



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Cali**  
Sala Laboral

<b>Proceso:</b>	<b>Ordinario Laboral</b>
<b>Demandante</b>	<b>Oliva Caracas</b>
<b>Demandado</b>	<b>Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones</b>
<b>Radicación</b>	<b>76001310500620150065401</b>
<b>Tema</b>	<b>Pensión de sobrevivientes (<u>condición más beneficiosa</u>)</b>
<b>Subtema</b>	<b>Establecer requisitos para acceder al beneficio económico bajo el imperio de la normativa Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.</b>

### **AUDIENCIA No. 067**

En Santiago de Cali, a los dos (2) días del mes de julio de 2020, siendo el día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio de las demás integrantes de la Sala de Decisión, se constituye en Audiencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO NO. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020**, artículo 15, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en el **ACUERDO PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020**, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de dictar Sentencia de Segunda Instancia en el proceso de la referencia, al surtir el **Grado Jurisdiccional de Consulta** de la **Sentencia No. 386 del 26 de noviembre del 2019 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito** de esta ciudad, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 69 del CPTSS.

### **Alegatos de Conclusión**

La apoderada de la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, presentó escrito de alegatos considerando que no se encuentra reunido el requisito de semanas mínimas exigidas para generar el

derecho pensional de sobrevivientes bajo el amparo de la Ley 797 de 2003, y no es dable dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa.

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala a proferir la siguiente,

### **SENTENCIA No. 065**

**OLIVA CARACAS** presentó demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** –, con el fin de que se condene a la entidad a cancelarle la pensión de sobrevivientes, en su calidad de compañera permanente del causante **GILBERTO POPO**, los correspondientes intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, indexación de la primera mesada, mesadas adicionales de junio y diciembre, retroactivo, costas y agencias en derecho.

Refiere la demandante que el causante **GILBERTO POPO**, falleció el 13 de abril del 2006.

Afirma que el 23 de noviembre del 2009, se presentó a reclamar la pensión de sobrevivientes al Seguro Social y la entidad a través de Resolución 6167 del 2010, negó el reconocimiento de la prestación argumentando la prescripción de los 4 años descrita en el art. 50 del Decreto 758 de 1990, para el reconocimiento de la prestación económica e indemnización sustitutiva.

Sostiene que presentó revocatoria directa contra la Resolución No. 6167 del 10 de agosto del 2010, y a raíz de la no contestación, presentó acción de tutela el 4 de julio del 2012, más de 1 año después, que correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, el cual profirió sentencia 205, favorable a sus intereses.

Que el 12 de septiembre de 2012, inició incidente de desacato por la trasgresión del fallo judicial, por parte del Seguro Social al no contestar la

solicitud de revocatoria directa, a través de múltiples requerimientos hechos al despacho, hasta el 14 de septiembre de 2015, cuando mediante Resolución GNR 81267 del 12 de marzo del 2014, la cual allegó, se dio respuesta definitiva a la solicitud de revocatoria directa.

La entidad **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, contestó la demanda manifestando en relación a los hechos que unos son ciertos y que el hecho décimo no es un hecho. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones perentorias: **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; Prescripción; y La innominada.**

### **Trámite y Decisión De Primera Instancia**

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, profirió la Sentencia No. 386 del 26 de noviembre del 2019, en la que: **CONDENÓ** a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente que reclama la señora **Oliva Caracas** como consecuencia del fallecimiento del señor Gilberto Popo, a partir del 13 de abril del 2006, en cuantía de 1 S.M.L.M.V. y 14 mesadas anuales; **CONDENÓ** a Colpensiones a pagar a la señora **Oliva Caracas** la suma de \$67.776.192, por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 23 de octubre de 2012 al 31 de octubre del 2019; **CONDENÓ** a Colpensiones a pagar la suma por concepto del retroactivo debidamente indexado con base en el IPC certificado por el DANE a la fecha efectiva del pago; **DIO** prosperidad a la excepción de prescripción propuesta por la demandada; **ABSOLVIÓ** a la entidad demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la actora; **AUTORIZÓ** a Colpensiones para que sobre el retroactivo liquidado efectuó los descuentos por concepto de aporte al régimen de salud que correspondan; **SIN COSTAS.**

La *A quo* como sustento del fallo manifestó que, el señor **Gilberto Popo** dejó acreditadas más de 300 semanas al 1 de abril de 1994, e igualmente que la calidad de la compañera permanente no se encontraba en discusión toda

vez que la misma demandada, mediante Resolución No. 6167 del 24 de junio del 2010 le reconoció su calidad de beneficiaria.

## **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

La Sala, por mandato del inciso 3° del artículo 69 del CPTSS, asume el conocimiento del asunto de referencia en el grado de consulta ya que la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la Nación funge como garante, tal como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Revisado el proceso, encontrando que no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde; resulta necesario resolver de fondo la litis en estudio previas las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

### **Hechos Probados**

En el *sub iúdice* no es materia de discusión: **I)** que la fecha de fallecimiento del señor **Gilberto Popo** es el 13 de abril del 2006 (fl. 31); **II)** que la accionante **Oliva Caracas** presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la pensión de sobrevivientes el 23 de noviembre del 2009 (fl. 18) y la entidad a través de la Resolución No. 6167 del 10 de agosto del 2012 negó el reconocimiento de pensión de sobrevivientes toda vez que “...el afiliado causante no cotizó 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores al fallecimiento y teniendo presente el art. 50 del Acuerdo 049 de 1990, art. 31 de la Ley 100 de 1993, el derecho a cobrar cualquier subsidio, prestación o mesada pensional ya reconocidas prescribe en 1 año...” (fls. 18 al 20); **III)** que la accionante el 18 de marzo del 2011 presentó solicitud de revocatoria directa ante Colpensiones y la entidad a través de Resolución No. GNR 81267 del 12 de marzo del 2014 negó el reconocimiento de la prestación manifestando que “...no es posible la aplicación de la condición más beneficiosa toda vez que el hecho generador de la misma, la muerte del

*causante, se dio en vigencia de la Ley 797 del 2003 y no dentro del periodo al que se le aplica condición más beneficiosa esto es, la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 1 de abril de 1994 y 29 de enero del 2003, cuando entró en vigencia la Ley 797 del 2003..." (fls. 26 al 30).*

### **Problema jurídico**

El debate se circunscribe a determinar si la señora **Olivia Caracas** cumple con los requisitos mínimos establecidos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en su calidad de compañera permanente y bajo el principio de la condición más beneficiosa, tras el fallecimiento del señor **Gilberto Popo**.

### **Análisis del caso**

Debe tenerse en cuenta que, en virtud al principio del efecto general e inmediato de la Ley, la norma aplicable a la pensión de sobrevivientes, es la vigente al momento de la estructuración de la misma, es decir, a la fecha del fallecimiento del causante.

En el caso que nos ocupa, el causante, señor **Gilberto Popo**, falleció el 13 de abril del 2006, como así se extrae del Registro Civil de Defunción (fl. 31) hecho del cual no existe discusión entre las partes, por tanto, la norma vigente al momento de su deceso, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con la reforma que incluyó el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual establece que el afiliado fallecido debió haber cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Respecto del mencionado requisito no existe discusión que no fue cumplido por el causante para generar el derecho pensional deprecado dado que, si bien acumuló un total de 541,38 semanas en toda su vida laboral, ninguna semana fue acumulada en los últimos tres años comprendidos entre el 13 de abril del 2003 y el 13 de abril del 2006, no cumpliendo así con el requisito de

semanas mínimas establecidas en la referida norma para acceder al derecho pensional perseguido.

De igual forma se debe decir que si se diera aplicación a la posición adoptada recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4650 de 2017, relacionada a que siendo dable dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa entre las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que opera en el tránsito legislativo de la señaladas normas, esto es, en el periodo comprendido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, tampoco se cumplirían las hipótesis planteadas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para generar el derecho pensional de sobrevivientes, dado que, como ya se indicó, el causante cotizó hasta el año 1999.

A pesar de lo anterior, esta Sala en decisiones anteriores ha considerado que al existir criterios opuestos entre la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional frente a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y la favorabilidad para el establecimiento de derechos, es posible dar aplicación a la condición más beneficiosa para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes e invalidez siempre y cuando se hayan dejado cumplidos los requisitos de la norma que regía la situación particular, durante el tiempo en que estuvo vigente. Intelección que se ha asumido de lo considerado en Sentencias T-832A del 14 de noviembre de 2013, T-566 del 29 de julio de 2014, T-953 del 4 de diciembre de 2014, y SU-442 de 2016.

Se debe indicar además, que la Corte Constitucional, en sentencia **SU-005 del 13 de febrero de 2018**, al retomar el análisis del alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, limitó su aplicación al denominado Test de Procedencia, así:

**Test de Procedencia**

<b>Primera condición</b>	<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 extrema, cabeza de familia o desplazamiento.</i>
<b>Segunda condición</b>	<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>
<b>Tercera condición</b>	<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>
<b>Cuarta condición</b>	<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>
<b>Quinta condición</b>	<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>

Sin embargo, en decisiones anteriores y similares a la aquí planteada, ésta Sala ha considerado que no es posible dar aplicación en este asunto a esta nueva Doctrina, bajo el argumento que "...no se puede aplicar a casos iniciados con anterioridad a la misma, del cual hace parte el que ocupa el presente estudio, en razón a que la jurisprudencia, al momento de presentarse la actual demanda, no reclamaba dichos requisitos, por ende, no puede sorprenderse a las partes, ya que vulneraría el principio de confianza legítima, pues, no estaban dentro del supuesto de hecho que debía acreditar en su momento la demandante...".

Considerando igualmente, que de aplicar precedentes surgidos en tránsito de los procesos se vulnerarían además los Derechos Fundamentales y Principios de Defensa, Debido Proceso, Buena Fe, Lealtad Procesal e Igualdad al alterar de forma sorpresiva y sin lugar a contradicción las condiciones de hecho que requerían acreditarse al momento de presentación de la demanda bajo la égida de otras interpretaciones del mismo rango.

Ha señalado ésta Sala, adicionalmente, para apartarse del mencionado precedente jurisprudencial, que nunca ha sido requisito para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del cónyuge o compañero permanente acreditar la dependencia económica, sino simplemente la demostración del status correspondiente.

Por tanto, se mantiene la postura de este Tribunal en cuanto a que, estructurados los hechos para solicitar la pensión de sobrevivientes o de invalidez, en vigencia de la Ley 100 de 1993 (antes de su modificación) y las Leyes 797 y 860 de 2003, y no cumplidos los requisitos en éstas exigidos, es dable acudir **por favorabilidad** a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año para su reconocimiento, siempre y cuando con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se haya acumulado el número mínimo de semanas requeridas en dicha norma.

Retomando nuevamente el análisis del resumen de semanas cotizadas y el detalle de pagos efectuados, se puede extraer que el causante, en toda su vida laboral, comprendida entre el 19 de mayo de 1978 hasta el 31 de enero de 1999, acumuló un total de 541,38 semanas, de las cuales **386.857** fueron reunidas con anterioridad al 1º de abril de 1994 (entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993); por lo que se puede concluir que el señor **Gilberto Popo** había cumplido desde tal época con la exigencia del artículo 25 en concordancia con el artículo 6º del Decreto 758 de 1990, esto es, de contar

con más de 300 semanas en cualquier tiempo, para generar a favor de sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, a efectos de establecer la calidad de beneficiaria de la actora, para la acreditación del señalado requisito se allegaron pruebas documentales relacionadas con la declaración extraprocésal, a fl. 10 del expediente, de Lisa Minelly Choco Mosquera ante la Notaría Única de Santander de Quilichao (Cauca), quien manifestó que conoce de vista trato y comunicación desde hace 20 años a la señora **Oliva Caracas**, que por tal conocimiento sabe y le consta que ella convivió en unión marital de hecho bajo el mismo techo como compañera permanente durante más de 30 años hasta el último día de su fallecimiento ocurrido el 13 de abril del 2006, con el extinto señor **Gilberto Popo** y de esa unión procrearon 1 hijo de nombre Alberi Popo Caracas (hoy mayor de edad), quienes dependían económicamente de sus ingresos en todos los aspectos, eso es todo.

A su vez, a fl. 32 compareció la demandante **Oliva Caracas** ante la Notaría Única de Buenos Aires Cauca manifestó que convivió en Unión Libre y bajo el mismo techo y por espacio de 30 años con el extinto señor **Gilberto Popo**, quien falleció el 13 de abril del 2006 y hasta el día de su fallecimiento, de tal unión procrearon un hijo legalmente reconocido de nombre Arberis Popo Caracas (hoy mayor de edad) que la convivencia fue continua y sin ninguna clase de interrupción, que no dejó más hijos reconocidos ni por reconocer, ni adoptivos ni en proceso de adopción, por lo tanto no conoce otras personas con mejor o igual derecho que ella para reclamar todo lo concerniente por la muerte de su difunto marido.

En la Carpeta Administrativa, aportada por Colpensiones en medio magnético visible a fl. 72 del expediente, la Sala visualiza que se encuentra el informe de Trabajo Social emitido por la Gerencia de Pensiones de Trabajo Social de fecha 4 de mayo del 2010, la entidad al haber analizado las pruebas documentales aportadas por la actora: **I)** declaraciones extra proceso firmadas por el señor Jeremías Vergara Figueroa y Rosa Emilia

Gómez que confirmaron la unión de pareja hasta su fallecimiento; **II)** fotocopia del Registro Civil de Nacimiento del hijo procreado en la unión y **III)** la fotocopia del carnet de salud como beneficiaria del causante ante la EPS Seguro Social desde 1997, la entidad concluyó que *“...conforme a la documentación del expediente de muerte como pruebas allegadas al proceso de la parte solicitante y lo expuesto por la peticionaria en su declaración. El causante y la peticionaria Caracas Oliva habían convivido en unión libre y bajo el mismo techo por espacio aproximado de 17 años hasta su fallecimiento...”*.

A su vez, en el interrogatorio de parte la actora manifestó que el señor **Gilberto Popo** fue su compañero permanente, padre de su único hijo a la fecha mayor de edad, afirmó que se conocieron hace 30 años en la vereda de San Francisco jurisdicción los Andes Cauca, que fueron novios durante aproximadamente 4 años y que luego se fueron a vivir juntos, sostuvo que su convivencia fue continua y sin interrupciones que siempre vivieron en la Vereda San Francisco Jurisdicción de Buenos Aires Cauca, hasta el 13 de abril del 2006, fecha del fallecimiento y que el señor Gilberto trabajaba en una mina de carbón.

El señor Miguel Ángel Ararat quien iba a rendir el respectivo testimonio en la audiencia específicamente en la fase de práctica de pruebas el 10 de julio del 2019, falleció el 9 de junio del 2019, de acuerdo con el Certificado de Defunción Antecedente para el Registro Civil DANE visible a fl. 110

Sentado lo anterior, y analizadas en conjunto las pruebas documentales, en medio magnético y lo manifestado por la parte actora, considera la Sala que no existe duda que entre la demandante **Oliva Caracas** y el causante **Gilberto Popo (q.e.p.d.)**, hubo una verdadera y efectiva convivencia, la cual, como se indicó anteriormente, se traduce en un acompañamiento permanente, un afecto, una ayuda mutua y una solidaridad por espacio superior a los cinco años establecidos en la norma antes descrita, pues las pruebas recaudadas dan la certeza que el tiempo de convivencia entre

éstos fue superior a dicho periodo.

En síntesis de lo expuesto, considera ésta Sala que se encuentra acreditado el requisito legal de convivencia, para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente del causante **Gilberto Popo**, a favor de la demandante **Oliva Caracas**.

En relación con el fenómeno prescriptivo se tiene que este opera parcialmente, debido a que el fallecimiento del señor Gilberto Popo ocurrió el 13 de abril del 2006, y la accionante tuvo 3 años con posterioridad a la fecha del fallecimiento para solicitar la pensión de sobrevivientes esto es, hasta el 13 de abril del 2009, y como presentó reclamación administrativa el 23 de noviembre del 2009, siendo la misma resuelta de fondo con la Resolución 6167 del 10 de agosto del 2010, mediante la cual se le negó la pensión de sobrevivientes y posteriormente interpuso la demanda el 23 de octubre del 2015, por lo tanto, se debe concluir que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento pensional de sobrevivientes reclamado, pero generado desde el 23 de octubre del 2012.

Así entonces, siendo procedente el reconocimiento pensional de sobrevivientes, el pago del retroactivo se debe limitar desde la fecha de la interposición de la demanda, 3 años atrás, en virtud a la operancia del fenómeno prescriptivo, la prestación se debe reconocer desde el 23 de octubre del 2012. Según el acta de reparto obrante a fl. 41, en cuantía de 1 S.M.L.M.V; conclusión a la que igualmente se llegó en la Sentencia de Primera Instancia, por tanto, se deberá confirmar la misma en tal sentido al no existir discrepancia en el monto fijado por dicho concepto.

Respecto del reconocimiento de los intereses moratorios, la Sala procede a aclarar que estos resultan más favorables que la indexación de las mesadas que fueron reconocidas por concepto de retroactivo en primera instancia, sin embargo, la parte actora no interpuso recurso sobre este tópico, y por consiguiente al surtir la presente Sentencia en grado de Consulta a favor de

Colpensiones, se confirmará la decisión de primera instancia de reconocer la indexación a las sumas reconocidas por retroactivo debidamente indexadas con base en el IPC certificado por el Dane hasta la fecha efectiva del pago.

De otra parte, considera la Sala que en el presente caso se debe autorizar, igualmente, a la administradora pensional para que efectúe las retenciones legales y obligatorias para el subsistema de salud, conforme lo establece el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, como quiera que es una consecuencia que está estrechamente ligada o inherente al reconocimiento de la pensión derivada de los principios de universalidad y solidaridad. Es decir, es una carga que le impone la ley al pensionado de pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, precisamente en razón a esa condición. Por lo cual es que habrá de adicionarse la sentencia de primera instancia en tal sentido.

Así mismo, con lo aquí considerado se tienen atendidos los alegatos de conclusión que fueron presentados por las partes.

No habrá condena en costas toda vez que la sentencia se surte en grado de consulta.

## **DECISIÓN**

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la Sentencia Consultada No. 386 del 26 de noviembre del 2019, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**TERCERO:** Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

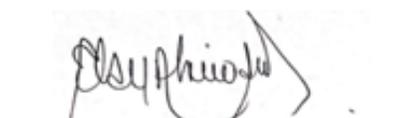
Esta sentencia queda notificada en estrados, y se publica en a través del link dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura para esta Sala con ese fin, en la página web de la Rama Judicial. (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-009-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>).

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

  
**JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA**  
Magistrado Ponente

  
**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**  
Magistrada  
**(Salvamento de Voto 2015-654)**

  
**ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ**  
Magistrada



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

Cali, Dos (2) de julio de dos mil veinte (2020)

<b>Magistrada</b>	PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
<b>Referencia</b>	Consulta
<b>Tipo de proceso</b>	Ordinario Laboral
<b>Clase de decisión</b>	Sentencia
<b>Accionante</b>	Oliva Caracas
<b>Accionado</b>	Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
<b>Radicación</b>	76001310500620150065401
<b>Magistrado Ponente</b>	Jorge Eduardo Ramírez Amaya
<b>Decisión</b>	SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que profeso hacia las decisiones de la Sala Mayoritaria, me permito Salvar el Voto en el sentido que me aparto de la decisión de CONFIRMAR la sentencia 386 del 26 de noviembre del 2019, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, la cual condenó a reconocer y pagar la Pensión de Sobrevivientes a la señora Oliva Caracas; 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, pues tal y como lo ha indicado

la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL4650-2017:

“(…)

*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.*
- 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.*

*Expliquemos cada uno de ellos:*

*(…)*

*3. Aplicación de la normatividad inmediatamente precedente 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).”*

Dicha posición viene siendo reiterada por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sentencia más reciente SL701-2020:

*“Con relación a lo que se acaba de señalar, y 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 las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, esta Sala se pronunció en la sentencia CSJ SL2358-2017, oportunidad en la que indicó:*

*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) Respeta 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.”*

Aunado a lo anterior, en mi entender, tampoco se debió realizar el estudio de 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 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.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el causante falleció el 13 de abril de 2006, la norma que se encontraba vigente al mentado momento, es la Ley 797 de 2003 y en el sentir de la condición más beneficiosa se debió realizar el estudio bajo la norma inmediatamente anterior, esto es, la Ley 100 de 1993.

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



**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**  
Magistrada