El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia : Sentencia de segunda instancia

Radicación Nro. : 66001-31-05-001-2017-00480-01

Proceso : Ordinario Laboral

Accionante : María Marlen Grisales de García

Accionado : Colpensiones

Juzgado de origen : Primero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CÓNYUGE / LEY 797 DE 2003 / CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA / REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN / ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL / APLICA PARA NORMA ANTERIOR / TEMPORALIDAD / EXCEPCIONES / SE NIEGA.**

… en relación con la pensión de sobrevivientes, la norma que regula el derecho a la prestación, no es otra que la vigente al momento en que ocurre el deceso, y así lo ha afirmado con inmodificable persistencia la SCLCS (entre otras sentencia del 25 de abril de 2007, radicado Nº 29121,)

No obstante, como los cambios legislativos en el sistema pensional no pueden desconocer las expectativas legítimas y en frente a dicha prestación el legislador no ha previsto disposiciones que las amparen; con fundamento en los artículos 48 y 53 Constitucionales, cuando el afiliado no alcanza a cotizar la densidad de semanas exigidas en esa normativa para que su grupo familiar pueda acceder a la pensión, de manera excepcional se ha admitido que es dable acudir a un régimen anterior, en virtud del principio de la condición más beneficiosa. (…)

… en sentencia SL4650-2017, consolidó el criterio vigente en la actualidad, según el cual, el principio de la condición más beneficiosa:

“[…] es un mecanismo que:… (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal. Procede cuando se predica la aplicación del régimen inmediatamente anterior al vigente al momento del deceso del causante o de la estructuración de la invalidez según corresponda, el juez no puede hacer un ejercicio histórico sobre normas que regulan la materia.” (…)

… en la misma providencia que se acaba de citar, se dejó claro que al amparo de la regla en comento, solo es posible diferir los efectos jurídicos de la Ley 797 de 2003, durante un periodo de tres años contados a partir de su entrada en vigor; habida cuenta que éste es el término que se dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de mínima de 50 semanas de cotización con anterioridad a su muerte. Así, la posibilidad de acudir a la Ley 100 de 1993, cuando el afiliado fallece a en vigencia de la Ley 797 de 2003, está restringida en beneficio de quienes perecen hasta el 29 de enero de 2006. (…)

Atendiendo a las fechas de la última cotización y del fallecimiento, no admite discusión alguna el hecho cierto de que dentro de los tres años anteriores a su deceso, el afiliado no cotizó ninguna de las 50 semanas exigidas por la Ley 797 de 2003, como requisito objetivo para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Este hecho, aunado a que la muerte del afiliado ocurrió dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigor de la normativa aplicable, hace factible acudir a las previsiones Ley de 100 de 1993, en virtud de la regla de la condición más beneficiosa. Sin embargo, para el caso la conclusión es la misma, porque como se dijo, el señor García Díaz hizo su último aporte en 1970 y esta ley le exige tener acreditadas 26 semanas de cotizaciones entre el 17 de septiembre de 2004 y esa misma fecha de 2005 y no cumple con ello.

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTORA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

A pesar de compartir la decisión de revocar la sentencia, se hace necesario aclarar mi voto, dado que la ponente llegó a esta determinación al no acreditar la actora que pertenece al grupo vulnerable de que trata el test constitucional de procedencia, en orden a permitirse la ultractividad del Acuerdo 049 de 1990 habiéndose presentado el hecho generador en vigencia de la ley 797 de 2003; pues como es sabida mi posición sobre la aplicación del principio de condición más beneficiosa, este no le permite al juez buscar cualquier norma legal que en el pasado haya regulado el asunto, sino que, de darse las condiciones necesarias para su aplicación, ello sería respecto a la norma inmediatamente anterior a la vigente en el momento en que se estructuró el derecho…



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente:

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Siendo las……………… de la mañana del día 21 de mayo de dos mil veinte (2020),  la Sala  cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, conformada por los magistrados que a continuación se presentan ……… y quien les habla Alejandra Maria Henao Palacio, quien preside la Sala, se constituye en audiencia pública y virtual, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 del CPTSS y 103 del C.G.P., en el marco de PLAN DE JUSTICIA DIGITAL Y LITIGIO EN LÍNEA, debido al aislamiento social obligatorio, ordenado por el Gobierno Nacional para combatir la propagación del Covid-19.

Ésta audiencia tiene por objeto por objeto resolver el recurso de **apelación** formulado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y el grado jurisdiccional de **consulta** que opera en favor de esta misma entidad, frente a la sentencia proferida el 05 de julio de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido en su contra por María Marlen Grisales de García, radicado bajo el nº 66001-31-05-001-2017-00480-01.

… … … …

IDENTIFICACIÓN DE LOS ASISTENTES:

Para el efecto se realiza el registro de asistencia con todos los presentes solicitándoles que durante la audiencia sólo activen el micrófono en el momento que van a intervenir, en aras a preservar la calidad del sonido.

Demandante y su apoderado (especificar dirección de correo electrónico):

Demandado y su apoderado (especificar dirección de correo electrónico):

Ministerio público (especificar dirección de correo electrónico):

Se deja constancia por la Sala que la correspondiente identificación de los apoderados de las partes fue allegada por correo electrónico institucional y que en efecto corresponden a las personas que acaban de presentarse.

1. **ANTECEDENTES**

María Marlen Grisales de García demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, con la finalidad de obtener el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes, bajo las reglas del Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, a partir del 17 de septiembre de 2005, con los correspondientes intereses moratorios y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de lo pretendido, expuso que el 21 de febrero de 1955 contrajo matrimonio con Juan Bautista García Díaz; que convivieron en calidad de cónyuges hasta el 17 de septiembre **de 2005** cuando él falleció; que el causante cotizó 430,57 semanas en pensiones entre 1967 y 1978; que el 07 de diciembre de 2016 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; que mediante resolución GNR 25736 del 23 de enero de 2017, su reclamación fue despachada desfavorablemente con fundamento en las previsiones de la Ley 797 de 2003; y que al decidirse la apelación formulada en contra de esta, la misma fue confirmada indicando que tampoco se cumplían la exigencias establecidas por la Ley 100 de 1993, a la vez que, en virtud del principio de la condición más beneficiosa no era factible la aplicación del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año (fols. 2 a 11).

**Respuesta de la demanda**

La Administradora Colombiana de Pensión – Colpensiones, presentó de manera extemporánea la respuesta a la demanda y en proveído del 23 de abril de 2018, se tuvo la misma por no contestada (fol. 64).

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, puso fin a la primera instancia en sentencia del 05 de julio de 2019, en la que **condenó** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer a María Marlen Grisales de García, la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de Juan Bautista García Díaz, de manera retroactiva, a partir del 26 de octubre de 2017, con base en un salario mínimo mensual legal vigente, con derecho al pago de 14 mesadas anuales, y a un retroactivo pensional causado desde el 26 de octubre de 2017 hasta la fecha del fallo de $19.213.543, que debe ser indexado y del cual deben descontarse los aportes con destino al sistema de salud. Condenó al pago de intereses de mora al vencimiento del término concedido para el cumplimiento de lo ordenado y condenó a la demandada al pago de las costas procesales.

Para arribar a la decisión, consideró que pese a que no se cumplían los requisitos de la norma vigente al momento del fallecimiento, explicó que en virtud del principio de *in dubio pro operario* acogía los lineamientos fijados por la Corte Constitucional para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y valiéndose de ello, acudió a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990; estableciendo que el afiliado consolidó el derecho en favor de su grupo familiar, por contar con más de 300 semanas de cotizaciones antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y concluyendo la demandante era beneficiaria del mismo, en calidad de cónyuge supérstite del causante.

Seguidamente, acotó que el disfrute a la pensión se concedía a partir de la fecha de la presentación de la demanda en aplicación analógica del criterio establecido en la Sentencia SU-005 de 2018.

Finalmente, atendiendo a las resultas de proceso condenó a la demandada al pago de las costas procesales (fols. 88 a 96).

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con lo resuelto, la entidad de seguridad social formuló recurso de apelación, señalado que la aplicación dada al principio de la condición más beneficiosa no respondía al criterio fijado para ello por la Corte Suprema de Justicia, en tanto el Acuerdo 049 de 1990, no era la norma inmediatamente anterior a la regía la controversia.

Y, en cuanto a la condena en costas, discutió fueren procedentes porque ha obrado en aplicación estricta de la ley y la decisión desfavorable a sus intereses estaba basada en un criterio jurisprudencial que no es unívoco.

1. **ALEGATOS DE INSTANCIA**

………………………

Reanudada la audiencia y analizadas las alegaciones de los apoderados judiciales, que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala en proyecto registrado por la ponente, se procede - previa autorización a los demás integrantes de la Sala de decisión y apoderados a apagar sus cámaras si así lo desean - a proferir decisión de fondo teniendo en cuenta las siguientes,

1. **CONSIDERACIONES**

Atendiendo a la jurisprudencia de la CSJ y a lo dispuesto por el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala, además de absolver las cuestiones planteadas en la apelación, conocerá del proceso en el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos aspectos que siendo adversos a la Administradora Colombiana de Pensiones, no fueron objeto de alzada; por lo que establece que el **problema jurídico a resolver**, **se circunscribe a determinar**:

*¿María Marlen Grisales de García tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de Juan Bautista García, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa?*

*De ser así ¿es procedente imponer condena en costas?*

**Desenvolvimiento de la problemática planteada:**

**Fundamentos jurídicos**

En materia laboral, el régimen de los efectos de la ley se estatuyó en el artículo 16 del Código Sustantivo, prescribiendo que las normas del trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, y por tanto, incluso se aplican a las relaciones vigentes o en curso al momento en que empiezan a regir, pero no tienen efecto retroactivo sobre situaciones definidas o consumadas bajo leyes anteriores.

Acorde con este precepto, en relación con la pensión de sobrevivientes, la norma que regula el derecho a la prestación, no es otra que la vigente al momento en que ocurre el deceso, y así lo ha afirmado con inmodificable persistencia la SCLCS (entre otras sentencia del 25 de abril de 2007, radicado Nº 29121,)

No obstante, como los cambios legislativos en el sistema pensional no pueden desconocer las expectativas legítimas y en frente a dicha prestación el legislador no ha previsto disposiciones que las amparen; con fundamento en los artículos 48 y 53 Constitucionales, cuando el afiliado no alcanza a cotizar la densidad de semanas exigidas en esa normativa para que su grupo familiar pueda acceder a la pensión, de manera excepcional se ha admitido que es dable acudir a un régimen anterior, en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

En un primer momento, que se constata entre otras, en las sentencias con radicación 9758 del 13 ago. 1997, rad. 28876 del 03 dic. 2007 y rad. 32649 del 20 feb. 2008, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, únicamente admitió su aplicación con relación al cambio normativo entre el Decreto 758 de 1990 y la Ley 100 de 1993.

Entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, con condiciones de fidelidad y semanas de cotizaciones menos flexibles que las establecidas en la Ley 100 de 1993, de manera consecuente, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral , en sentencia con radicación 32642 del 09 de diciembre de 2008, estimó valedera la aplicación del principio de la C+B en el tránsito legislativo de la Ley 100 de 1993 a la Ley 797 de 2003, dejando claro, eso sí, que al juez no le era dable desplegar un ejercicio histórico a fin de encontrar alguna legislación anterior a la Ley 100 de 1993, para darle efectos plus-ultractivos a una normativa precedente. Esta postura se mantuvo sin mayores variaciones en esta línea argumentativa, hasta cuando, en sentencia SL4650-2017, consolidó el criterio vigente en la actualidad, según el cual, el principio de la condición más beneficiosa:

“[…] es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal. Procede cuando se predica la aplicación del régimen inmediatamente anterior al vigente al momento del deceso del causante o de la estructuración de la invalidez según corresponda, el juez no puede hacer un ejercicio histórico sobre normas que regulan la materia.”

De acuerdo con lo anterior, en la aplicación restringida y temporal, inherente al carácter excepcional del principio de la condición más beneficiosa como protector de expectativas legítimas, se concretan dos condiciones o limitantes a la posibilidad de acudir a regímenes anteriores; la primera, como se ha esbozado, es que solamente puede consultarse la regulación inmediatamente anterior a la vigente al momento de la estructuración de la muerte del afiliado o pensionado, y la segunda, es que ello únicamente puede hacerse dentro de un plazo determinado; pues, de no ser así, se desfiguraría la finalidad del principio al amparar cualquier clase de expectativas, aún cuando éstas no fueren legítimas, y se petrificaría desproporcionadamente un régimen expresamente derogado, en franco desconocimiento de la libertad regulatoria que le asiste al legislador y de la sostenibilidad financiera del sistema, como garantía superior de los afiliados, de la que depende la estabilidad institucional y de contera, la seguridad jurídica que se procura amparar.

Conteste con estos postulados, en la misma providencia que se acaba de citar, se dejó claro que al amparo de la regla en comento, solo es posible diferir los efectos jurídicos de la Ley 797 de 2003, durante un periodo de tres años contados a partir de su entrada en vigor; habida cuenta que éste es el término que se dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de mínima de 50 semanas de cotización con anterioridad a su muerte. Así, la posibilidad de acudir a la Ley 100 de 1993, cuando el afiliado fallece a en vigencia de la Ley 797 de 2003, está restringida en beneficio de quienes perecen hasta el 29 de enero de 2006.

La Corte Constitucional, a su turno, inicialmente, acogió de manera íntegra el desarrollo jurisprudencial efectuado por su homóloga de la jurisdicción ordinaria, en relación con el tránsito normativo del Decreto 758 de 1990 a la Ley 100 de 1993. Empero sus conclusiones frente a la aplicación de la regla condición más beneficiosa, respecto de quienes fallecen en vigencia de la Ley 797 de 2003, fueron diversas.

Mientras que algunas Salas de Revisión de Tutela acogieron la hermenéutica definida por la Sala de Casación Laboral, otras, en una interpretación más amplia, consideraron que tal garantía no estaba limitada a la posibilidad acudir a la ley inmediatamente anterior a la que gobernaba el derecho y por tanto, factible resultaba la aplicación de disposiciones precedentes, bajo las cuales se hubieren cumplido los requisitos para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Teniendo en consideración estas diferencias entre sus Salas y que en las providencias de tutela que desarrollaron una interpretación amplia del principio de la condición más beneficiosa, no se analizó la prohibición que el Acto Legislativo 01 de 2005 hizo de la aplicación ultractiva de regímenes anteriores al sistema general de pensiones; el juez límite de lo Constitucional, emitió la sentencia de unificación 005 de 2018, de la cual, conviene resaltar algunos aspectos fundamentales.

En primer término, en esta providencia se reconoce que (i) la sostenibilidad financiera del régimen general de pensiones y (ii) la compatibilidad de los principios de sostenibilidad, equidad y solidaridad en el sistema pensional, son fines amparados por la Constitución, que justifican la regla contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005, según la cual, para adquirir el derecho a la pensión de sobrevivientes “*deben cumplirse los requisitos dispuestos en las leyes del Sistema General de Pensiones, esto es, el sistema reglado entre otras, por la Ley 100 de 1993 y modificado por la Ley 797 de 2003”.*

En segundo lugar, se resaltó el rol que le asiste a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como órgano judicial de unificación jurisprudencial en la materia que atañe a este asunto y bajo los anteriores parámetros, la Corte Constitucional observó que el alcance dado por esa corporación al principio de la condición más beneficiosa, es armónico con la Constitución y con la teleología inherente a éste mandato de optimización; pues, siendo la finalidad la de proteger expectativas legítimas frente a cambios normativos abruptos, en el tránsito legislativo del Decreto 758 de 1990 a la Ley 797 de 2003, no existe una variación repentina o expectativa legítima que deba ampararse, en tanto ello lo desvirtúa, la modificación que entre una y otra norma se introdujo con la Ley 100 de 1993, al igual que los amplios periodos de tiempo transcurridos desde la pérdida de vigencia del Decreto 758 de 1990 (más de 20 años) y desde la entrada en vigor de la Ley 797 de 2003 (más de 15 años).

Finalmente, en este contexto y como excepción a estas reglas, planteó la posibilidad de proteger expectativas, que a pesar de no ser legítimas, comprometían a personas en situación de vulnerabilidad, como consecuencia de sus particulares circunstancias. Al respecto, al tenor literal explicó que:

“La protección de las expectativas no es exigible, a menos que el desconocimiento de dicha expectativa esté en cabeza de una persona vulnerable, que se encuentre en incapacidad de resistir frente a un alto grado de afectación de sus derechos fundamentales y que, para los efectos de esta sentencia, debe cumplir las condiciones establecidas en el Test de Procedencia (…). Las personas en quienes confluyen circunstancias que, (i) les permitan pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o en quien confluyan múltiples riesgos tales como pobreza extrema, discapacidad, enfermedades graves, analfabetismo etc., (ii) para quienes el desconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecta directamente su mínimo vital, (iii) dado que dependía económicamente del afiliado que falleció y (iv) quien no realizó las cotizaciones en los últimos años de su vida por una imposibilidad insuperable, tienen una afectación intensa a sus derechos fundamentales y, por tanto, la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia resulta, para ellos en particular, desproporcionada y, por tanto, contraria a la Constitución.

Esto es así por cuanto la interpretación adoptada por la Corte Suprema de Justicia no diferencia los sujetos, sino que hace una aplicación idéntica en todos los casos. Para la Sala Plena, debe existir una interpretación ponderada del principio de la condición más beneficiosa en los casos de pensión de sobrevivientes, para dar una mayor protección a aquellas personas que se encuentran en una situación de afectación intensa a sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, derivada de sus específicas condiciones.”

Significa lo expuesto, en suma, que siendo constitucional, razonable y válida, por regla general, debe aplicarse la interpretación que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia hace del principio de la condición más beneficiosa, y solo como excepción, frente a quienes presentan un cúmulo de circunstancias con las que se supera el test de procedencia establecido por la Corte Constitucional, es posible realizar una aplicación distinta con el fin de garantizar sus derechos fundamentales.

Por lo anterior, esta Sala, en posición mayoritaria, recoge cualquier otro criterio que hubiere expuesto con anterioridad y se acoge a la jurisprudencia que en la actualidad impera en la materia, al ser compartida por los órganos de cierre, tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción ordinaria; sin desconocer, claro está, que a la fecha no existe un pronunciamiento de ésta última, en la que hubiere sido analizada la regla especial o subregla formulada por su homóloga.

Caso concreto

En el asunto bajo examen, no es objeto de discusión que Juan Bautista García Díaz falleció el 17 de septiembre de 2005; tal como en sede administrativa, lo reconoció la demandada en la Resolución GNR 25736 del 23 de enero de 2017 (fol. 22 al 26), invocando como soporte el registro civil de defunción que le fue presentado por la demandante y como igualmente lo encontró probado el *a quo* con fundamento en el certificado de defunción expedido por la Oficina de Registro del Estado de La Florida de los Estados Unidos de América (fols. 69 y 70).

En este escenario, aunque en estricto rigor el documento idóneo para probar este hecho corresponde al registro civil de defunción expedido por las autoridades colombianas y este no se encuentra en las diligencias ni en el expediente aportado en medio magnético por Colpensiones; tal aspecto no será objeto análisis adicionales, en razón a que (i) no ha sido una cuestión sometida a controversia, (ii) el acto administrativo emitido por la demandada se encuentra amparado por el principio de presunción de legalidad y como tal, frente a las autoridades y a los particulares, se considera ajustado a derecho mientras conserve su fuerza de ejecutoria, (iii) en materia laboral se han admitido ampliamente los criterios de flexibilización probatoria y (iii) en todo caso, conforme al inciso segundo del artículo 102 del Decreto 1260 de 1970, también son válidas las inscripciones en el registro civil, hechas en naciones extranjeras, cuando se cumplan con las formalidades que establezca el respectivo país.

Con esta precisión, además del hecho del óbito, por existir plena prueba de ello, se encuentra por fuera de debate que (i) Juan Bautista García Díaz efectuó su última cotización en pensiones el 09 de enero de 1978 y (ii) que durante toda su vida laboral aportó 430 semanas, según lo acredita el reporte de cotizaciones, visible del folio 92 al 94 del expediente.

Atendiendo a las fechas de la última cotización y del fallecimiento, no admite discusión alguna el hecho cierto de que dentro de los tres años anteriores a su deceso, el afiliado no cotizó ninguna de las 50 semanas exigidas por la Ley 797 de 2003, como requisito objetivo para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Este hecho, aunado a que la muerte del afiliado ocurrió dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigor de la normativa aplicable, hace factible acudir a las previsiones Ley de 100 de 1993, en virtud de la regla de la condición más beneficiosa. Sin embargo, para el caso la conclusión es la misma, porque como se dijo, el señor García Díaz hizo su último aporte en 1970 y esta ley le exige tener acreditadas 26 semanas de cotizaciones entre el 17 de septiembre de 2004 y esa misma fecha de 2005 y no cumple con ello.

Así las cosas, con apego al breve recuento normativo y jurisprudencial efectuado, luce acertada la argumentación presentada por Colpensiones pues, contrario a lo afirmado por el *a quo*; la posibilidad de acudir al régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990 opera en los eventos en que la norma vigente a la causación del derecho es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original y no la Ley 797 de 2003.

Ahora, como en la providencia consultada, el *a quo* motivó su decisión señalando acudir a los lineamientos fijados en sentencias de tutela por la Corte Constitucional, sin considerar los supuestos de hecho de cada caso; resulta pertinente mencionar que tampoco se encuentra tino en ello, porque éste tipo de providencias no responde a un análisis de constitucionalidad abstracta, con fuerza *erga omnes,* y de ellas, por defecto, sólo se desprenden disposiciones individuales y concretas que atienden a las particularidades de la causa y que, como tales, únicamente tienen efectos *inter partes*.

En ese sentido, toda abstracción que se haga de las especificidades de cada proceso, con el fin de postular consideraciones individuales como reglas generales de interpretación, resulta equivocada.

Los dispositivos específicos desarrollados por la jurisprudencia constitucional para extender las consecuencias de las órdenes que adopta, son los efectos *inter comunis* e *inter partes* y ambos obligan a constatar, en su orden, que **(i)** exista una a misma situación de hecho o de derecho en condiciones de igualdad o **(ii)** una única respuesta válida de conformidad con los mandatos constitucionales, que deba aplicarse en todos los casos similares sin excepción alguna.

Como se anticipó al invocar la sentencia SU-005 de 2018, la Corte Constitucional asentó que de conformidad con los mandatos superiores, en esta materia no existe una única respuesta válida que deba aplicarse en todos los casos similares sin excepción; sino que, debido a las particularidades fácticas de cada caso, resulta admisible tomar medidas en favor de sujetos de especial protección constitucional, a efectos de desarrollar la garantía prevalente de igualdad material.

Consecuentemente, si los efectos de la sentencia son *inter comunis* y los presupuestos que habilitan su extensión están relacionados con el grado de vulnerabilidad del sujeto al que se le aplica la norma, es ineludible comprobar que fácticamente, éste se encuentra en igualdad de condiciones frente en grupo de personas en favor de quienes se admitió como válido un tratamiento diferenciado. En este caso, teniendo como instrumento, el *test de procedencia* adoptado en la sentencia SU-005 de 2018, conforme al cual, debía establecerse: (i) la pertenencia del reclamante a un grupo de especial protección constitucional; (ii) la afectación directa de la satisfacción de necesidades básicas por el no reconocimiento de la pensión; (iii) la dependencia económica del causante antes del fallecimiento y (iv) la existencia circunstancias que hubieren imposibilitado al de *cujus* el cumplimiento de los requisitos legales de cotizaciones.

En ese sentido, encontrando que en el presente litigio este conjunto de condiciones no se cumple o por lo menos no fue debatido, inane resulta toda suerte de consideraciones adicionales; bastando, para explicar este aserto, que no se acreditan circunstancias agregadas que justifiquen un trato preferente en relación con otras personas en igualdad de condiciones, tampoco aparece que la pensión sea el único medio posible para la satisfacción de necesidades básicas y brilla por su ausencia algún justificante del incumplimiento de las exigencias normativas.

No sobra acotar, que si bien los *test de procedencia* en principio son diseñados para constatar primariamente los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, conforme a lo que se ha expuesto, en materia de pensión de sobrevivientes, el juez constitucional le asignó al mismo un propósito bifronte, en relación con el principio de la condición más beneficiosa, al señalar expresamente, que las expectativas de las personas en estado de vulnerabilidad deben ser protegidas *“siempre que cumplan con el test de procedencia”*, pues son los sujetos en estas condiciones, los que precisamente la llevan a apartarse de su par en esta jurisdicción.

Como lo hizo la Corte Constitucional en sentencia SU-005 de 2018, se enfatiza que en el caso no tiene cabida la sentencia SU-442 de 2016 u otra sentencia de unificación anterior, porque no existe una en la que se hubiese analizado la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y sus efectos en relación con la pensión de sobrevivientes; a la vez que, referida ésta (la SU-442 de 2016) a la pensión de invalidez, no puede hacerse extensiva al caso de la pensión de sobrevivientes.

Finalmente, tampoco se desconoce que la demandante presentó el líbelo genitor de la litis el 26 de octubre de 2017 y que para esa fecha, la sentencia SU-005 del 13 de febrero de 2018 no existía -que sí para la fecha del fallo de primera instancia- sin embargo, ello no es motivo suficiente para obviar este precedente, porque como criterio de interpretación, no está sujeto a los efectos de las sentencias de constitucionalidad o de la ley en el tiempo; y si lo pretendido desde un inicio era que se extendiera en su favor la *ratio decidendi* de sentencias de tutela, en todo caso la activa ha debido probar que se hallaba en las mismas circunstancias de aquellas personas en favor de quien se concedió el amparo.

En conclusión, SE REVOCARÁ en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 05 de julio de 2019 y en su lugar, SE ABSOLVERÁ a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por María Marlen Grisales de García.

Las costas de ambas instancias quedarán a cargo de la demandante y en beneficio de la demanda, conforme lo dispone el numeral 4 del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Cuarta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

Primero: **REVOCAR** en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, el 05 de julio de 2019, dentro del proceso promovido por María Marlen Grisales de García en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia..

Segundo: Absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Tercero: Condenar en costas procesales, por ambas instancias, a María Marlen Grisales de García en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se deja constancia de su celebración y de las personas que intervinimos en esta, en acta que será puesta en conocimiento de las partes a través de correo electrónico.

Quienes integramos la sala el día de hoy.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada

 Salva voto Aclara voto

Providencia: Sentencia de segunda instancia

Radicación Nro: 66001-31-05-001-2017-00480-01

Proceso: Ordinario Laboral

Accionante: María Marlen Grisales de García

Accionado: Colpensiones

Magistrada Ponente: Alejandra María Henao Palacio

**TEMA A TRATAR: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA / AFILIADO FALLECE EN VIGENCIA DE LEY 797 DE 2003.**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

A pesar de compartir la decisión de revocar la sentencia, se hace necesario aclarar mi voto, dado que la ponente llegó a esta determinación al no acreditar la actora que pertenece al grupo vulnerable de que trata el test constitucional de procedencia, en orden a permitirse la ultractividad del Acuerdo 049 de 1990 habiéndose presentado el hecho generador en vigencia de la ley 797 de 2003; pues como es sabida mi posición sobre la aplicación del principio de condición más beneficiosa, este no le permite al juez buscar cualquier norma legal que en el pasado haya regulado el asunto, sino que, de darse las condiciones necesarias para su aplicación, ello sería respecto a la norma inmediatamente anterior a la vigente en el momento en que se estructuró el derecho, como la ha sentado reiteradamente nuestra superioridad, incluso recientemente en la sentencia *SL379-2020;* argumento que es para mí el único que justifica la revocatoria de la sentencia; además por no satisfacerse los requisitos apuntados por el órgano de cierre para dejar causada la pensión de sobreviviente con aplicación de la ley 100 de 1993 original, que en este caso era posible acudir a ella al ocurrir el fallecimiento dentro del lapso de 3 años luego de empezar a regir la ley 797 de 2003, pero no se encontró dentro del año anterior a la muerte y vigencia de la norma las 26 semanas requeridas, al efectuar la última cotización en el año de 1978.

En estos términos dejo sentada mi aclaración.

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada