAMÍREZ



ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA

(con aclaración de voto)



LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

Firmado Por:

**Edgar Robles Ramirez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila**

***Luz Dary Ortega Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila***

Firma Con Aclaración De Voto

***Ana Ligia Camacho Noriega
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila***



Apel Sent. M.P. Edgar Robles Ramírez.- Rad. 2017-00153-01

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

5ac799f7dc4741fc23f6d57a24982848bab351f38e01bd48f1318fafc2ed9625

Documento generado en 08/11/2021 03:15:28 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



ACLARACIÓN DE VOTO

Expediente: 41001-31-05-003-2017-00153-01

**MARÍA NELCY BUSTOS FAJARDO. VS. ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar el voto, por no compartir la postura aplicable en la consideración del presente asunto, por dos razones;

Sostiene el proyecto que esta Colegiatura limita su análisis a determinar la aplicabilidad del principio de la condición más beneficiosa a la luz de la norma inmediatamente anterior a la Ley 797 de 2003, es decir, bajo los requisitos de la redacción original de la Ley 100 de 1993, «*lo anterior, por cuanto no le asiste a este Colegiado la facultad de fallar extra petita.*»; sin embargo, no comparto tal postura, en tanto aquí se discute el reconocimiento de un derecho pensional a la luz del principio de la condición más beneficiosa, situación que abre la competencia del Juez de la instancia (como así ocurrió) y ahora de ésta Sala para determinar cuál de los regímenes pensionales resulta más favorable al trabajador en comparación con el nuevo, que habría que aplicársele.

Recordemos que la aplicación de la condición más beneficiosa a voces de la Corte Constitucional supone una búsqueda histórica de las normas, con el fin de conseguir aquella que se ajuste de mejor manera a las circunstancias personales de cada asegurado, tesis que si bien, no comparte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el análisis del procesos no debe limitarse a determinar si es posible aplicar de manera ultractiva la normatividad invocada por el promotor del proceso, sino que, el debate debe centrarse en desatar el principio de la condición más beneficiosa y la postura a escoger expuestas por las Altas Corporaciones.

Dejando claro entonces la posibilidad de determinar que, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se puede entrar a determinar cuál de los regímenes pensionales anteriores es posible aplicar al caso concreto, compartiendo la suscrita enteramente la postura de la Corte Constitucional

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



planteada en la sentencia de unificación SU-446 de 2016 donde se indicó que el principio de la condición más beneficiosa no se restringía a *“admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia”*.

Si bien, la jurisprudencia actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sostiene que, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en el tránsito legislativo entre las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, no se trata de un principio absoluto ni inflexible, pues debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema de seguridad social tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte su sostenibilidad financiera., por lo que no es posible aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 o de regímenes anteriores (SL2272-2019); esta postura, considero respetuosamente, resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder al reconocimiento pensional fuese una persona vulnerable, como así lo sostuvo la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU 556 de 2019

Bajo ese entendido, como lo indiqué, defiendo la postura de la Sala Plena de la Corte Constitucional (SU 446 de 2016), regla que fue adecuada en los asuntos de pensión de sobreviviente en sentencia SU 556 de 2019, que dispuso que solo será aplicable a los afiliados en situación de vulnerabilidad y como ya lo expresé, aquellos que superen el test de procedencia, pues solo respecto de estas personas es evidente una afectación intensa a sus derechos fundamentales.

Por lo anterior, reafirmo la aplicación de la postura de la Corte Constitucional que dio prioridad a las personas en situación de vulnerabilidad para velar por sus derechos a la seguridad social, mínimo vital y vida digna, y si bien no desconozco que en estos asuntos no se puede hablar de expectativas legítimas ante los cambios normativos, no significa que la situación del afiliado no pueda ser protegida, pues el estudio de la situación pensional puede ser flexible si su titular es una persona en situación de vulnerabilidad, que se encuentre en incapacidad de resistir frente a un alto grado de afectación de sus derechos fundamentales.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Por lo que, en mi criterio, era necesario realizar el test de vulnerabilidad al aquí accionante con el fin de determinar su actual situación; sin embargo, con las pruebas allegadas al expediente el accionante no satisface todas las condiciones del *Test* siendo cada una de ellas necesarias y en conjunto suficientes, estas son, , (i) si hace parte de un grupo de especial protección o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgos – *analfabeta, enfermedad, vejez, pobreza extrema, desplazamiento o cabeza de familia* -, (ii) afectación directa de las necesidades básicas o mínimo vital por falta de otorgamiento de la pensión, (iii) si dependía económicamente del causante, (iv) se debe establecer que el fallecido estuvo imposibilitado para cotizar las semanas exigidas y, (v) si el reclamante tuvo una actuación diligente en reclamar la prestación de sobrevivientes.

Sin que sea necesario agregar nada más, dejo planteada mi respetuosa aclaración.

Fecha *ut supra*.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luz Dary Ortega Ortiz', with a horizontal line underneath.

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

Magistrada