



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

MAGISTRADA PONENTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NELLY LONDOÑO DE TORRES** contra **COLPENSIONES**

EXP. 76001-31-05-015-2017-00126-01

Santiago de Cali, xx (xx) de abril de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor Colpensiones, en contra de la sentencia n° 124 de 3 de mayo de 2018, emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente decisión.

Es de aclarar que la ponencia presentada por el Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA no obtuvo los votos necesarios para su aprobación en Sala de discusión, entonces se dispuso la remisión del proceso a este despacho para su decisión mediante Auto de sustanciación n° 207 de 27 de marzo de 2023, siendo remitido a este despacho el día 30 del mismo mes y año.

SENTENCIA n.º 138

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago al señor Rodrigo de Jesús Torres Macías la pensión de vejez post mortem, a partir del 1 de abril de 2012, junto con los incrementos de ley incluyendo mesadas adicionales, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990; como consecuencia de lo anterior, se declare beneficiaria a la señora Nelly Londoño al cumplir los requisitos de la sustitución pensional.

Como pretensión subsidiaria, se condene a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la señora Nelly Londoño a partir del 28 de julio de 2015, junto con los incrementos de ley incluyendo mesadas adicionales e intereses moratorios, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993; y en costas a la demandada.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el señor Rodrigo de Jesús Torres Macías, cotizó 1000 semanas de manera continua para los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 1 de octubre de 1971 al 30 de marzo de 2012. Para lo anterior, presentó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada por parte de Colpensiones mediante resolución GNR 223429 de 2 de septiembre de 2013, por no haber acreditado el número de semanas exigidas.

Afirmó la demandante que, contrajo matrimonio con el señor Rodrigo de Jesús Torres Macías el 18 de mayo de 1984, procrearon 3 hijas, no obstante, el señor en mención falleció el 28 de julio de 2015.

Expuso que, para el 1 de abril de 2016, en calidad de cónyuge solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por reunir los requisitos de Ley, sin embargo, por resolución GNR 151077 de 24 de mayo de la misma anualidad, le fue negada la prestación.

La anterior fue objeto de recurso, el cual por resolución GNR 234142 de 9 de agosto de 2016, decidió confirmar lo decidido en primera instancia.

Exhibió que, por parte de Colpensiones al momento de negar la prestación económica, omitió los aportes realizados por el causante en calidad de trabajador independiente, y desconoció el principio de la condición más favorable en pro del afiliado, pues se acreditó que el señor Torres Macías tenía 1000 semanas cotizadas al momento del fallecimiento.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en atención a que la demandante no le asistió el derecho reclamado por cuando no se acreditó los requisitos establecidos por la ley, de allí que este exenta del pago de la obligación solicitada.

Lo anterior tuvo fundamento, en que el señor Rodrigo de Jesús Torres falleció el 28 de julio de 2015, por lo que la norma vigente era la Ley 797 de 2003, y una vez revisado el historial laboral de aquel, tuvo que no acreditó una semana dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, por lo que no dejó causado el derecho.

Ahora bien, frente a la condición más beneficiosa tampoco logró acreditar 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al

fallecimiento, por lo anterior, no hubo motivo por el cual la demandada hubiera accedido al reconocimiento pretendido.

Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; Prescripción; la Innominada; Buena fe».

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n° 124 del 3 de mayo de 2018, declaró:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación por parte de COLPENSIONES respecto a la pensión post mortem reclamada en forma como pretensión principal

SEGUNDO: DECLARAR no probada la totalidad de las excepciones propuestas por COLPENSIONES respecto a la pensión de sobrevivencia y como consecuencia de ello **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a NELLY LONDOÑO DE TORRES, con c.c. 31.541.203, la pensión ed sobrevivientes a partir del 28 de julio ed 2015, con ocasión del fallecimiento de su esposo RODRIGO DE JESÚS TORRES MACIAS, en cuantía de un salario mínimo mensual vigente que para el año 2015 fue de \$644.350,00, sin perjuicio de los incrementos anuales y las mesadas adicionales de diciembre de cada anualidad, correspondiéndole por retroactivo, desde el 28 de julio de 2015 al 30 de abril de 2018, la suma de \$25.550.748,00.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a indexar cada una de las mesadas pensionales desde su causación hasta la fecha

de su pago efectivo.

CUARTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones de su contraparte.

QUINTO: CONSULTAR la presente decisión en el tribunal de Cali sala laboral, como quiera que fue adversa a los intereses de COLPENSIONES.

SEXTO: CONDENAR en costas al demandado, como agencias en derecho vamos a fijar la suma de \$2.000.000,00 a favor del demandante a cargo del demandado.

Como argumento de su decisión, indicó el *A quo* que, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre el régimen de transición, teniendo que el señor Torres Macías falleció el año 2015, a lo que una vez verifica la edad y número de semanas, lo tuvo como beneficiario por la condición de la edad.

Ahora bien, frente a la extensión del régimen de transición necesitaba tener 750 semanas cotizadas a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, condición que no cumplió, en consecuencia, no era beneficiario de la pensión de vejez y mucho menos de la pensión post mortem.

Frente a la pensión de sobrevivencia, expresó que para la fecha del deceso la normatividad vigente era la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, en la que se precisó la necesidad de cumplir 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento, situación que tampoco acreditó.

No obstante, lo anterior, el causante dejó acreditado más de 300

semanas cotizadas a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, por lo que procedió aplicar la sentencia SU 442 de 2016, mediante la cual la Corte Constitucional protegió los derechos fundamentales, y ordenó el reconocimiento a la pensión de sobrevivencia conforme el Acuerdo 049 de 1990, y la condición más beneficiosa.

Seguidamente, procedió a pronunciarse frente a la exceptiva de prescripción, manifestó que para el caso no era procedente. Por último, calculó el monto y su retroactivo pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida bajo el argumento que, el retroactivo calculado por aquella es superior al determinado, y el derecho que ostenta frente a la condena de intereses moratorios.

Por su parte, **COLPENSIONES** sustentó su recurso de apelación, en que, si bien la demandante alegó vicios en el consentimiento para declarar la ineficacia en el traslado, lo cierto fue que estos no quedaron demostrados dentro del proceso.

Por lo anterior, refirió que debía tenerse en cuenta la suscripción del formulario de afiliación, en el que consta que la AFP brindó la información necesaria para que voluntariamente decidiera a trasladarse.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n.º 557 del 10 de noviembre de 2020, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los apoderados de la parte demandante y Colpensiones, en términos

similares a lo expuesto en la demanda, contestación y alzada, los que pueden ser consultados en los archivos 12 y 13 del Cuaderno Tribunal ED, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

VI. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, se contrae a determinar si la señora Nelly Londoño en condición de cónyuge, le asiste derecho a que la demandada le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes.

Lo anterior, con el propósito de dar claridad a que no fue objeto de discusión por la parte demandante, lo expresado en el numeral primero de la sentencia n° 124 del 3 de mayo de 2018, cuando declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación por parte de Colpensiones respecto de la pensión post mortem reclamada como pretensión principal; en consecuencia, al surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones no se realizará estudio.

Con tal propósito, la Sala comienza por afirmar que no es objeto de discusión entre las partes, que el señor Rodrigo de Jesús Torres Macías (q.e.p.d) falleció el 28 de julio de 2015, y que para el momento del suceso había cotizado un total de 851 semanas al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, pues tales aspectos fueron así dispuestos por el sentenciador de primer grado sin que se ejerciera oposición al respecto, aunado a ello, estos hechos se encuentran

acreditados con la documental que reposa de folio 10, 11 y 38 del ED, conforme al reporte de semanas cotizadas ante Colpensiones.

