



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA No. 112

Proceso	Ordinario – Apelación de Sentencia y Consulta
Demandante	MARTHA EREMIA JARAMILLO MUÑOZ
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES
Radicación	760013105005201700499 01
Tema	Pensión de sobrevivientes
Subtema	Establecer requisitos para acceder al beneficio económico, bajo la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 los **ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020, y PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de dictar Sentencia de Segunda Instancia en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a resolver el **recurso de apelación** formulado por la **demandada** en contra de la **sentencia 129 del 29 de mayo de 2019** proferida por el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito** de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia, e igualmente surtir el **grado jurisdiccional de consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

El apoderado de la parte **demandante**, en su escrito de alegatos,

manifiesta en resumen, que la decisión de primera instancia se basa en el precedente jurisprudencial sobre el principio de condición más beneficiosa, desarrollado por la honorable Corte Constitucional y ha sido aplicado por la mayoría de las salas de este tribunal. Que como quedó demostrado, si bien el actor no se cumple con el requisito que dispone la norma vigente, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por no haberse acreditado las 50 semanas en los últimos 3 años de vida del causante, lo cierto es que con las semanas cotizadas bajo el imperio del Acuerdo 049 de 1990, se financia la pensión pretendida.

La apoderada de la entidad **demandada**, en su alegatos, señala que en el caso concreto el causante no dejó acreditados los requisitos para que la demandante fuera beneficiaria de la prestación solicitada. Por lo que, considera se debe declarar probadas los mecanismos exceptivos formulados con la contestación de demanda y en consecuencia se absuelva a la entidad de cada una de las pretensiones.

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

SENTENCIA No. 109

Antecedentes

Martha Eremia Jaramillo Muñoz, presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, con el fin que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del señor **Carlos Alberto Avila Monroy**, a partir del 8 de enero de 2015, junto con los intereses moratorios, y las costas.

Hechos de la Demanda y su Contestación

En resumen de los hechos, señala la actora que tras el fallecimiento del señor Carlos Alberto Ávila Monroy, presentó solicitud de reconocimiento de

la pensión de sobreviviente, la cual le fue negada mediante Resolución GNR 162656 de 2016, bajo el argumento de no estar cumplido el requisito de semanas mínimas exigidas; y en su lugar, a través de la Resolución SUB 51674 de 2017, le fue otorgada la indemnización sustitutiva de tal pensión, pero que, sin embargo, la suma asignada no fue cobrada por la actora al considerar que le asistía el derecho a la prestación deprecada.

La entidad **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, al dar contestación a la demanda, se opuso a todas las pretensiones, formulando como excepciones: **inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y compensación.**

Trámite y Decisión De Primera Instancia

El **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali** profirió la sentencia **129 del 29 de mayo de 2019**, condenando a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a la señora **MARTHA EREMIA JARAMILLO MUÑOZ**, a partir del 8 de enero de 2015, en cuantía de correspondiente al Salario Mínimo Legal con los respectivos incrementos de ley; y así mismo al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir de la ejecutoria de esa decisión; y autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos por salud y de la indemnización sustitutiva en el caso de haber sido recibida por la demandante. E imponiendo costa a la demandada.

Recurso de Apelación

El apoderado de la **demandada COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que no se tuvo en cuenta lo dispuesto en la sentencia SU 005 de 2018, respecto del principio de la condición más beneficiosa y el test de procedencia en esa decisión. Por lo cual solicita sea tenida en cuenta la mencionada providencia.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la **demandada**, respecto de la sentencia proferida por la Juez de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S., se 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, 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.

Hechos Probados

En el *sub iúdice* no es materia de discusión: **I)** que la fecha de fallecimiento del señor **Carlos Alberto Avila Monroy** es el 8 de enero de 2015 (fl.4); **II)** que la accionante **Martha Eremia Jaramillo Muñoz** presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la pensión de sobrevivientes el 8 de abril de 2016, la cual fue negada mediante Resolución GNR 162656 de 2016, bajo el argumento de no haber dejado el causante cumplido el requisito de semanas mínimas exigidas para tal fin; y en su lugar, a través de la **Resolución SUB 51674 de 2017**, le fue otorgada la indemnización sustitutiva.

Problema Jurídico

El debate se circunscribe a establecer si se encuentran reunidos los requisitos mínimos exigidos para que la señora MARTHA EREMIA JARAMILLO MUÑOZ pueda acceder, bajo el principio de la **condición más beneficiosa**, a la pensión de sobrevivientes pretendida, en calidad de compañera supérstite del fallecido Carlos Alberto Ávila Monroy.

Análisis del Caso

En virtud del 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, se tiene que el señor **Carlos Alberto Ávila Monroy** falleció el 8 de enero de 2015 (fl.4), por tanto, la norma vigente al momento del deceso es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con la reforma que incluyó el artículo 12 de la Ley 797 del 2003, la cual dispone que para la generación del derecho pensional de sobrevivientes, el afiliado debió haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores a su fallecimiento.

Revisado el reporte de semanas cotizadas, obrante de folio 78 a 89, se observa que el señor Carlos Alberto Ávila Monroy solo realizó aportes al sistema de pensiones desde el 1º de agosto de 1981 hasta el 31 de enero de 2007, retomando el pago de aportes entre el 1º al 8 de enero de 2015; de lo que se puede concluir que dentro de los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, cuenta **una (1)** semana cotizadas. No cumpliendo de esta forma con el requisito de semanas cotizadas conforme a la norma en cita para generar el derecho pensional a favor de sus beneficiarios.

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 falleció el año 2015.

A pesar de lo anterior, ésta 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 rige 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	
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 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>

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, Seguridad Jurídica 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, se insiste, 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 el análisis del resumen de semanas cotizadas y el detalle de pagos efectuados (fl. 78 a 89), se puede extraer que el causante en toda

su vida laboral acumuló un total de **914 semanas**, de las cuales **565** fueron acumuladas 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 **CARLOS ALBERTO AVILA MONROY** 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, sea lo primero señalar que siendo el marco normativo aplicable al presente asunto, lo dispuesto el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 con la modificación que incluyó la Ley 797 del 2003, se debe tener en cuenta que para poder acceder al derecho invocado, se requiere que la demandante acredite la calidad de cónyuge o compañera permanente del causante y haber convivido con éste no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Es claro para ésta Sala que, para que el cónyuge o compañera permanente puedan ser beneficiarias de la pensión de sobreviviente debe demostrarse una efectiva convivencia de estas con el causante, que se traduce en un acompañamiento permanente, un afecto, una ayuda mutua y una solidaridad.

Respecto a lo anterior, considera este Tribunal que el señalado requisito de convivencia ya había sido dilucidado y superado por parte de la entidad demandada, desde la expedición de la **Resolución SUB 51674 del 2017** (fl.9 a 12), toda vez que el único argumento expuesto para la negación del derecho pensional se basó exclusivamente en el no cumplimiento del requisito de semanas mínimas por parte del afiliado fallecido, mas no por el requisito del tiempo de convivencia mínimo, pues a la actora se le otorgó la correspondiente **indemnización sustitutiva.**

Sentado lo anterior, y analizadas en conjunto las pruebas allegadas al plenario, considera la Sala que no existe duda que entre la demandante

Martha Eremia Jaramillo Muñoz y el causante **Carlos Alberto Ávila Monroy**, 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.

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 **Carlos Alberto Ávila Monroy**, en favor de la demandante **Martha Eremia Jaramillo Muñoz**, a partir de la fecha de su fallecimiento, esto es, desde el **8 de enero 2015**.

En relación a la excepción de fondo de **prescripción** propuesta en la contestación de demanda, se tiene que esta no opera en el presente asunto, toda vez que la solicitud de reconocimiento pensional fue elevada el **8 de abril de 2016**, su respuesta se dio con la expedición de la Resolución GNR 162656 de 2016, y la radicación de la presente demanda en **octubre 10 de 2017**, esto es, que entre dichas calendas no ha trascurrido el término prescriptivo de los tres años.

No existiendo discusión hasta este punto respecto de lo decidido por el juez de primera instancia, en cuanto al reconocimiento pensional de sobrevivientes a favor de la parte actora. Se deberá confirmar la condena impuesta en tal sentido.

Intereses Moratorios

Respecto de la solicitud de reconocimiento de los **intereses moratorios**, se tiene que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se ha considerado que la procedencia, o no, de condenar a la entidad demandada su pago depende en gran medida de los términos que debía observar para resolver oportunamente la solicitud de pensión del demandante.

En complemento de lo anterior, se ha reiterado que siendo el pago de intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100/93 de carácter

resarcitorio, no deben valorarse las situaciones que conllevaron a la tardanza, por tanto, configurada la mora en la solución del reconocimiento de la prestación debe resarcirse la misma mediante el pago de éstos en favor del pensionado, sin hacer ningún otro análisis.

No obstante, se debe decir que la jurisprudencia especializada de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que en aquellos casos en los que las Administradoras niegan el derecho al reconocimiento pensional, porque tienen respaldo normativo, de la ley, sin el alcance que los jueces en la función que le es propia de interpretar las normas sociales, y ajustarlas a los postulados de la seguridad social, no puede predicarse la existencia de una mora en el pago de la prestación. (CSJ SL 16390 2015 Rad. 40868, SL 12018 del 27 de julio de 2016, radicación 65746, y SL4650, del 25 de enero de 2017).

Esta Sala, en casos similares, ha considerado que ello no significa que la sanción resarcitoria no sea procedente, señalando que en esta medida la solución que mejor se acompasa a la intelección de las reglas jurisprudenciales transcritas es aquella que declara su procedencia a partir de la ejecutoria del reconocimiento.

Por tanto, conforme a lo antes considerado y del análisis de las documentales obrantes en el plenario, se puede inferir que en el presente caso es dable acceder al reconocimiento de los intereses moratorios deprecados por la demandante, pues se ha presentado mora por parte de la entidad demandada en el pago de la pensión de sobrevivientes, toda vez que elevada la respectiva solicitud desde el 8 de abril de 2016, hasta la fecha no se ha dado tal reconocimiento y pago.

De esta forma, el reconocimiento de los **intereses moratorios** procede a partir de la fecha de ejecutoria de la presente decisión y hasta el momento en que se realice el pago efectivo de las mesadas adeudadas.

Así, la sentencia recurrida deberá de ser modificada en tal sentido.

Descuentos para Salud

De otra parte, se mantendrá la decisión de primera instancia en cuanto a 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.

Costas

Teniendo en cuenta que el artículo 361 del CGP, dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Resulta imperioso imponer tal condena a la parte **demandada** al no haber salido avante el recurso de apelación formulado, se tasaran como agencias en derecho causadas en esta instancia, la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000,00)..

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

Decisión

En mérito de lo expuesto, ésta 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: MODIFÍCASE el numeral segundo de la sentencia **129 del 29 de mayo de 2019** proferida por el **Juzgado Quinto Laboral Laboral del Circuito**

de Cali, apelada y consultada, en el sentido de establecer: que el pago de **intereses moratorios** del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se reconocen y deben liquidarse a partir de la fecha de **ejecutoria de la presente decisión** y hasta el momento en que se realice el pago efectivo de las mesadas adeudadas.

SEGUNDO: CONFÍRMASE la sentencia apelada y consultada en todo lo demás, por lo aquí expuesto.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la entidad demandada y en favor de la demandante. Tásense como agencias en derecho causadas en esta instancia, la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000,00).

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

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

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado Ponente


PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada
(SALVO EL VOTO 2017-499)


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada



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

SALVAMENTO DE VOTO

Cali, Treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Magistrada	PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Referencia	Apelación - Consulta
Tipo de proceso	Ordinario Laboral
Clase de decisión	Sentencia
Accionante	Martha Eremia Jaramillo Muñoz
Accionado	Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
Radicación	76001310500520170049901
Magistrado Ponente	Jorge Eduardo Ramírez Amaya
Decisión	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 que CONFIRMA y MODIFICA la Sentencia n.º 129 del 29 de mayo del 2019, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, la cual condenó a reconocer y pagar la Pensión de Sobrevivientes a la señora Martha Eremia Jaramillo Muñoz; 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 su Sala de Casación Labora, lo ha indicado, 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 retroactividad.*
 - 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 8 de enero de 2015, 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

RAD. 76001310500520170049901