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, jueves 25 de octubre de 2018.

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00710-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María Lucelly Mejía de Arenas

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / EFECTOS ULTRACTIVOS DEL ACUERDO 049 DE 1990 CUANDO LA MUERTE DEL ASEGURADO SE PRODUCE EN VIGENCIA DE LA LEY 797 DE 2003. A.L.01/2005 / TEST DE PROCEDENCIA – SENTENCIA SU005 DE 2018. / SE DENIEGAN PRETENSIONES.**

“en estos casos, los fines que persigue el Acto Legislativo 01 de 2005 –hacer viable el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad y de igualdad para todos los cotizantes– tienen un menor peso en comparación con la muy severa afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas de las personas vulnerables. Por tanto, solo respecto de estas personas resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 –o regímenes anteriores- en cuanto al primer requisito, semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque el segundo requisito, la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003…” (Sent. SU-005/18, apartado 300).

Test de procedencia. “[s]olo para los efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se considerarán como personas vulnerable aquellos individuos que hayan superado el Test de procedencia…Para estas personas, las sentencias de tutela tendrán efecto declarativo del derecho, y solo se podrá ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela” (apartado 165). (…)

Iterase, tal excepcionalidad surge por mandato del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual le introdujo reformas trascendentales a los artículos 48 y 334 (parágrafo) de la constitución política, por lo que si el test fallara al no satisfacerse una cualquiera de las cinco hipótesis, se daría al traste con la aspiración de la peticionaria, a pesar de que no se conociera antes tal test, por cuanto de lo que se trata es de dar cumplimiento a la Constitución, efecto que es general e inmediato y no condicional a otras circunstancias, como por ejemplo, haber dejado la Corte Constitucional, Tribunales y jueces, a un lado, estas consideraciones de orden superior en fallos precedentes.

De tal suerte, que la aplicación de la mentada sentencia SU-005 de 2018, y el test de procedencia allí elaborado, no puede deferirse en el tiempo, para que solo pueda ser de recibo en los eventos posteriores a la emisión de la sentencia constitucional, puesto que se itera, en este tópico ha de prevalecer los mandatos de la Constitución (AL. 01/05) de modo general e inmediato. (…)

Ahora bien, en cuanto a que la demandante se enmarca dentro de un grupo de especial protección que la hace merecedora de la pensión de sobrevivientes que reclama, por cuanto de lo contrario, se le conculcarían sus derechos fundamentales, es una afirmación que solo sería cierta, en la medida en que: i) satisfaga cada uno de los ítems del test de procedencia, ii) para concluir que se trataría de una persona vulnerable, y iii) para quien la ultractividad del Acuerdo 049 de 1990, o normas anteriores, no representarían para ella obstáculo alguno en su aspiración de recibir la gracia pensional implorada.

Sin embargo, dirigida una vista general a la probanza arrimada al plenario arroja que María Lucelly Mejía de Arenas no acreditó la primera condición del test de procedencia esto es, analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.

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

A pesar de compartir la decisión de confirmar la sentencia objeto de apelación, se hace necesario aclarar mi voto, dado que el ponente llegó a esta determinación al no pasar la parte actora el test de procedencia establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU005 de 2018 para permitir la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, en tanto en el presente caso el fallecimiento del afiliado se dio 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…

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la decisión mayoritaria por cuanto considero que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional tienen efectos hacia futuro a menos que se diga que tienen efectos retroactivos. En el presente caso, el óbito del causante es anterior a la sentencia SU-005 de 2018 y, a su vez, es anterior al Acto Legislativo 01 de 2005, norma en la cual se sustenta dicha sentencia; de manera que no podía aplicarse al caso la tesis del test de procedencia establecido por la Corte Constitucional, sino la regla jurisprudencial anterior a la SU-005 de 2018, en virtud de la cual hay lugar a aplicar el principio de la condición más beneficiosa.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

***OBJETO.***

En Pereira, hoy veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala de Decisión No. 4 de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, declaran formalmente abierto el acto con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el día 7 de marzo de 2018, dentro del proceso ordinario laboral que promueve la señora María Lucelly Mejía de Arenas contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES***

1. ***INTRODUCCIÓN***

Pretende la demandante que se declare que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes generada con ocasión del deceso de su cónyuge Luis Alfonso Arenas Agudelo, y en consecuencia, se condene a la entidad convocada al proceso a reconocer y pagar dicha prestación pensional a partir del 29 de marzo de 2005, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100/93, y las costas del proceso a su favor.

Sustenta tales pedimentos en que contrajo matrimonio con el causante Luis Alfonso Arenas Agudelo el 11 de febrero de 1978; que su cónyuge estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte hasta el 29 de marzo de 2005, fecha en que falleció; que cotizó al sistema pensional un total de 493.71 semanas en toda su vida laboral; que la pareja convivió en forma ininterrumpida y permanente bajo el mismo techo por un lapso de 27 años hasta el día de su deceso; que dentro del vínculo matrimonial procrearon un hijo, quien actualmente es mayor de edad; que el 25 de octubre de 2005 la demandante presentó ante la entidad demandada solicitud de pensión de sobrevivientes, que fue negada mediante Resolución No. 003686; que el 23 de junio de 2016 nuevamente presentó la solicitud de reconocimiento pensional, pero igualmente fue negada a través de la Resolución GNR 232163.

Colpensiones, en forma oportuna a través de apoderado judicial allegó contestación, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, tras considerar que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues no reunió la densidad de semanas exigidas en la Ley 797 de 2003. En su defensa, propuso como excepciones de fondo “*deber del demandante de demostrar los supuestos de hecho”*, “*cobro de lo no debido”,* “*compensación”,* “*prescripción”,* “*improcedencia de los intereses de mora”* y “*buena fe”.*

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo dictado el 7 de marzo de 2018, mediante el cual denegó las pretensiones, para lo cual argumentó que Luis Alfonso Arenas Agudelo no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, puesto que no acreditó 50 semanas de cotización dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de su deceso, ni tampoco por virtud de la condición más beneficiosa, pese a que a juicio de la juzgadora y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el obitado sí había dejado causado el derecho bajo la egida del Acuerdo 049 de 1990; sin embargo, la demandante omitió acreditar los requisitos contemplados en el test de procedencia de la Sentencia SU – 005 de 2018, en tanto que no hace parte de grupo especial de protección alguno, y cuenta con lazos familiares, entre ellos, un compañero permanente actual, que suplen sus gastos económicos, ausencia de condiciones de vulnerabilidad que impiden su acceso al derecho vitalicio de sobrevivencia.

***III. RECURSO DE APELACIÓN***

Inconforme con la decisión, el vocero judicial de la demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se accediera a las pretensiones de la demanda, y bajo ese tenor adujo que el fallecido dejó causado el derecho pensional de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, procedencia del derecho que se acompasa con la SU-005 de 2018, que mantuvo la posibilidad de acceder a la prestación bajo el principio de la condición más beneficiosa; sin embargo, recriminó que imponerle a la demandante cargas adicionales como pertenecer a un grupo de especial protección atenta contra sus derechos fundamentales, máxime que la presencia de un compañero permanente no la priva de acceder al derecho, si se tiene en cuenta que la prohibición de las segundas nupcias fue excluido de nuestro ordenamiento jurídico.

***CONSIDERACIONES***

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes problemas jurídicos:

*¿El Acuerdo 049 de 1990, posee efectos ultra-activos, cuando el óbito del afiliado se produjo en vigencia de la Ley 797 de 2003?,*

*¿Satisfacen la demandante el test de procedencia expuesto en la Sentencia de Unificación SU 005 de 2018, en caso de ser afirmativa la respuesta al anterior dilema?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

*Ab-initio*, es menester recordar, que tal como lo ha puntualizado la Corte Constitucional, en su reciente decisión unificadora SU-005 de 2018, sobre la materia que concita el interés de esta Sala, que el mecanismo judicial principal e idóneo para la garantía de los derechos que ampara el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes es el proceso ordinario laboral que regula el CPTSS, y donde es posible exigir del juez el cumplimiento del deber que le impone el artículo 48, de asumir: “*la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”* (apartados 117 y 125).

Ahora bien, el punto álgido de la controversia, versa en torno a la aplicación ultractiva del Acuerdo 049/90, aprobado por el Decreto 758 de hogaño, toda vez, que el óbito del cónyuge de la demandante, se produjo en vigencia de la Ley 797 de 2003, misma que modificara los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, sin que hubiese sufragado 50 semanas en vigencia de la primera, ni 26 semanas al amparo de la segunda, puesto que su última cotización al sistema pensional data del 6 de mayo de 1985 – fl. 33 c. 1–; empero sí había reunido más de 300 semanas, bajo la égida del Acuerdo 049 recién aludido, de la cual se pretende derivar la de sobrevivientes, a través del principio de la condición más beneficiosa.

En efecto, es de memorar que la Sala por mayoría de sus integrantes, en similares casos y ocasiones pretéritas, ha acogido tal aplicación ultractiva, cuando el afiliado fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003, siguiendo la postura amplia del principio de la condición más favorable, trazada por la Corte Constitucional, antes de que emitiera la Sentencia SU 005 de 13 de febrero de 2018, por medio de la cual introdujo sustanciales ajustes a este tópico, los que necesariamente revertirán en esta decisión.

El ajuste más grande que tuvo que hacer a su posición amplia, tiene que ver con el Acto Legislativo 01 de 2005, mismo, que no había considerado con antelación, en el tránsito entre el Acuerdo 049 o normas anteriores a la Ley 797 de 2003, por lo que:

1. reconoce que su lectura anterior desconoce el cambio introducido por la reforma constitucional, que si bien, no elimina el principio de la condición más beneficiosa si exige, de manera necesaria, una modulación o ajuste (apartado 179).
2. Colige el Tribunal Constitucional que el principio de la condición más beneficiosa, tiene su arraigo o venero en las voces finales del artículo 53 superior (apartado 133). “*Este principio protege las expectativas legítimas, ante cambios normativos abruptos que impongan requisitos adicionales que impidan o dificulten en extremo la consolidación de un derecho, frente al cual una persona tiene confianza en su consolidación*” (apartado 134).
3. Así las cosas, replantea la figura de la expectativa legítima, sin modificarla cuando el tránsito legislativo es abrupto, cuál sucede entre la Ley 100 de 1993, y su norma inmediatamente anterior Acuerdo 049 de 1990; o entre la Ley 797 de 2003, y su inmediatamente anterior Ley 100 de 1993. Dijo que la expectativa creada por la normativa anterior, había generado un grado de certeza e inminencia en la consolidación del derecho, susceptible de ser protegido ante el cambio abrupto que suponía la entrada en vigencia de la nueva Ley (apartado 197).
4. Su innovación jurisprudencial radica en considerar que mientras ese cambio legislativo no sea abrupto, como acontece entre el Acuerdo 049 de 1990 o normas anteriores y la Ley 797 de 2003, no se da una expectativa legítima, sino una simple expectativa (apartado 200).

Al efecto, advierte, que las expectativas para acceder a la pensión de sobrevivientes con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 o normas anteriores, restando sólo la muerte del afiliado, en vigencia de la Ley 797 de 2003, deben tenerse por meras expectativas, y no como expectativas legítimas (apartado 202),

*(v)* Por lo tanto, los fallos que se cimentaron, en el pasado, cuando el cambio legislativo no era abrupto, son desproporcionados por no avenirse al Acto Legislativo 01 de 2005, el cual dispuso que los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia son los prescritos por las Leyes del sistema general de pensiones (aparado 174). “*Este cambio resalta la importancia de dar prevalencia al efecto general inmediato del sistema, sin que ello suponga desconocer la existencia de expectativas legítimas amparables por un tiempo determinado, pero no de manera definitiva, menos aún sin una fuente propia de financiación, que lo haría insostenible”*.( apartado 176)

*(vi)* Con la mentada sub-regla, consideró que el derecho viviente en la jurisdicción ordinaria, ceñida a ese postulado, lejos de resultar constitucionalmente irrazonable es acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005; luego, la condición más beneficiosa, no da lugar a la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, u otros regímenes anteriores, so pretexto de que el afiliado haya reunido la densidad mínima de cotizaciones allí exigidas, aunada a la muerte de aquel, tras la expedición de la Ley 797 de 2003.

Óptica diferente es la ofrecida en el tránsito normativo inmediato, entre el comentado estatuto 049, y la Ley 100 de 1993, así como entre ésta y la Ley 797 de 2003, puesto que en estas dos órbitas legales, avaló tanto la ultraactividad del Acuerdo 049 de 1990, como, del texto primigenio de la Ley 100, respectivamente (apartados: 163, 197 a 202 de la providencia).

*(vii)* Respaldó también, las limitaciones que la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en el ámbito de esos dos tránsitos legislativos, fijando su temporalidad, hasta pasados sólo tres (3) años a partir de la promulgación de la Ley 797 de 2003, e implícitamente, la temporalidad del Acuerdo 049, en lo relativo a las 150 semanas, hasta el 31 de marzo de 2000 (apartado 198).

*(viii)* Sin embargo, otorgó alcances constitucionales a la simple expectativa por no ofrecerse el cambio legislativo de manera abrupta, únicamente, cuando se tratan de personas vulnerables de acuerdo con un *test de procedencia* diseñado al efecto (aparado 118). “*Si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del tutelante, amerita protección constitucional*” (aparado final 164).

Por lo que concluye, que la interpretación de la Sala Laboral es constitucional, razonable y válida, cuando se trata de personas que no cumplen con las condiciones del *test de procedencia* objeto de unificación, “*pero deja de serlo cuando la persona frente a quien se va aplicar la regla tiene este cúmulo de circunstancias que permiten realizar una aplicación distinta con el fin de garantizar sus derechos fundamentales*” (apartados 130 y 203 a 206).

*(ix)* En la última específica situación, catalogó la posición del órgano de cierre ordinario, “*desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas”*, enfrente del reclamo de la pensión de sobrevivientes, al negarle a este segmento de la población la aplicación ultraactiva del Acuerdo 049 o decreto 0758 de 1990, o de estatutos anteriores, en cuanto al requisito de semanas, de un afiliado que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003 (apartado 164).

Al efecto, señaló que “*en estos casos, los fines que persigue el Acto Legislativo 01 de 2005 –hacer viable el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad y de igualdad para todos los cotizantes– tienen un menor peso en comparación con la muy severa afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas de las personas vulnerables. Por tanto, sólo respecto de estas personas resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 –o regímenes anteriores*– *en cuanto al primer requisito, semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque el segundo requisito, la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003…”* (apartado 300).

*(x)* Al elaborar el *test de procedencia* de la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758, de hogaño, o normas anteriores (apartados 118 a 123), estableció cinco (5) hipótesis, cada una necesaria y en conjunto suficientes; cuatro (4) de ellas dependen directamente del o la demandante, y la otra, atinente a la actividad, en vida del causante de la prestación, esto es, en cuanto a su imposibilidad de sufragar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones, (a pesar de su esfuerzo concreto) de completar el número de semanas de aportes que exige la normativa vigente, y que no obedezca a una decisión propia de incumplimiento (apartado122).

“*…En todo caso* [se refiere a la superación del test de procedencia*], implica para este una carga de suficiente argumentación, tendiente a demostrar por qué ese cumulo de factores y circunstancias colocan al tutelante en una determinada situación de vulnerabilidad, que corresponde a la debida acreditación de cada una de las 5 condiciones a que se ha hecho referencia”* (apartado 127).

Lo dicho por cuanto: “*[s]ólo para los efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se considerarán como personas vulnerable aquellos individuos que hayan superado el Test de procedencia…Para estas personas, las sentencias de tutela tendrán efecto declarativo del derecho, y sólo se podrá ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela*” (apartado 165).

***El caso concreto***:

Son supuestos fácticos no controvertidos en esta actuación: *i)* que el señor Luis Alfonso Arenas Agudelo falleció el 29 de marzo de 2005, según el registro civil de defunción – fl. 24 c. 1–; *ii)* sufragó en toda su vida laboral un total de 493,71 semanas de aportes al régimen de prima media entre 1º de octubre de 1973 y el 6 de mayo de 1985, es decir, todas antes de la entrada en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, según se extracta de la historia laboral allegada al expediente – fl. 33 c. 1–.

De otro lado, el requisito de la convivencia entre el *de cujus* y la demandante quedó superado con la aceptación que hizo la entidad de seguridad demandada a través de la Resolución No. 003686 de 2006, al reconocerle a la señora María Lucelly Mejía de Arenas en calidad de cónyuge supérstite del afiliado, la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes – fl. 25 c. 10. Luego dicho punto, no era objeto de debate, tal como lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral, entre otras, en sentencia SL 1886 de 2015.

Cómo es sabido la parte demandante debe evidenciar tanto aisladamente como en su conjunto, las cinco hipótesis que hacen viable el *test de procedencia*, en aras de que en esos eventos, no en otros, se pueda dar aplicación ultractiva al Acuerdo 049 de 1990, o normas anteriores, cuando el óbito del asegurado se produjo en vigencia de la ley 797 de 2003, aunado a una densidad no menor a 300 semanas o 150 (condicionadas), antes de que entrara a regir la Ley 100 de 1993.

Iterase, tal excepcionalidad surge por mandato del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual le introdujo reformas trascendentales a los artículos 48 y 334 (parágrafo) de la constitución política, por lo que si el test fallara al no satisfacerse una cualquiera de las cinco hipótesis, se daría al traste con la aspiración de la peticionaria, a pesar de que no se conociera antes tal test, por cuanto de lo que se trata es de dar cumplimiento a la Constitución, efecto que es general e inmediato y no condicional a otras circunstancias, como por ejemplo, haber dejado la Corte Constitucional, Tribunales y jueces, a un lado, estas consideraciones de orden superior en fallos precedentes.

De tal suerte, que la aplicación de la mentada sentencia SU-005 de 2018, y el test de procedencia allí elaborado, no puede deferirse en el tiempo, para que solo pueda ser de recibo en los eventos posteriores a la emisión de la sentencia constitucional, puesto que se itera, en este tópico ha de prevalecer los mandatos de la Constitución (AL. 01/05) de modo general e inmediato.

Por último, la aludida SU 005/2018 no dejó por fuera de los *test de procedencia* los óbitos ocurridos con anterioridad al 29 de julio de 2005, es decir, a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; así, para los casos de Ana Leonor Ruíz de Pardo (apartado 244 a 258), Amilbia de Jesús Usma de Vanegas (apartado 259 a 247) y Lilia Rosa Ortiz de González (apartado 275 a 289), los respectivos afiliados fallecieron el 3 de julio de 2003, 11 de julio de 2004 y 24 de marzo de 2003, sin que ello fuera óbice para el examen de tal *test,* resultando, los dos primeros, satisfactorios y el último insatisfactorio, por lo que el acogimiento a la sentencia SU 005/2018, es integral.

Ahora bien, en cuanto a que la demandante se enmarca dentro de un grupo de especial protección que la hace merecedora de la pensión de sobrevivientes que reclama, por cuanto de lo contrario, se le conculcarían sus derechos fundamentales, es una afirmación que solo sería cierta, en la medida en que: *i)* satisfaga cada uno de los ítems del test de procedencia, *ii)* para concluir que se trataría de una persona vulnerable, y *iii)* para quien la ultractividad del Acuerdo 049 de 1990, o normas anteriores, no representarían para ella obstáculo alguno en su aspiración de recibir la gracia pensional implorada.

Sin embargo, dirigida una vista general a la probanza arrimada al plenario arroja que María Lucelly Mejía de Arenas no acreditó la primera condición del *test de procedencia* esto es, analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.

Por contraste, al óbito de Luis Alfonso Arenas Agudelo, se ofreció el siguiente cuadro fáctico, según lo que se puede entrever de las de ponencias vertidas por José Ancizar García Marín y María Miriam Patiño Botero, postuladas por la demandante, así como de su propia declaración de parte – fl. 293 cd, c. 1–:

Que Arenas Agudelo, por la época de su deceso ejercía su oficio o profesión de comerciante, como propietario del Hotel Americano, y que a su muerte le sucedió en la administración del mismo, la cónyuge supérstite, por espacio de un año, quien al parecer dejó voluntariamente tal administración, para formar un hogar aparte.

De tal narración se puede deducir: *i)* que sí Arenas, era al menos un próspero comerciante puesto que poseía su propio establecimiento de comercio –Hotel–, no habría lugar, entonces, para que se hubiera marginado del sistema de seguridad social en pensión, al dejar de sufragar al sistema, así fuera como independiente (test.4); *ii)* que la demandante, al momento del deceso de su esposo, dependía de la actividad económica de su cónyuge; por lo tanto, la pensión de sobrevivientes, no era la única posibilidad para ella de subsistir económicamente (test. 3); *iii)* más cuando ella misma se proveyó dinerariamente de la actividad hotelera, al suceder en la administración a su cónyuge fallecido (test. 2); *iv)* que además por esa misma época adquirió una vivienda, según ella misma lo confesó y *v)* que si acorde con la versión de la actora, ella dejó la administración del hotel, por la época en que decidió formar una nueva pareja, ello no es igual a como se cree en la alzada, que se le reprocha la formación de un nuevo hogar, al punto que tal recriminación llegue a constituir un obstáculo para percibir la pensión de sobrevivientes, reviviendo con ello, viejas causales dejadas sin valor por el órgano de cierre constitucional, por erigirse en motivos claramente inconstitucionales a la luz de la nueva constitución de 1991.

Empero, la apreciación de la apelante es errada, por cuanto olvida que desde mucho antes de que decidiera formar su nueva pareja, ella dependía de sus propios recursos, dejados justamente por el *de cujus*, y que ella muto proprio los dejó después, especialmente, la administración del hotel, para seguir a su nueva pareja sentimental, lo que denota que luego del óbito de Arenas Agudelo, María Lucelly, no hubiese requerido para su subsistencia de la pensión de sobrevivientes, o dicho de otro modo, que sin ese reconocimiento se hubiere afectado sensiblemente su mínimo vital, puesto que siempre contó con recursos propios o con la ayuda de terceros, incluido la de su hijo en edad de constituirse en deudor de alimentos, como se expondrá adelante.

De tal suerte, que la probanza no se encamina a que la demandante haya perdido su derecho a proveerse con los recursos de que en vida fuera titular el obitado, puesto que ella los dejó voluntariamente, y menos que la causa para no recibir la gracia pensional se edificara en el hecho de formar un nuevo hogar, puesto que la razón se erige en que no cumple el *test de procedencia* elaborado por la Corte Constitucional.

Tampoco, se puede perder de vista, que la pareja procreó a un ascendiente que frisa en los 40 años, según lo relatan los deponentes, a quien le asiste el deber legal de alimentos frente a su progenitora, tal cual lo determino en eventos análogos, por la sentencia SU-005 de 2018, por lo que no se observa que el motivo del fallecimiento del esposo de la demandante, le generara a esta una afectación al mínimo vital por la ausencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (test. 2).

Todo lo dicho se compagina con la demora que se advierte en el reclamo ante la autoridad judicial, ya que solo fue realizada después de 10 años de producido el óbito, esto es, pasados unos pocos meses de su segunda reclamación administrativa (test 5).

Por lo tanto, se infiere que la demandante no pertenece al grupo vulnerable de que trata el *test constitucional de procedencia* de la pensión de sobrevivientes, en orden a permitirse en el *sub-lite*, la ultra actividad del Acuerdo 049 de 1990 o norma anterior, habiéndose presentado el óbito del asegurado en vigencia de la Ley 797 de 2003.

En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento pensional implorado. Por lo que se confirmará la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante, ante la ausencia de prosperidad del recurso de apelación y a favor de la demandada.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira*** – ***Risaralda, Sala Laboral,*** Sala de decisión No. 4 administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. **Confirmar** la sentencia proferida el 8 de marzo de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia.
2. Costas a cargo de la demandante y a favor de la demandada.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

Magistrada Magistrada

Salvamento de voto Aclaración de voto

Providencia: Sentencia del 25-10-2018

Radicación No.: 66001-31-05-005-2016-00710-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: María Lucelly Mejía de Arenas

Demandado: Colpensiones

Magistrado ponente: Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares

# ACLARACIÓN DE VOTO

A pesar de compartir la decisión de confirmar la sentencia objeto de apelación, se hace necesario aclarar mi voto, dado que el ponente llegó a esta determinación al no pasar la parte actora el test de procedencia establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU005 de 2018 para permitir la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, en tanto en el presente caso el fallecimiento del afiliado se dio 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 (*CSJ SL9762-2016,CSJ SL9763-2016 y CSJ SL9764-2016).*

Y como en este caso el afiliado falleció el 29-03-2005, la pensión de sobrevivientes se regía, en aplicación del principio mencionado, por la ley 100 de 1993 original al satisfacer el requisito de temporalidad que recientemente introdujo el órgano de cierre de esta especialidad; pero sin que lograra causarla al no cumplir la densidad de semanas exigidas – 26 -, pues al estar inactivo debía reunirlas dentro del año inmediatamente anterior a su deceso, quien dejó de cotizar en el año 1985 (fl. 268 vlto c.1).

En estos términos dejo sentada mi aclaración.

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada

Providencia: Sentencia del 25 de octubre de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-005-2016-00710-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: María Lucelly Mejía de Arenas

Demandado: Colpensiones

Magistrado ponente: Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

# SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la decisión mayoritaria por cuanto considero que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional tienen efectos hacia futuro a menos que se diga que tienen efectos retroactivos. En el presente caso, el óbito del causante es anterior a la sentencia SU-005 de 2018 y, a su vez, es anterior al Acto Legislativo 01 de 2005, norma en la cual se sustenta dicha sentencia; de manera que no podía aplicarse al caso la tesis del test de procedencia establecido por la Corte Constitucional, sino la regla jurisprudencial anterior a la SU-005 de 2018, en virtud de la cual hay lugar a aplicar el principio de la condición más beneficiosa.

Por otra parte, la demandante no tiene obligación de demostrar que dependía económicamente de su cónyuge, requisito que jamás se ha exigido para la pareja. Tampoco tenía el deber de demandar alimentos de su hijo, pues la pensión de sobrevivientes no se funda en los hechos posteriores al óbito sino en los que existían al momento de la muerte.

Finalmente, debo indicar que a pesar de que en la sentencia se hace un esfuerzo para decir que la formación de una nueva relación de pareja no afecta la consecución de la pensión de sobrevivientes, en el fondo termina haciéndolo al considerar que la demandante cuenta con los recursos de su nuevo marido, hecho por demás posterior al deceso.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada