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, lunes 10 de junio de 2019.

Radicación No: 66001-31-05-005-2017-00326-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María Dolores Palomino de González

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / APLICACIÓN ULTRACTIVA DEL ACUERDO 049 DE 1990 CUANDO LA MUERTE DEL ASEGURADO SE PRODUCE EN VIGENCIA DE LA LEY 797 DE 2003 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 / TEST DE PROCEDENCIA / SENTENCIA SU-005 DE 2018.**

“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 Dolores Palomino de González, no acreditó la primera condición del test de procedencia, por cuanto, si bien es cierto cumple con el de vejez, pues se trata de persona de la tercera edad, como está acreditado con la fotocopia de la cédula obrante a folio 14 del expediente, no quedaron demostrados las demás condiciones, esto es, analfabetismo, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.

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

… atendiendo la interpretación de la Corte Constitucional sobre la materia, la cual resulta más favorable para la beneficiaria, a mi juicio es posible el salto de la Ley 797 de 2003 a los antiguos reglamentos del ISS (hoy Colpensiones), en la medida en que el artículo 53 de la Constitución no restringe la aplicación de la condición más beneficiosa a sólo dos normas aplicables al caso, como lo he venido señalando de tiempo atrás, a la luz de la interpretación que al respecto tiene la Corte Constitucional, tal como está en la sentencia T-566 de 2014, de modo que en mi criterio habría lugar al reconocimiento de la pensión, al encontrarse acreditado que el causante reunió el número mínimo de semanas cotizadas exigido en el Acuerdo 049 de 1990…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, hoy diez (10) de junio de dos mil diecinueve (2019), siendo las dos de la tarde (2:00 p.m.), las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala de Decisión No. 3 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 Segundo Laboral del Circuito de Pereira el día 31 de agosto de 2018, dentro del proceso ordinario laboral que promueve la señora María Dolores Palomino de González 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 González Morales, y en consecuencia, se condene a la entidad convocada al proceso a reconocer y pagar dicha prestación pensional a partir del 19 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 el señor Luís Alfonso González Morales falleció el 19 de marzo de 2005, por lo que solicitó el 24 de julio de 2013, a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su calidad de esposa del causante, y la entidad mediante la Resolución GNR 11091 de 2014, le negó el derecho por no reunir los requisitos del artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Que solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente y a través de la Resolución GNR 422035 de 2014, le reconoce la prestación por valor de $2.084.945, liquidada con base en 323 semanas. Que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor González Morales, había cotizado al sistema general de pensiones la densidad de semanas exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues cotizó al sistema desde el 1 de enero de 1967 al 24 de mayo de 1974, un total de 323 semanas. Que el 10 de noviembre de 2016, solicitó a la demandada nuevo estudio de la pensión de sobrevivientes basado en la condición más beneficiosa, petición que le fue negada a través de la Resolución GNR 350371 de 2016.

Colpensiones, en forma oportuna a través de apoderado judicial allegó contestación, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, tras considerar que como el deceso del señor González Morales no ocurrió entre la vigencia de Ley 100 de 1993, y la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, no es posible entrar a estudiar la prestación bajo los parámetros de la condición más beneficiosa a efectos de aplicar el Acuerdo 049 de 1990.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada y buena fe.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo del 31 de agosto de 2018, y denegó las pretensiones, para lo cual argumentó que Luis Alfonso González Morales no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, puesto que la normatividad aplicable era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y 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, porque siempre se debe cumplir con los requisitos y no se puede aducir cualquier norma, sino la inmediatamente anterior, adicional a ello señala que la norma no está dentro de los límites de temporalidad.

***III. RECURSO DE APELACIÓN***

Inconforme con la decisión, la vocera judicial de la demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se accediera a las pretensiones de la demanda, por que conforme a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral - No. 37358 del 13 de abril de 2010, se debe aplicar la condición más beneficiosa ya que el causante cumplió con el requisito de haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo antes del 1 de abril de 1994.

***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, - si bien cumplía con la temporalidad exigida por la CSJ. Sent. SC 4650 de enero de 2017, radicación No. 45262- puesto que su última cotización al sistema pensional data del 24 de mayo de 1974 – fl. 31; 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 González Morales falleció el 19 de marzo de 2005, según el registro civil de defunción – fl. 15; *ii)* sufragó en toda su vida laboral un total de 323,43 semanas de aportes al régimen de prima media entre 1º de enero de 1967 y el 24 de mayo de 1974, 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. 31.

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. GNR 422035 de 2014, al reconocerle a la señora María Dolores Palomino de González, en calidad de cónyuge supérstite del afiliado, la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes – fl. 22. 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.

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 Dolores Palomino de González, no acreditó la primera condición del *test de procedencia*, por cuanto, si bien es cierto cumple con el de vejez, pues se trata de persona de la tercera edad, como está acreditado con la fotocopia de la cédula obrante a folio 14 del expediente, no quedaron demostrados las demás condiciones, esto es, analfabetismo, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.

Por contraste, al óbito de Luis Alfonso González Morales, se ofreció el siguiente cuadro fáctico, según lo que se puede entrever de las de ponencias vertidas por Hernán Antonio Parra Granada, Onel Naranjo Jaramillo y María Patricia Franco Arbeláez, postuladas por la demandante, – fl. 68 CD:

Que González Morales, siempre trabajo por su cuenta en un negocio de venta de verduras, que convivió hasta la fecha de su fallecimiento con su esposa María Dolores y sus dos hijos Cristina y Luís, quienes para esa época contaban con 40 y 38 años de edad. Que los últimos 8 o 9 años estuvo enfermo y no pudo volver a trabajar, como lo indico concretamente María Patricia Franco Arbeláez, amiga y allegada a la familia, indicando que cuando el señor Luís se enfermó lo cuidaban entre todos, refiriéndose a su esposa y sus dos hijos, indico además, que la señora María Dolores estaba a cargo de su hija Cristina en aquella época.

De tal narración se puede deducir que la demandante, al momento del deceso de su esposo, dependía económicamente de sus hijos, por cuanto éste no trabajaba hacía varios años por su enfermedad; por lo tanto, la pensión de sobrevivientes, no era la única posibilidad para ella de subsistir económicamente (test. 3);

Tampoco, se puede perder de vista, que los hijos de la pareja de 40 y 38 años de edad para la fecha del fallecimiento del señor González Morales, según lo relatan los deponentes, les asiste el deber legal de alimentos frente a su progenitora, tal cual lo determinó en eventos análogos 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 12 años de producido el óbito, esto es, el 17 de julio de 2017, y la reclamación administrativa a los 8 años, el 24 de julio de 2013 (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 31 de agosto de 2018 por el Juzgado Segundo 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 LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada

Salva voto

Providencia: Sentencia del 10 de junio de 2019

Radicación: 66001-31-05-005-2017-00326-01
Proceso: Ordinario laboral

Demandante: María Dolores Palomino de González

Demandado: Colpensiones

Magistrado ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares

Magistrada que salva voto: Ana Lucía Caicedo Calderón

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la decisión mayoritaria por las siguientes las razones:

La posición de las mayorías no descarta la procedencia del principio de la condición más beneficiosa para la concesión de la pensión de sobrevivencia o invalidez, según el caso, siempre y cuando se aplique la norma inmediatamente anterior a la fecha del siniestro, tal como lo pregona la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero además, esta Sala Mayoritaria ha aceptado la incorporación del nuevo requisito señalado en la sentencia SL4650 -radicado No. 45262 del 25 de enero de 2017- para la aplicación de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo de la Ley 100 de 1993 (original) a la Ley 797 de 2003, en la que se impuso una limitación temporal a la aplicación del referido principio, en el sentido de que la muerte debió ocurrir en los tres (3) años siguientes a la entrada en vigencia de dicha norma, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.

No obstante, atendiendo la interpretación de la Corte Constitucional sobre la materia, la cual resulta más favorable para la beneficiaria, a mi juicio es posible el salto de la Ley 797 de 2003 a los antiguos reglamentos del ISS (hoy Colpensiones), en la medida en que el artículo 53 de la Constitución no restringe la aplicación de la condición más beneficiosa a sólo dos normas aplicables al caso, como lo he venido señalando de tiempo atrás, a la luz de la interpretación que al respecto tiene la Corte Constitucional, tal como está en la sentencia T-566 de 2014, de modo que en mi criterio habría lugar al reconocimiento de la pensión, al encontrarse acreditado que el causante reunió el número mínimo de semanas cotizadas exigido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, debo advertir que no comparto la exigencia de los cinco requisitos establecidos en la sentencia SU-005 de 2018, que componen el “test de procedencia” para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa[[1]](#footnote-1), y para fundar mi discrepancia me remito a la sinopsis que hizo la Corte Constitucional, en el comunicado No. 6 del 13 de febrero de los cursantes, de los salvamentos de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera y de los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, quienes, constituyendo la tercera parte de la actual conformación de dicha alta corporación, ponen de relieve que le nueva postura implica un cambio de tal magnitud que limita e, incluso, contradice la postura pacífica que se venía sosteniendo de tiempo atrás.

Así las cosas, al compartir los fundamentos planteados en los aludidos salvamentos de voto, me acojo a los mismos para apartarme de la sentencia de primer grado, pues si bien el causante no tenía 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a su fallecimiento, esto es, no cumplía los requisitos de la Ley 797 de 2003, cotizó más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; ello aunado al hecho de que la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de la demandante quedó demostrada con la declaración de Hernán Parra, Onel Naranjo y María Patricia Franco, quienes coincidieron en afirmar que la demandante –como cónyuge- convivió ininterrumpidamente con el causante en los 5 años anteriores al deceso de este.

Lo expresado previamente *de manera sucinta*, a mi juicio, daría lugar a revocar la sentencia de instancia para, en su lugar, conceder la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante a partir de la muerte de su esposo con el respectivo retroactivo, pero sin derecho a intereses de mora y costas procesales por tratarse de una interpretación constitucional favorable.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

1. En aquellos casos en los que el hecho que dio origen a la pensión de sobrevivientes o la de invalidez se da en vigencia de las Leyes 797 u 860 de 2003, y se pretende la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 por darse los presupuestos establecidos en esta disposición normativa. [↑](#footnote-ref-1)