En ese contexto, y para resolver el asunto, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado que por regla general las normas jurídicas que deben ser tomadas en consideración para establecer la existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes, son aquellas vigentes a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado, y sólo por excepción es posible aplicar una norma anterior en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa.

Bajo tal orientación, esta Sala tiene que la norma de amparo sobre la cual se debió analizar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en principio debió ser la Ley 797 de 2003, toda vez que, el afiliado falleció en vigencia de tal precepto. Disposición esta que exige para la causación del derecho, que el causante hubiere ostentado la condición de pensionado o que estando afiliado hubiese cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento.

Ahora bien, en lo que respecta al requisito de fidelidad al sistema, este fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C – 428 del 2009.

Al constatar si el afiliado dejó causada la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de este, se tiene, que según la documental obrante a folio 38 del archivo 01 del expediente del Juzgado concerniente al resumen de semanas cotizadas, en donde se evidenció que el causante cotizó un total de 851,29 semanas, no obstante, dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento solamente se acreditaron 0 semanas, tiempo este, que no le permite acceder a la pensión deprecada como quiera que la

norma exige para ello, acreditar, se itera, 50 semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores al deceso.

Ahora bien, peticiona la parte demandante la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, y de este modo acudir a las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, y reconocer la prestación pensional bajo tales derroteros, pues en su sentir, cuenta con el mínimo de semanas requeridas en la disposición en cita, a efectos de hacerse merecedora de la pensión de sobrevivientes.

Para resolver, cabe destacar que conforme las enseñanzas vertidas por el órgano de cierre en materia ordinaria laboral, la irretroactividad de la ley, con excepción del derecho penal, ostenta la condición de principio universal, según el cual las preceptivas que regulan las relaciones laborales y de seguridad social son de orden público y tienen efecto inmediato más no retroactivo, postulado que encuentra cimiento en lo previsto en el artículo 16 del C.S.T.¹

Del mismo modo, es abundante la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, que hace referencia a los cambios legislativos y sus consecuencias indeseables, y es así, que la alta Corporación ha convalidado la aplicación de principios como el de la condición más beneficiosa, a efectos de resolver los problemas sociales que origina la implementación de normas que en su contenido no contemplan un tránsito legislativo, y para tal efecto, previó una serie de elementos que hacen posible su estudio, a saber: i) es una excepción al principio de la retrospectividad, ii) opera en la sucesión o tránsito legislativo, iii) procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 4105 de 2016.

momento del siniestro, iv) 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, v) 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, y vi) respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, a efectos de dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, de forma reiterada y pacífica señaló que tal excepción normativa sirvió como puente de amparo que se estructura temporalmente para que transiten por él aquellas personas que tienen una situación jurídica concreta, que sirve de unión a la antigua legislación y la nueva.

Con ese fin, la alta Corporación dispuso diferir los efectos de la Ley 797 de 2003 hasta el 29 de enero de 2006, luego de aquella fecha, no sería viable la aplicación del principio aquí estudiado, puesto que, de no existir tal límite, conllevaría a que se generaran barreras infructuosas para el cambio normativo, y una impertinente adecuación de los preceptos a una realidad social y económica disímil.

De esta manera, en lo relativo a la temporalidad de aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se torna preciso traer a colación lo modulado por la Corte Suprema de Justicia Sala de

Casación Laboral en la sentencia SL4650 de 2017, oportunidad en la que la alta Corporación enseñó:

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

No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

Es inocultable que si las expectativas legítimas no pueden ser modificadas de manera abrupta o arbitraria, de ahí la razón de ser de la condición más beneficiosa, tampoco pueden permanecer inalterables como si fuesen unos derechos adquiridos. Dicho en breve: no se le puede otorgar el mismo tratamiento y protección a las expectativas legítimas que a los derechos consolidados”.

Fue así como en la misma sentencia en cita, en aras de poder conservar razonablemente un lapso de tiempo, lo cual fue de 3 años, para las personas que tuvieran derechos en curso de adquisición, se les respetaría el número de semanas mínimas establecidas en la Ley 100 de 1993, «con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición».

Así entonces, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, dispuso:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: (...)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte (...). (Negrilla y Subraya fuera de texto).

De lo expresado, y continuando con la sentencia ya mencionada, la Corte Suprema fue clara al advertir 2 situaciones que dan acceso al reconocimiento de la pensión de sobreviviente bajo la Ley 100 de 1993:

1. Afiliado que se encontraba cotizando al sistema al momento del fallecimiento.

Requisito de semanas: haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de producirse la muerte, es decir, en cualquier tiempo.

2. Afiliado que no se encontraba cotizando al sistema al momento del fallecimiento.

Requisito de semanas: haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

En tal sentido, esta Corporación analizará si el *de cujus* dejó causado el derecho pensional a sus beneficiarios de conformidad a las preceptivas de la Ley 797 de 2003, o si fue del caso se aplique la condición más beneficiosa, esto será la norma anterior, Ley 100 de 1993.

i) Requisitos consagrados en la Ley 797 de 2003.

Se desprende que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Para el caso, se tiene que el causante no cumplió lo requerido, toda vez que, su fallecimiento dató del 28 de julio de 2015 y su última cotización fue en el 31 de marzo

de 2012, por lo tanto, solamente se acreditaron 0 semanas dentro de los último 3 años anteriores al fallecimiento.

Entonces, no cumplió con las condiciones establecidas en la Ley en cita.

ii) Cumplimiento de los requisitos consagrados en la Ley 100 de 1993, condición más beneficiosa.

- a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte.

Para la presente condición el causante no cumplió lo requerido, pues si bien se encontraba afiliado, su última cotización dató de marzo de 2012, y su fallecimiento se dio en el año 2015.

- b) Que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Se tiene entonces que el año anterior a la muerte correspondió al periodo comprendido entre el 28 de julio de 2015 al 28 de julio de 2014 y que aquel hubiera efectuado aportes de por lo menos 26 semanas, condición que tampoco se cumplió en atención a que acreditó 0 semanas dentro de este periodo.

Por lo anterior, el causante no cumplió con los requisitos establecidos en la ley 797 de 2003, y el caso ante la condición más

beneficiosa, esto es Ley 100 de 1993 en su versión original tampoco sucedió.

Ahora, debe precisarse que, si bien, la Corte Constitucional señaló que en ciertos casos excepcionalísimos se puede aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 a aquellos casos en los que el fallecimiento del afiliado acaece en vigencia de la Ley 797 de 2003, no obstante, esta Sala se adhiere a la postura que en torno a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa ha dispuesto la Corporación de cierre materia ordinaria laboral, cuando considera que:

“Así, frente a la aplicación de dicho principio esta Sala ha reiterado que no es viable acudir a la plus ultractividad de la ley, esto es, hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del de cujus o cuál resulta ser más favorable, pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro.

(...)

Además, estos saltos hacia el pasado, en búsqueda de una norma que se amolde a las circunstancias individuales de los afiliados o beneficiarios, con independencia de si fue derogada hace más de 20 años, ponen en vilo el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al conceder pensiones por el fallecimiento de personas que no cotizaron por más de una década o que no realizaron un esfuerzo sostenido en la construcción de una pensión.

Aunado a que de aceptarse dicha tesis se entraría en profunda contradicción con los ajustes que hizo el legislador en las políticas laborales, sociales y económicas para cumplir con el principio de sostenibilidad financiera (artículo 48 de la Constitución Política), que permite que más personas puedan acceder próximamente a una prestación a título de pensión.

Y es que la aplicación de las mencionadas reglas, puede alterar la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema de protección social y comprometer la realización de los derechos de las generaciones futuras. Por este motivo, la concesión de las pensiones debe sujetarse al cumplimiento estricto de cada una de las condiciones exigidas por las leyes para su causación y pago.

(...)

Por otra parte, la aplicación ultractiva de normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la disposición vigente, en la medida que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional, con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, a juicio de la Sala, no es posible, tal como lo ha adoctrinado, entre otras, en sentencias CSJ SL 1683-2019, CSJ SL1685-2019, CSJ SL2526-2019, CSJ SL1592-2020, CSJ SL1881-2020, CSJ SL1884-2020, CSJ SL1938-2020, CSJ SL2547-2020, CSJ SL3314-2020 y CSJ SL184-2021.

(...)

En consecuencia, la introducción de reglas ajenas a las legales puede alterar la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema de pensional y comprometer la realización de los derechos de las generaciones futuras. Por este motivo, el reconocimiento de las pensiones debe sujetarse al cumplimiento estricto de cada una de las condiciones exigidas por las leyes para su causación y pago”².

Por último, frente a la fuerza vinculante del precedente constitucional de la sentencia SU 005 de 2018, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1884 y SL1938 de 2020, SL1742 de 2021 y SL2057 de 2022, señaló que:

La Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada al momento de resolver el asunto de su competencia.

Asimismo, ha precisado que un precedente tiene fuerza vinculante, puesto que, sin duda, la jurisprudencia es una fuente formal del derecho y la hermenéutica que elaboran las autoridades judiciales que poseen la facultad de unificarla y otorgarle comprensión a normas superiores, precisamente contribuye a determinar el alcance de disposiciones normativas y a desarrollar principios básicos del Estado constitucional, como el de seguridad jurídica; además, permite materializar el respeto de los principios de igualdad, supremacía de la Carta Política, debido proceso y confianza legítima (C-539-2011).

² Corte Suprema de Justicia, sentencia SL855 de 2021.

No obstante, también ha diferenciado entre las decisiones derivadas del control abstracto de constitucionalidad; es decir, aquellos fallos que determinan el contenido y alcance de la normativa superior y el precedente en vigor; esto es, el que deriva de las providencias de acciones de tutela.

*El primero, tiene fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos erga omnes y su desconocimiento significa una trasgresión a la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335-2008 y C-539-2011); **mientras que el segundo, aunque también tiene fuerza vinculante, le permite al juez apartarse de sus postulados siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU-611-2017).***

En ese contexto, teniendo en cuenta que los principios constitucionales no son absolutos y su aplicación debe ser proporcional -a fin de no quebrantar otros bienes jurídicos Superiores importantes para los individuos y la sociedad-, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, frente a los efectos inter partes y a la ratio decidendi de la sentencia SU-05-2018, se aparta de su contenido -deber de transparencia-, por las razones que se expone a continuación -deber de argumentación suficiente- (C-621-2015 y SU-354-2017).

En esa providencia, dicha autoridad judicial estableció que es posible la aplicación plus ultractiva de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) se trate de un afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003, (ii) no

acredite 50 semanas de aportes durante los tres años anteriores al deceso, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, (iii) pero sí reúne el número mínimo de semanas cotizadas exigidas en el régimen anterior.

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

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

Además, de aplicarse cualquier disposición anterior se darían efectos plus ultraactivos a normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, lo que afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la norma aplicable en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, a juicio de la Sala, no es posible (CSJ SL1683-2019, CSJ SL1685-2019, CSJ SL2526-2019 y CSJ SL2829-2019).

Por otra parte, debe advertirse que la financiación de todo sistema pensional depende de variables demográficas, fiscales o actuariales que deben ajustarse en diferentes momentos, de modo que las reformas en determinados contextos pueden privilegiar aspectos que antes no contemplaban o, potenciar algunos de ellos, como por ejemplo darle mayor peso a la permanencia en la afiliación para la adquisición de un derecho pensional que a la sola acreditación de un número específico de semanas.

En consecuencia, la introducción de reglas ajenas a las legales puede alterar la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema pensional y comprometer la realización de los derechos de las generaciones futuras. Por este motivo, el reconocimiento de las pensiones debe sujetarse al cumplimiento estricto de cada una de las condiciones exigidas por las leyes para su causación y pago”.

Conforme a lo expuesto, esta Sala se aparta de la sentencia SU 005 de 2018, de acuerdo con el precedente en cita, ya que no se trata del desconocimiento al principio de la condición más beneficiosa, sino

que corresponde a delinear correctamente su campo de aplicación, prevaleciendo con ello el interés general sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales. De tal modo que, otorgar tal prestación conforme lo pretendido por la parte demandante, conllevaría a desconocer el efecto de la retrospectividad de la ley, pues se daría aplicación a una disposición que, de forma expresa, fue derogada.

En tal virtud, y como en el caso concreto no se encontraron demostrados los requisitos necesarios para acceder a la pensión de sobrevivientes conforme lo pregonía la Ley 797 de 2003, de igual forma tampoco en el caso que se aplicara la condición más beneficiosa, esto es la Ley 100 de 1993, en consecuencia, la Sala revocará los numerales segundo, tercero y sexto, de la sentencia n° 124 proferida el 3 de mayo de 2018, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

Las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un medio (1/2) SMLMV, en razón a la prosperidad de la alzada en favor de Colpensiones.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR los numerales **SEGUNDO, TERCERO y SEXTO**, de la sentencia n° 124 proferida el 3 de mayo de 2018, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar:

- **DECLARAR** probadas la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por Colpensiones.

SEGUNDO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

TERCERO: Las **COSTAS** están a cargo de la parte **DEMANDANTE**, incluyendo la suma equivalente a un medio (1/2) SMLMV, en razón a la prosperidad de la alzada en favor de Colpensiones.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos Judiciales
Cali-Valle
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
Actos Judiciales
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA 1ª DE DECISION LABORAL

Magistrado Ponente:
Yuli Mabel Sanchez Quintero

SALVAMENTO DE VOTO

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

Planteado lo anterior, vale anotar el deceso del afiliado **RODRIGO DE JESUS TORRES MACIAS** acaeció el **28 de julio del 2015** fl. 2, la norma inicialmente aplicable sería la **ley 797 del año 2003**, la que exige tener 50 semanas de cotización en los últimos tres años anteriores al óbito, con las que no se cuenta, por ser su última cotización al sistema el **31 de marzo del 2012** (fl. 27), tampoco se cuenta con las semanas exigidas en la **ley 100 de 1993** conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Sin embargo, es posible dar aplicación al Decreto 758/90 conforme la sentencia **SU-005 de 2018**, dado que con otras interpretaciones, la de la sentencia en comento, se presenta otra prerrogativa sustancial, la posibilidad de cumplir las exigencias establecidas por normas anteriores y no sucedáneas a la vigente, si se cumplen con condiciones de vulnerabilidad –excluyentes- lo cual ha tenido también variación en su aplicación por diversas concepciones, primando para la Sala mayoritaria la de mayor cobertura –inclusiva- con interpretación más favorable para el pensionado (**Sentencia SU-241 de 2015**); y en este caso, sí se superan las exigencias de la Corte Constitucional, veamos:

Test de procedencia		CASO CONCRETO
Primera condición	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.	La demandante cuenta con 70 años de edad, según se ve del documento de identidad aportado a folio 5. Lo que la hace perteneciente al grupo de la tercera edad.
Segunda condición	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.	Para esta exigencia la Sala tiene en cuenta las declaraciones de los señores OLGA OLAYA CRUZ (registro audio 8:37) y AUGUSTO DE JESUS TORRES (registro audio 12:50) quienes afirmaron que la demandante dependía económicamente del pensionado, lo que hace ver su no laboreo para la fecha del deceso.
Tercera condición	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.	Esta condición resulta acreditada en el plenario con declaraciones testimoniales de los señores OLGA OLAYA CRUZ (registro audio 8:37) y AUGUSTO DE JESUS TORRES (registro audio 12:50) quienes dan fe de la convivencia y de la dependencia económica de la demandante para con su esposo.

Cuarta condición	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.	De la historia laboral de folio 27 se evidencia que el afiliado cotizó hasta marzo de 2012, es decir, hasta cuando tenía 60 años de edad, evidenciándose así su esfuerzo de cotizar.
Quinta condición	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.	A folio 7 aparece reclamación administrativa de la pensión de sobrevivencia radicada el 01 de abril de 2016 por la demandante , acudiendo así a la entidad para el reconocimiento pensional de sobrevivencia, petición que fue negada por parte del fondo de pensiones.

Superada como se ve, las exigencias del test, es de ver que el afiliado fallecido sí cotizo antes de la vigencia del sistema general de pensiones el número de semanas de cotización exigidas en el **Decreto 758 de 1990** – pues para el **01 de abril de 1994** más de trescientas semanas- nos lo dice el folio 27 (**507,⁴³ semanas** cotizadas), siendo su última cotización como se dijo, en **marzo del 2012** cuando aportó **1.004,⁵⁷ semanas** en toda la vida laboral; semanas que incluyen el tiempo laborado y no cotizado por el empleador **MUEBLES METALICOS DEL PACÍFICO del 25 de marzo de 1973 al 20 de mayo de 1975**, pues contrario a lo dispuesto por la instancia, para la Corporación no hay duda de que en la construcción de la pensión debe incluirse todo el tiempo laborado, certificado su laboreo pero no cotizado por éste empleador a folios 33, pues conforme el **artículo 17 de la ley 100/93**, durante la vigencia de la relación laboral, la norma impone la obligación de realizar los aportes correspondientes. Por consiguiente, el tiempo certificado como laborado por el empleador, debe ser incluido en el conteo de las semanas de cotización exigidas para la prestación de vejez, tal y como lo permite el **art. 33 de la ley 100/93** en el **literal C y D del parágrafo 1º**, así también lo ha establecido la jurisprudencia especializada en sentencia **Rad. 43182 del 20 de octubre de 2015** en la que reiteró sentencias como la **SL 646 de 2013**, veamos:

En la sentencia CSJ SL16715-2014, la Corte precisó la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido de que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad social, ante omisiones en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial. En la mencionada sentencia, se dijo al respecto:

Los hechos anteriores permitirían afirmar que la pensión estaría a cargo de la entidad bancaria demandada, sino fuera porque en el asunto bajo examen es necesario distinguir entre una afiliación tardía al sistema pensional, efectuada al poco tiempo de iniciada la relación laboral, de la abstención completa de afiliación durante todo el tiempo de duración del contrato de trabajo, o cuando es ostensiblemente tardía, últimos dos eventos en los cuales el ordenamiento jurídico colombiano asignaba al empleador la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez en las mismas condiciones en las que lo hubiera asumido el sistema general de pensiones.

...
Sin embargo, el artículo 9 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de 2003, estableció la posibilidad de sumar el tiempo de servicios con empleadores omisivos en la afiliación al sistema general de pensiones, a través del pago de un título pensional a favor de la entidad de seguridad social, con base en el cálculo actuarial que ésta elabore. Así lo dispuso la norma en comento:

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. (La Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-506-01 mediante Sentencia C-1024-04 de 20 de octubre de 2004, “...mediante la cual se declaró la constitucionalidad de la expresión acusada <subrayada> por un cargo idéntico al impetrado en esta oportunidad”).

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

...
La Sala no deja a un lado el hecho de que el tiempo durante el cual no fue afiliado el actor es anterior a la expedición de estas normas, más aún, al Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, sin embargo es posible su aplicación a casos como el presente, tal y como se adoctrinó en la sentencia CSJ SL, 27 ene. 2009, Rad. 32179

De igual forma se sumaron los meses de agosto y noviembre del 2000 y abril del 2001 que cuentan con constancia de pago por parte del afiliado fallecido.

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	DÍAS	SEMANAS	
MUEBLES METALICOS DEL PACÍFICOS	25/03/1973	20/05/1975	789	112,71	omisión afiliación fl. 33
INDUSTRIA DE ENVASES SA	03/03/1975	15/04/1977	777	111,00	
CRUZ C RAFAEL	04/04/1978	21/08/1978	140	20,00	
CRUZ C RAFAEL	22/09/1978	20/01/1979	121	17,29	
UNION CARIBE COL	19/02/1979	03/08/1979	166	23,71	
SERV TEMP DE COLOMBIA LTDA	14/04/1989	07/05/1990	389	55,57	
CURTIEMBRE TITAN LTDA	05/07/1990	16/09/1993	1170	167,14	pagado fl. 39
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/08/2000	31/08/2000	30	4,29	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/09/2000	31/10/2000	60	8,57	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/11/2000	30/11/2000	30	4,29	pagado fl. 40
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/12/2000	31/12/2000	30	4,29	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/01/2001	31/01/2001	30	4,29	abril/01 pagado fl. 38
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/03/2001	31/10/2001	240	34,29	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/01/2004	31/01/2004	30	4,29	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/02/2004	31/01/2005	360	51,43	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/02/2005	31/01/2006	360	51,43	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/04/2006	31/01/2007	300	42,86	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/02/2007	31/01/2008	360	51,43	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/02/2008	31/07/2008	180	25,71	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/09/2008	31/01/2009	150	21,43	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/02/2009	31/10/2009	270	38,57	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/12/2009	31/10/2010	330	47,14	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/02/2010	30/06/2010	150	21,43	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/08/2010	31/08/2010	30	4,29	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/10/2010	31/01/2011	120	17,14	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/02/2011	31/01/2012	360	51,43	
RODRIGO DE JESUS TORRES	01/02/2012	31/03/2012	60	8,57	
TOTAL				1004,57	

01 DE ABRIL DE 1994	507,43
AL 01 2005	648,83
20 AÑOS ANTERIORES AL DECESO	497,14

Es así que no hay duda que se tiene derecho a la pensión de sobrevivientes pretendida, más aún cuando cuenta con la calidad de beneficiaria de la reclamante.

En el caso de la actora, a folio 3 se allega la partida de matrimonio entre el señor **RODRIGO DE JESUS TORRES** y la señora **NELLY LONDOÑO** realizado el **18 de mayo de 1974**, sin que se tenga noticia en el proceso de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal. Por lo que con ello queda superada la calidad de beneficiaria de la demandante, como también está acreditado por las declaraciones testimoniales² de los señores **OLGA OLAYA CRUZ** (registro audio 8:37) y **AUGUSTO DE JESUS TORRES** (registro audio 12:50), la primera amiga de la pareja por más de 20 años y vecina de la pareja por 13 años, el segundo hermano del afiliado fallecido, quienes dan fe de la convivencia de la pareja desde que los conocieron y se casaron hasta el momento del deceso, incluso de la dependencia económica de la demandante para con su esposo. Todo lo anterior es situación permisiva para despachar desfavorablemente el recurso de apelación de la demandada

, no hay lugar a la revisión en consulta de la sentencia en los puntos que no fueron motivo de apelación como son las cifras condenadas, pues ya exteriorizó con su recurso, la inconformidad presentada con la

providencia del juzgado. Argumentos estos que acompañan las consideraciones que han sido postuladas en variados pronunciamientos mediante aclaraciones de voto en la sala laboral de la **Corte Suprema de Justicia SL 3202-2021, SL 3047- 2021, SL 3199-2021, 3049-2021** y en decisión de tutela **T-1092 DE 2012**.

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA