

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

FERNANDO CASTILLO CADENA

Magistrado ponente

SL2078-2022

Radicación n.º 89736

Acta 16

Bogotá, D.C, once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ GONZÁLEZ** contra la sentencia proferida por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el 7 de octubre de 2020, en el proceso que la recurrente instauró en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**.

AUTO

Téngase a Servicios Legales Lawyers Ltda, representada legalmente por la doctora Yolanda Herrera Murgueitio, identificada con C.C. No. 31.271.414 y portadora de la T.P. 180.706 del C.S. de la J., como apoderada principal y al doctor David Santiago Lara Ospina, identificado con C.C.

No. 1.110.567.737 portador de la T.P. 299.625 del C.S. de la J., como apoderado sustituto de la parte opositora, en los términos y para los efectos del memorial visible en el cuaderno digital de la Corte.

I. ANTECEDENTES

Luis Alberto Martínez González, en calidad de cónyuge de Gladys Losada López, instauró proceso ordinario con el fin de que una vez se profieran las declaraciones de rigor, se condenara a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez *post mortem* de la señora Losada López, a partir del 21 de noviembre de 2016 y, en consecuencia, a reconocerle la pensión de sobrevivientes desde el 3 de enero de 2017, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente; los intereses de mora o, en subsidio, la indexación y las costas procesales, así mismo, requirió se concediera cualquier otro derecho demostrado en el proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que: la señora Gladys Losada López estuvo afiliada y cotizó al otrora I.S.S., del 24 de agosto de 1981 al 31 de agosto de 1988 un total de 354,53 semanas; nació el 17 de junio de 1953, para el 1 de abril de 1994 tenía más de 35 años, era beneficiaria del régimen de transición y contaba con la densidad de semanas necesarias para acceder a la pensión de invalidez y sus supérstites a la de sobrevivientes; que por el concepto desfavorable de rehabilitación elevó reclamación a la administradora pensional, entidad que, a través del Departamento de Medicina Laboral de Colpensiones, en el

dictamen número 2016193358, le estableció una pérdida de capacidad laboral de 51,7% estructurada el 21 de noviembre de 2016 y quien finalmente falleció el 3 de enero de 2017, sin haber recibido pensión ni indemnización sustitutiva.

Agregó que: convivió desde el 1 de octubre de 1988, data del matrimonio hasta la fecha de su fallecimiento sin ninguna separación; nació el 25 de febrero de 1953; solicitó la pensión de sobrevivientes a Colpensiones el 6 de julio de 2017, la cual fue negada en la Resolución SUB 153993 del 12 de agosto de 2017 por no tener la causante cotizadas 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, ni 26 antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, presentó los recursos respectivos, los que fueron decididos por la Resolución SUB 202712.

Colpensiones, al dar respuesta al escrito generatriz de la contienda, se opuso al éxito de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó lo relativo a la afiliación y cotizaciones de la señora Losada López al ISS, su estado de invalidez y su fallecimiento, la solicitud de pensión por el actor y su negativa pensional; de los restantes señaló que no le costaban y que debían probarse en el proceso.

En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, improcedencia de los intereses moratorios por el no pago de

las mesadas pensionales, prescripción, y la que denominó *genérica*.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, mediante fallo del 5 de diciembre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas a la parte vencida en juicio.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, al resolver el recurso de apelación de la parte actora, mediante providencia del 7 de octubre de 2020, confirmó en todas sus partes la decisión de primera instancia e impuso costas a la demandante.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal fijó como problema jurídico el determinar:

A partir de la sentencia SL2358[sic] de 25 de enero de 2017 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ¿Cómo debe aplicarse el principio de la condición más beneficiosa en tránsito normativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003?

¿Dejó causada la señora Gladys Losada López la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios?

Para dar solución a los anteriores interrogantes, la sala sentenciadora acudió a lo previsto en la Ley 169 de 1989, relativa a la doctrina probable y, atendiendo la función unificadora de esta Corte, anunció las sentencias CSJ

SL4650-2017 CSJ SL11745-2017, CSJ SL12555-2017 y CSJ SL17986-2017, en las que esta Corporación fijó su postura respecto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en los casos en los que se produce la invalidez o la muerte en vigencia de la Ley 797 y 860 del año 2003, «concluyendo que solo es viable dar paso a la aplicación de la Ley 100 de 1993 en su estado original cuando el evento (muerte o invalidez) se produzca dentro de los tres años siguientes a la fecha de expedición de las mencionadas leyes 797 y 860 de 2003 ...»; y sin que fuera posible acudir al Acuerdo 049 de 1990, al no encontrarse autorizado un rastreo histórico. Afirmó entonces que, lo procedente era aplicar el aparte legal *inmediatamente anterior*.

En el caso concreto encontró que: la señora Gladys Losada López tenía una pérdida de capacidad laboral de 51,7% estructurada el 21 de noviembre de 2016, momento para el que estaba vigente la Ley 860 de 2003, que exigía acreditar 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez; conforme a la historia laboral aportada por Colpensiones (folio 91) entre el 21 de noviembre de 2013 y la misma calenda del año 2016, la causante no tenía aportes al sistema general de pensiones, «a pesar de contar en toda su vida laboral con 357,43 semanas de aportes», por lo que no pudo acceder a la pensión de invalidez y no era posible darle aplicación al principio de la condición más beneficiosa, por cuanto conforme al lineamiento de esta Sala, la estructuración no se presentó entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, de manera que, no era admisible «una búsqueda histórica de la

normatividad que mejor se adecúe a la situación de la parte interesada...», para con ello, acudir al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad. Concluyó entonces que, no se dejó causada la pensión de invalidez.

Con relación a que con ocasión del fallecimiento, el 3 de enero de 2017, se dejara causada la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios, indicó que *«le correspondía acreditar una de las condiciones previstas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003...»*, o la calidad de pensionada para la fecha del deceso, o que hubiera cotizado dentro de los tres años anteriores a la muerte por lo menos 50 semanas de aportes al sistema pensional, ninguno de los cuales acreditó y recordó que, en su historia laboral, del 3 de enero de 2014 a la misma fecha del año 2017, no efectuó aportes para pensión. Para esta prestación, también evidenció que no resultaba posible acudir al principio de la condición más beneficiosa para aplicar la Ley 100 de 1993 por no haber ocurrido el siniestro dentro de los tres años siguientes a la fecha en que entró en vigencia la Ley 797 de 2003 y menos aplicar el Acuerdo 049 de 1990, como había expuesto.

Así, confirmó el fallo de primer grado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte actora, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia impugnada y, en sede de instancia, revoque la de primera instancia, para en su lugar declarar que la causante **GLADYS LOSADA LÓPEZ**:

[...] cumplió los requisitos para acceder a la pensión de invalidez desde el 21 de noviembre de 2016 y como consecuencia de ello se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, a reconocer la pensión de invalidez post mortem a favor de la señora **GLADYS LOSADA LÓPEZ** a partir del 21 de noviembre de 2016 para sustituirsele como pensión de sobrevivientes a su cónyuge **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ GONZÁLEZ** a partir del 3 de enero de 2017, los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como alcance subsidiario

Se declarara que la(sic) **GLADYS LOSADA LÓPEZ** cumplió los requisitos para que su cónyuge **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ GONZÁLEZ** adquiriera la pensión de sobrevivientes, por lo que se condenará a COLPENSIONES reconocérsele a partir del 3 de enero de 2017, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, así como los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados y se proceden a resolver de manera conjunta dado que pretenden el mismo fin.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial por la vía directa, por aplicación indebida, *«de los artículos 39, 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, lo que la condujo a violar, por infracción directa, los*

artículos 11,36,48 inciso 4, de la misma normativa, así como los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año».

Dada la vía de ataque no se discuten las conclusiones fácticas del juez de alzada; se duele la censura de la conclusión del Tribunal de que si bien la causante fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 51,7% estructurada del 21 de noviembre de 2016 no cumplió las 50 semanas de aportes en los 3 años anteriores para la pensión de invalidez, mismo argumento frente a la pensión de sobrevivientes por la muerte de la señora Losada López ocurrido el 3 de enero de 2017.

Indica el recurrente que el fallo fustigado violó los artículos 39 y 46 de la Ley 100 de 1993 modificados por la Ley 860 y 797 de 2003, por cuanto no eran las normas aplicables al asunto, ello en atención a que la causante antes de la entrada en vigencia del sistema general contaba con más de 35 años y, por tanto, era beneficiaria del régimen de transición y había cumplido con los aportes necesarios para que sus beneficiarios fueran acreedores de la pensión de invalidez y/ o sobrevivientes ya que el caso se regía por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Para sustentar su dicho, acude al alcance de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política para con ellos referir que el operador judicial no puede darle prevalencia a la regla fiscal, *«que no principio de "sostenibilidad financiera del sistema"»* sobre principios rectores incorporados por el

constituyente en el artículo 53 *ibidem*, como son la favorabilidad y primacía de la realidad, esto teniendo en cuenta que el conflicto suscitado no es solamente económico sino laboral y social con especial protección en nuestra Carta Política, como lo es la pensión de sobrevivientes.

Afirma que:

Si bien el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo previó el régimen de transición para la pensión de vejez, no podría pasarse por alto que antes de la entrada en vigencia de esta normativa, solo se exigía para acceder a la pensión de invalidez o de sobrevivencia, haber cotizado 150 semanas dentro de los seis años anteriores o 300 en cualquier tiempo, lo cual, en nuestro modesto criterio, constituye una garantía, prerrogativa y beneficio adquirido conforme a leyes anteriores bajo las cuales la causante hizo los aportes y el Instituto de Seguros Sociales los recibió para garantizarle esos derechos ante los eventos de la invalidez o la muerte, por el criterio de asegurabilidad, pues la afiliada ya habría pagado la prima para el amparo de las contingencias ante la situación eventual de que estas se presentara o concretaran en cualquier tiempo, como en efecto ocurrió.

Agrega que la norma aplicable es la que rige al momento de hacer los aportes, en su caso la equivalente al régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, de manera ultractiva, insistiendo en que ya había efectuado los aportes que garantizaban su protección de los siniestros. Informa que esta aplicación no surge de una interpretación sino de la aplicación directa del inciso 4º artículo 48 de la citada norma, el cual no puede dejarse de aplicar y no fue derogado por las normas modificatorias. Así las cosas, al tener la señora Gladys Losada López acreditadas 357 semanas en la normativa anterior a la que se reenvía el artículo en comento, procede la protección y, por ende, no

puede ser inaplicable. El amparo de una contingencia no puede ser desconocida por normas posteriores.

Concluye que el Tribunal inaplicó el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, lo que condujo a que no acudiera al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, cuando ya tenía consolidadas las semanas de cotización conforme al acuerdo en mención; muestra que aun cuando la Ley 100 de 1993, y sus modificaciones guardaron mutismo en cuanto a la transición de la pensión de sobrevivientes, la causante, para la entrada en vigencia de la misma, ya había cumplido con los requisitos para el aseguramiento de los riesgos de invalidez y sobrevivencia que le garantizaba de por vida el cubrimiento de estas contingencias; diferente hubiera sido si al 1 de abril de 1994 no hubiere acreditado 300 semanas de cotización, caso en el cual la cobijaría integralmente el estatuto pensional.

VII. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial por la vía directa, por interpretación errónea de *«los artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política, lo que lo condujo a inaplicar los artículos 11, 36 y 48 inciso 4 de la Ley 100 de 1993, así como los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el [D]ecreto 758 de 1990»*.

Precisa que el colegiado interpreta que el principio de la condición más beneficiosa no puede aplicarse cuando la invalidez o el deceso del afiliado hubiere ocurrido en vigencia

de las Leyes 860 y 797 de 2003, esto orientado por la jurisprudencia de esta Corporación. Anota que:

Disentimos de la apreciación e interpretación que se hace en la sentencia acusada, cuando expresa que el principio de la condición más beneficiosa solo opera frente a afiliados que fallecieron en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que hubieren cotizado un número determinado de semanas, por cuanto los principios no están encaminados o dirigidos de manera exclusiva a una fuente normativa sustancial, sino que como principios que son, deben ser de aplicación general cuando se dan la circunstancias fácticas que así lo ameriten, en este caso para destinatarios de la seguridad social y en uno u otro caso, así fueren distintas las fuentes normativas sustanciales regulatorias de una situación particular, el criterio no puede ser variado o desconocido en perjuicio de unas personas que se hallan en circunstancias fácticas idénticas ante una variación o cambio normativo.

Informa que tal interpretación deviene en la trasgresión de otros principios como son los de progresividad y universalidad; recuerda que la condición más beneficiosa surge de un cambio normativo que altera las condiciones establecidas en la regulación anterior y, que en el caso bajo estudio la causante ya había pagado en su totalidad con lo que ella y su familia quedaba protegidas de los riesgos de invalidez y muerte al haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo lo que, conforme a la jurisprudencia, al cumplir los requisitos se cuenta con el derecho adquirido cobrando mayor relevancia ante pensiones como la de invalidez o de sobrevivientes «donde la muerte no es un hecho que esté bajo la órbita o voluntad del afiliado, sino una condición de exigibilidad del derecho».

Tras acudir al artículo 48 Constitucional antes de su adenda constitucional, el artículo 53 de la misma obra y la

Ley 100 de 1993 y los principios que esta desarrolló, estima que el operador jurídico al examinar una norma sustraerse o dejar de auxiliarse de los principios superiores, para aterrizarla o adecuarla a una situación fáctica particular que, conforme al desarrollo jurisprudencial propenden por la protección no solo al trabajador si la misma obra no a su familia cuando se ve desprovista del sustento mínimo ofrecido por el mismo, dando vía libre al principio de favorabilidad y en desarrollo de éste, a la condición más beneficiosa.

El recurrente efectúa un recuento de cómo han variado los condicionamientos normativos incluyendo la referencia de la Sentencia CC C-566-2009, solicita que se recoja el criterio por de esta Corporación ante la variación sufrida por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 por:

1. Los literales a) y b], numeral 2, artículo 12 de la Ley 797 de 2003 fueron retirados del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional mediante sentencia C-566 del 20 de agosto de 2009, al considerar que con los mismos se estaba violando los principios de favorabilidad y de progresividad, dijo la Corte.

[...]

2. El carácter declarativo de inconstitucionalidad, como lo ha afirmado la misma Corte Constitucional al examinar la norma objeto de estudio, no puede aplicarse solo hacia el futuro precisamente por ser declarativa y no constitutiva y por ende al ser retirado del ordenamiento jurídico el obstáculo o la restricción que limita los derechos sociales, debe asumirse que estos nunca existieron o que si existieron, siempre fueron contrarios a la Constitución Política.

[...]

3. Debe aceptarse, como en efecto lo ha hecho esta honorable Sala, que antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, dos regímenes en materia de pensión de sobrevivientes subsistían para aquellos causantes que al 1º de abril de 1994 contaran con más de 300 semanas de aportes del Instituto de Seguros Sociales; la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990

aprobado por el Decreto 758 del mismo año y por ende debe interpretarse que esta última normativa sigue vigente para algunos afiliados que además de ser beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cotizaron las semanas necesarias antes de su vigencia para proteger las contingencias de invalidez y muerte.

4. La Ley 797 de 2003 con la concreción expresada en la sentencia 556[sic] de 2009, redujo drásticamente los requisitos para la pensión de sobrevivientes, en relación con los establecidos en el Acuerdo 049 de 1990: vigente antes del 29 de enero de 2003 como se vio en el numeral anterior, y por ende, siguiendo la premisa de esta honorable Sala, recobra vigor la tesis expuesta en el sentido de "que con la expedición del nuevo sistema integral de seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993, que redujo drásticamente el requisito de la densidad de semanas de cotización para acceder a la pensión de sobrevivientes a un número de 26, no era dable y resultaba violatorio de ese postulado consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, abolir las prerrogativas de los derechohabiente originadas por los afiliados que en vigencia de la normatividad anterior habían cumplido con la intensidad de semanas muy superior, esto es, ciento cincuenta (150) en los 6 años anteriores a la muerte o trescientas (300) en cualquier tiempo, conforme a las exigencias de los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990 del I.S.S., aprobado por el Decreto 758 de 1990."

[...]

Si el principio de la condición más beneficiosa aterrizado o adecuado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, se origina o surge del hecho de que no es atendible que por no haberse cotizado 26 semanas en el año anterior o para este caso 50 dentro de los tres años anteriores a la invalidez o deceso, se prive de la pensión de sobrevivientes a aquellas personas cuyo causante hubiere cotizado más de 300 semanas antes del 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones; ninguna razón diferente habría para dejar de aplicar el mismo principio a aquellos beneficiarios de un causante que como en el caso de marras a la fecha de entrada en vigencia del sistema o de la Ley 797 de 2003 contara con 357 semanas para acceder a la pensión de vejez al amparo del régimen anterior como se examinó en el cargo anterior.

Así las cosas, peticiona la aplicación del criterio expuesto por la Corte adecuado a la Ley 797 de 2003, puesto que, en su sentir, no puede tener un mayor beneficio el que

cotiza 50 semanas en los últimos 3 años frente al que, como en este caso, ha cotizado 357 semanas para acceder a la *«pensión de vejez al amparo del régimen anterior»*.

Como consecuencia de lo anterior, la sentencia debe ser casada.

VIII. RÉPLICA

Acota que la sala sentenciadora realizó la evaluación concreta del caso y aplicó la normatividad correspondiente para negar la prestación, recuerda que no se cumplió con los requerimientos para acceder a las prestaciones solicitadas.

Por ello, y contrario a lo esgrimido por la censura, resulta evidente que el colegiado no ha cometido ninguna falla al señalar que, no le asiste razón a la parte recurrente, por lo que el fallo cuestionado se debe mantener incólume.

IX. CONSIDERACIONES

Dado el sendero seleccionado por la impugnante, se exhibe patente que no son objeto de controversia entre las partes, los siguientes supuestos fácticos: Gladys Losada López tenía una pérdida de capacidad laboral del 51,7% estructurada el 21 de noviembre de 2016; falleció el 03 de enero de 2017, cotizó al ISS 357,43 semanas, todas con anterioridad al 1º de abril de 1994, dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez y del deceso no efectuó cotización alguna.

El descontento del recurrente con la sentencia fustigada estriba, en esencia, en que el fallador se equivocó al no acudir al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad y con ello, haber negado la pensión tanto de invalidez a la causante como la de sobrevivientes a sus beneficiarios por inaplicación del inciso 4) del artículo 48 de la Ley 100 de 1993. Cuestiona, además, el dejar de lado el principio de la condición más beneficiosa cuando superaba las 300 semanas al 1 de abril de 1994.

Para dar resolución a la controversia, un primer aspecto que se debe resaltar es que el recurrente confunde el alcance del inciso 4º del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, puesto que, en ningún momento lo dispuesto en el mismo está referido a los requisitos de pensión, lo que está regulado es el monto de la pensión de sobrevivientes y da la posibilidad a los afiliados de *«optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65 % del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto»*. Subraya fuera de texto.

La cita literal del inciso permite evidenciar que, no elimina las modificaciones a los requisitos de cotización del estatuto pensional, lo que permite es que el afiliado opte por que se le tenga en cuenta como tasa de remplazo del 65%, caso en el que, además de los requisitos de la Ley 100 de 1993 y sus reformas, debe cumplir las propias de dicho Instituto. En ese sentido, se expone la línea de pensamiento

de esta Corporación sobre tal inciso, entre varias, en la CSJ SL3933-2021.

Un segundo aspecto para distinguir es que el modelo acogido por la normativa que regulaba al extinto Instituto de Seguros Sociales -incluidos sus acuerdos- para la cobertura de la invalidez y la muerte, era un esquema de aseguramiento, que con el estatuto pensional de 1993 y sus reformas se mantuvo, esto bajo la conciencia de que, si bien el objeto primigenio es que las personas logren la pensión de vejez, se reconoce que tal aspiración se puede ver frustrada precisamente por los eventos señalados. Por ende, al ser un hecho incierto, que puede suceder o no, del que no se tiene certeza de la fecha de su ocurrencia, se requiere continuidad en la cobertura, lo cual se materializa con el aporte, pues este conlleva aparejado el pago de la prima para dicha protección.

Lo antecedente, nos permite evidenciar que las 357 semanas que la señora Gladys Losada López tenía a la entrada de la vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1 de abril de 1994, no puede ser entendido como el cumplimiento de las cotizaciones que derivan en un derecho adquirido pues, como se señaló, al ser un evento incierto que no acaeció sino hasta las reformas legales, quedó cobijada por los cambios normativos.

Situación diferente es que, ante la modificación legal, sin contemplar un régimen de transición para los siniestros de invalidez y muerte, fuera necesario acudir al principio de la condición más beneficiosa para paliar las consecuencias

de la modificación de las reglas jurídicas a aquellos que tenían una situación concreta que merecía su protección y que sea el tercer aspecto a distinguir, que la sala sentenciadora, en ningún momento indicó que el principio en comento no podía aplicarse cuando la invalidez o la muerte de un afiliado hubiere ocurrido en vigencia de las Leyes 860 y 797 de 2003, lo que estableció fue la improcedencia de acudir al Acuerdo 049 de 1990, por la imposibilidad de efectuar un estudio histórico, cuando lo apropiado era acudir a la normativa inmediatamente anterior, pensamiento que se acompasa con el criterio de esta Corporación. Basta acudir a la sentencia CSJ SL5286-2021 que reiteró la CSJ SL5114-2020, en la que se razonó:

La Corte ya ha advertido que no es posible realizar una búsqueda histórica en las legislaciones anteriores al fallecimiento hasta acomodar la norma que mejor se avenga en cada caso particular o resulte más favorable y, con ello, una aplicación *plus ultractiva* de la ley, lo cual, por demás, desconoce no solo que las leyes sociales son de aplicación inmediata, sino también que, en principio, rigen hacia el futuro.

Al punto, en sentencia CSJ SL5114-2020, la Sala, razonó: Así los problemas jurídicos que le corresponde resolver a la Corte consisten en establecer: (i) si en virtud del principio de la condición más beneficiosa, es jurídicamente posible aplicar ultra activamente las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 a efectos de conceder la pensión de sobrevivientes al beneficiario de un afiliado que falleció en vigencia de la Ley 797 de 2003 y (ii) si es procedente la condena por concepto de intereses moratorios.

¿Es jurídicamente posible aplicar ultra activamente las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 a efectos de conceder la pensión de sobrevivientes en virtud del principio de la condición más beneficiosa?

Al respecto, ha de precisarse que, en el caso de la prestación de sobrevivientes, la institución de la condición más beneficiosa protege las expectativas legítimas de los beneficiarios de un afiliado al sistema general de pensiones que fallece, siempre que haya cotizado la densidad de semanas establecidas en la ley

anterior para cubrir tal contingencia, pero cuyo hecho generador -la muerte- ocurre en vigencia de la normativa posterior.

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

Esta ha sido la postura de la Sala expuesta en varias providencias, entre otras, CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL14881-2016, CSJ SL15612-2016, CSJ SL15617-2016, CSJ SL15960-2016, CSJ SL15965-2016, CSJ SL17768-2016, CSJ SL1090-2017, CSJ SL 1689-2017, CSJ SL2147-2017, CSJ SL353-2018, CSJ SL4020-2019, CSJ SL409-2020.

[...]

En línea con lo que se viene discutiendo, debe decirse que el colegiado incurrió en la aplicación indebida del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 que se le acusa, como quiera que no era dable hacer un estudio histórico hasta encontrar la normativa que casara con la situación de la accionante, pues como quedó referido la norma a tener en cuenta es la inmediatamente anterior, no debe dejarse de lado que el siniestro es del año 2014.

Mismo criterio que aplica para la pensión de invalidez *post mortem*, que en el asunto también fue pretendida y, para cuya solución puede acudir a las sentencias CSJ SL840-2020 que memora la SL1689-2017, la cual a su vez fue reiterada en sentencia CSJ SL8305-2017, donde se traen a colación las providencias CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL14881-2016, CSJ SL15612-2016, CSJ SL15617-2016, CSJ SL15960-2016 y CSJ SL15965-2016; y en las cuales se considera que:

En este orden, no era procedente que el Tribunal considerara los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 de manera plus ultractiva como lo pretende la censura, ni siquiera bajo el argumento de acudir al principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53

de la Constitución Política, porque su mandato parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas vigentes, lo que no ocurre en el sub lite.

De esa manera, trasladando todos los argumentos expuestos en las anteriores decisiones al asunto sometido a escrutinio de la Corte, se concluye que el juzgador de alzada no se equivocó, por cuanto para la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la señora Gladys Losada López en el año 2016 o su defunción en 2017, las normas aplicables eran la Ley 860 de 2003, y la Ley 797 de 2003 respectivamente y no el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, como acertadamente lo infirió.

Finalmente, no existen razones que justifiquen la solicitud de modificación del criterio imperante mayoritariamente por parte de la Sala siendo pertinente insistir en que como ha acuñado la sala de vieja data, en sentencia CSJ SL4650-2017, a la cual se remite, que la primera investigación que debe hacer el juez al dictar el acto jurisdiccional, consiste en la selección de la norma aplicable, o sea, determinar la existencia y validez de esta. Será necesario entonces que considere los problemas de la ley en el tiempo y en el espacio, precisando los límites personales, temporales y espaciales de la disposición jurídica, como se señaló, entre otras, en la sentencia CSJ SL2843-2021 y que a continuación se cita:

Para atenuar de alguna manera los efectos de un cambio abrupto en las reglas de juego, dada una reforma legal, se estila en las leyes sociales implementar regímenes de transición. Dado que los cambios legislativos en materia de derecho social, que obedecen

a la necesidad de ajustar los parámetros de acceso y en algunas ocasiones de reevaluar el alcance de los elementos esenciales del derecho en respuesta a los cambios económicos, sociales y aún culturales, establecen requisitos más exigentes de acceso a las prestaciones, la justificación de establecer un régimen de transición aparece lógico para lograr un tránsito armónico y pacífico que minimice las consecuencias que pudieran resultar tanto en la población que tenía una expectativa legítima, frente al acceso al derecho, como en el proveedor del derecho, en este caso el Estado, por ejemplo en su necesidad de hacer sostenible financiera y económicamente el sistema de derechos prestacionales.

No obstante lo anterior, en algunas ocasiones escapan al legislador ciertas consecuencias indeseables, por injustas e inequitativas, derivadas del tránsito legislativo, que ameritan, tanto desde el punto de vista constitucional como legal, la aplicación de los principios con vengero en el orden jurídico, como el de la condición más beneficiosa, para resolver el problema social que se ocasiona por la implementación del nuevo ordenamiento.

Esta Corporación ha estimado que el postulado de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características:

- a) Es una excepción al principio de la retrospectividad.
- b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo.
- c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro.
- d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva.

e) Entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas– habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba le ley derogada.

- f) Respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma.

Explicuemos cada uno de ellos:

1. Excepción a la retrospectividad de la ley

La condición más beneficiosa, a no dudarlo, se entiende como un mecanismo que permite atenuar la rigurosidad del principio de la aplicación general e inmediata de la ley, pues permite que la disposición derogada **permanezca vigente en presencia de una situación concreta**, materializada en una expectativa legítima conforme a la ley anterior.

2. Opera en sucesión o tránsito legislativo

La pregunta relevante es ¿qué se entiende por tránsito legislativo? El tránsito legislativo es un momento único, que se da, en forma simple cuando se sanciona y promulga una nueva ley.

Los efectos del tránsito legislativo, como ya se dijo, por regla general son inmediatos. Existen, desde luego, excepciones, como la que rigen para los impuestos anuales, caso en el cual las normas tributarias, por ejemplo, sobre impuesto de renta, rigen a partir del siguiente año fiscal; o las que protegen derechos adquiridos que no se pueden violar en virtud del artículo 58 de la Constitución Política. (aunque puede obrar la expropiación).

En el caso de derechos sociales, el tránsito legislativo lleva a prever en la norma reformativa, la protección a los derechos adquiridos y, en algunas ocasiones, regímenes de transición; en otras no: por ejemplo, la Ley 797 de 2003 que reformó la manera de determinar el monto y cuantía de la pensión de vejez para los afiliados al régimen de prima media no estableció régimen de transición alguno para salvaguardar estos aspectos.

Los derechos adquiridos y los regímenes de transición, plenos o parciales, otorgan protección temporal, total o parcial a los ciudadanos. En materia del derecho adquirido el amparo es vitalicio o pleno; en el caso de los regímenes de transición es temporal, pero pueden ser pleno o parcial. En el evento de la aplicación directa de la Ley 33 de 1985 la garantía fue plena para quienes tenían 20 años de servicios, pues los cobija en su integridad el régimen anterior; mientras que en la Ley 100 de 1993 la protección es parcial porque, para construir el derecho a la pensión, solo se toman los parámetros de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto del régimen anterior.

De manera que es el legislador el que define qué protección concede y el lapso por el cual la otorga. Si no fija consecuencias temporales mediante medidas de protección, debe estarse, en principio, a la aplicación inmediata de la ley.

a. Aplicación de la normatividad inmediatamente precedente

No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya

regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que haya precedido –a su vez- a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle una especie de efectos *«plusultractivos»*, que resquebraja el valor de la seguridad jurídica (sentencia CSJ SL, del 9 de dic. 2008, rad. 32642).

3. A falta de régimen de transición

Los regímenes de transición, por regla general, sólo protegen expectativas legítimas, es decir, se centran en la protección de aquellos grupos de población cercanos al cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación.

En la misma dirección la Corte Constitucional en fallo C-663/07, recalcó que los regímenes de transición, a) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; b) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior; c) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición; y d) es constitucionalmente legítimo que se utilice la figura del régimen de transición para evitar que una decisión relacionada con expectativas pensionales legítimas bajo la vigencia de una ley, se vea desvirtuada completamente por una ley posterior, en desmedro de quienes aspiraban a que sus derechos pudieran llegar a consolidarse bajo el régimen previo.

Conviene precisar que, en relación con las pensiones de invalidez y sobrevivientes, no ha existido un régimen de transición en nuestra historia legal. Ello no ha sido óbice para que el operador jurídico busque principios de favorabilidad a través, por ejemplo, de la definición de derecho adquirido recayendo en la fecha de estructuración, buscando normas de acceso más favorables que las que rigen al momento de la declaratoria.

La pregunta que surge es ¿por qué si han existido normas de protección para las pensiones de jubilación o vejez, a través de regímenes de transición, no han existido normas de protección para la invalidez y la muerte? Un principio de respuesta puede darse si se tiene en cuenta que la vejez, durante la vida laboral del individuo, es un hecho relativamente cierto mientras que, por ejemplo, la invalidez es relativamente incierto y poco probable. Dicho en otras palabras, el régimen de transición en las

pensiones de vejez se da porque es viable considerar la mayor o menor aproximación a la edad y al total de cotizaciones exigidas bajo un régimen, para determinar el grupo de la población que eventualmente puede acceder a esa prestación (por el transcurso del tiempo – hecho determinable -, ya para completar cierta edad o para sumar un período de cotizaciones); mientras que en la de invalidez, por ejemplo, obedece a contingencias improbables de predecir y, por ende, no regulables por un régimen de transición (sentencia CSJ SL de 5 de jul. 2005, rad. 24.280).

De manera que, por regla general, en presencia de regímenes de transición, la condición más beneficiosa no puede aplicarse pues haría nugatorios todos los objetivos económicos y sociales que con una reforma pretenden lograrse y, desde el umbral, debe aplicarse en torno a normas de impacto mediato.

a. El destinatario posee una situación jurídica concreta-expectativa legítima-

En pensiones de siniestro, como las de invalidez y sobrevivientes, no es fácil establecer qué es una situación jurídica concreta. Empero, se ha entendido por la Jurisprudencia que la situación es concreta si se cumple en estos casos con la densidad de semanas de cotización, dentro del plazo estrictamente exigido por la normatividad aplicable

Así, por ejemplo, en el régimen de los seguros sociales obligatorios, la situación es concreta si el afiliado cotizó 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, dado que la norma exigía ese número de semanas de cotización en todo el tiempo.

Con la vigencia de la Ley 100 de 1993, en parte puede existir una definición de situación concreta a estos efectos, dado que la norma precisa tal situación dependiendo de la cotización efectiva.

Del anterior mandato se desprende dos situaciones que dan acceso a la prestación:

Afiliado que se encontraba cotizando al sistema al momento del fallecimiento

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

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

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

Nótese que a diferencia del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el legislador del 93 estableció como criterio de acceso el hecho de la cotización efectiva al sistema, al momento de la muerte o invalidez, para estructurar el requisito de semanas de cotización. En efecto, mientras que la normativa anterior exigía haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo o 150 semanas dentro de los seis años anteriores al momento del siniestro, sin establecer el requisito de cotización al momento de la muerte o invalidez; en la legislación de 1993, el nivel de concentración de las semanas de cotización exigidas en un determinado lapso depende del hecho de la cotización efectiva al momento de la invalidez.

Teniendo en cuenta lo dicho, *¿Cómo se expresa la situación jurídica concreta en el cambio normativo de la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003?*

1. Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

En este evento la situación jurídica concreta emerge si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, (i) estaba cotizando al sistema, y (ii) había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Ello por cuanto no solamente se da eficacia, sino que también se satisface con la densidad de semanas de cotización efectuadas dentro del plazo estrictamente exigido por el mandato abolido.

Cumple a ese propósito dejar en claro, empero, que, si el asegurado estaba cotizando para el 29 de enero de 2003 y *no tenía en su haber* 26 semanas de cotización en cualquier tiempo, no es poseedor de una situación jurídica concreta y, en consecuencia, se le aplica con rigurosidad la Ley 797 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues repárese en que no tiene una expectativa legítima ni mucho menos un derecho adquirido. En resolución, en este caso no hay condición más beneficiosa.

2. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

En esta hipótesis la situación jurídica concreta aflora si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, (i) no estaba cotizando al sistema, (ii) pero había aportado 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003.

Ello, toda vez que se cumple con la densidad de semanas de cotización, dentro del interregno estrictamente exigido por el precepto derogado.

Si el afiliado no estaba cotizando para el 29 de enero de 2003 y *no tenía* 26 semanas o más de cotización dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003, **no tiene una situación jurídica concreta** y, por ende, también se aplica con todo el rigor la Ley 797 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues no posee una expectativa legítima y mucho menos un derecho adquirido. En conclusión, tampoco hay condición más beneficiosa.

En sentencias CSJ SL1884-2020 y CSJ SL1938-2020, reiteradas, entre otras, en las CSJ SL2547-2020 y CSJSL855-2021, esta Corporación, razonó:

[...] La característica relativa a que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, significa que no puede utilizarse para garantizar la perpetuidad de un régimen que en un tiempo pretérito estuvo vigente y le era aplicable a un sujeto o a un grupo de personas, dado que, bien comprendido, su ámbito de aplicación se orienta a conservar un régimen normativo anterior, cuando quiera que el titular haya cumplido una condición relevante del mismo que, si bien no es definitiva para adquirir el derecho, juega un rol fundamental en su consolidación.

En este sentido, la condición más beneficiosa se sitúa en un lugar más allá de la simple expectativa para ubicarse en el concepto de expectativa legítima tutelable por el ordenamiento jurídico, en la medida en que no desconoce y ampara la consolidación de una exigencia relevante, que si bien no es suficiente para alcanzar el derecho en tanto no se ha cumplido otra condición ulterior, sí genera la confianza fundada que el régimen en que estaba incurrido y en el que cumplió algunos presupuestos, será respetado.

Sin embargo, su aplicación no puede ser irrestricta al punto de petrificar la legislación e impedir la puesta en marcha de reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad de los derechos de la comunidad o la supervivencia de instituciones y prestaciones fundamentales para la sociedad. En otras palabras, su aplicación debe ser razonable y proporcional, a fin de no lesionar o comprometer severamente otros derechos de interés público y social.

En esta dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 4 dic. 1995, rad. 7964 indicó que este postulado *«no es absoluto y en manera alguna conduce al anquilosamiento de la normatividad laboral, pues de lo que se trata es de proteger al trabajador que construye su vida y la de su*

familia alrededor de unas expectativas económicas y jurídicas generadas en su propia labor, de manera que un cambio desfavorable de esas expectativas sólo (sic) es humana y jurídicamente admisible, cuando en cada caso concreto medien serias circunstancias justificantes, verbigracia el interés general reconocido (...)».

De ahí, que el delimitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a la norma inmediatamente anterior sirve a varios propósitos:

(i) Si la potestad de configuración de un sistema pensional permite al legislador introducir cambios a fin de garantizar los principios y objetivos del sistema, no tiene sentido mantener en el tiempo disposiciones anteriores, puesto que ello haría nugatorios todos los propósitos económicos y sociales que pretenden lograrse con una reforma.

(ii) Si los regímenes de transición, en esencia, siempre son temporales, no hay razón alguna que justifique que la aplicación del principio de condición más beneficiosa deba mantenerse indefinidamente en el tiempo, así bajo su vigencia se haya dado inicio o se hayan efectuado cotizaciones para obtener el amparo que se pretende.

(iii) Tal restricción contribuye a la preservación de otro valor fundamental: la seguridad jurídica, que ofrece certeza a los ciudadanos sobre las reglas jurídicas que emplearán los jueces en la solución de las controversias que se sometan a su consideración, sin que les sea posible acudir a una búsqueda histórica para determinar la norma que más convenga a una situación particular; la aplicación del principio amplía e ilimitadamente genera incertidumbre en los actores del sistema pensional y en los ciudadanos en general, respecto de las reglas que definen el acceso a un derecho pensional.

En conclusión, si la finalidad del principio de la condición más beneficiosa es proteger expectativas legítimas que puede cambiar el legislador con apego a los parámetros constitucionales, no tiene sentido que su aplicación permita acudir a cualquier normativa anterior o, en otros términos, resulte indefinida en todos los tránsitos legislativos que puedan generarse en la configuración del sistema pensional, de por sí, de larga duración [...].

Es preciso indicar, que no se trata de desconocer el principio de la condición más beneficiosa sino de delinear correctamente su campo de aplicación y actualizarlo conceptualmente bajo la égida del modelo constitucional de

prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales.

Conceder tal prestación según la tesis propuesta por el impugnante, sería tanto como desconocer de manera frontal el efecto de la retrospectividad de la ley, dando aplicación a una disposición que, de manera expresa, fue derogada.

Entonces, se reitera, aún a riesgo de fatigar, en el presente caso no podemos hablar de la existencia de una situación jurídica concreta protegida por el principio de la condición más beneficiosa, sino de una mera expectativa, la que a las voces elocuentes del artículo 17 de la Ley 153 de 1887, no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene; lo que, simple y llanamente, puede resumirse en el vetusto aforismo latino «*ex nihilo nihil fit*», el cual traduce «*de la nada, nada puede resultar*».

Siendo coherente con lo discurrido, los cargos no salen victoriosos.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la demandante recurrente y en favor de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de cuatro millones setecientos mil pesos (\$4.700.000) m/cte., que se incluirán en la liquidación que se practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el 7 de octubre de 2020, en el proceso que **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ GONZÁLEZ** instauró en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la impugnante.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.


IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ
Aclaro voto
Presidente de la Sala

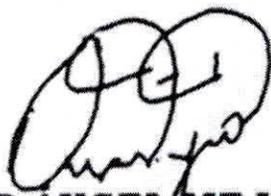

GERARDO BOTERO ZULUAGA
Aclaro voto



FERNANDO CASTILLO CADENA



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

FERNANDO CASTILLO CADENA

Magistrado ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Recurso Extraordinario de Casación

Radicación n.º 89736

Referencia: demanda promovida por **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ GONZÁLEZ**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito aclarar el voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub judice*, que dispuso no casar la sentencia absolutoria del Tribunal; sin embargo, respecto de los argumentos que se exponen en la providencia para la procedencia de dicho postulado en un lapso temporal en forma restringida, me permito hacer las siguientes precisiones.

La sentencia de casación aludida, acoge los argumentos expuestos en las proveído CSJ SL 4650-2017, respecto del cual, debo indicar, que si bien inicialmente compartí el criterio mayoritario de la Sala a través del cual se dio

vigencia temporal a la Ley 100/93, en el transito legislativo con la Ley 797 de 2003, esto es, el periodo comprendido entre el 29 de enero de 2003 y el mismo día y mes de 2006, ello fue con el fin de extender en el tiempo por vía jurisprudencial, los efectos del principio de condición más beneficiosa en dicho periodo, y hacer menos rigurosa su aplicación, en aras de salvaguardar los derechos de los asegurados y su grupo familiar, quienes por los cambios normativos verían truncada la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes.

No obstante lo anterior, al hacer ahora un juicioso y minucioso análisis de dicha providencia y de las diferentes hipótesis que allí se plantean como supuestos fácticos que deben cumplir para acceder a la pensión de sobrevivientes bajo esta nueva línea de pensamiento, se observa que las reglas allí trazadas, a más de ser en algunos casos confusas, también se tornan poco posibles de cumplir, de tal suerte, que de manera exigua o en nada termina favoreciendo al grupo poblacional al que está dirigida, contrario a lo que fue la finalidad del cambio doctrinal propuesto respecto de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa que con aquella providencia se fijó.

En efecto, la mayoría de la Sala ha venido sosteniendo que solo es posible que la Ley 797 de 2003, difiera sus «*efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006*», para lo cual se ha apoyado en el principio de sostenibilidad financiera del sistema y en que no resulta dable acudir a esta figura de manera indefinida, en tanto que el legislador no pretendió perpetuar las disposiciones de la Ley 100 de 1993, que

regulan la pensión de sobrevivientes, argumentos que en mi sentir no resultan suficientes para negar a una persona el derecho a este tipo prestaciones, lo que supone una restricción desproporcional no solo a esta prerrogativa fundamental sino a la posibilidad de acceder al mínimo vital y a la de obtener o mantener una vida en condiciones dignas, con pleno desconocimiento además del mandato constitucional establecido en el artículo 48 de la Carta Política, pues en lugar de garantizar el acceso progresivo a la seguridad social lo que se termina es coartándolo, por el mero hecho del que el fallecimiento del afiliado se da fuera del periodo establecido por la Corte.

En ese sentido, considero que la Sala debe permitir una aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa, sin limitarlo al hecho de que el fallecimiento del afiliado se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el mismo día y mes de 2006, pues tal obrar resulta más proteccionista y favorable de los derechos que se encuentran en juego.

En los anteriores términos, dejo consignada mi aclaración.



GERARDO BOTERO ZULUAGA
Magistrado