

T-429-18

Sentencia T-429/18

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL-Caso en donde a la accionante se le niega el reconocimiento de la pensión de sobreviviente como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge por no contar con la cotización de semanas requeridas

PENSION DE SOBREVIVIENTES Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Test de procedencia

DEBER LEGAL DE APROVISIONAMIENTO-Jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional ha precisado que la interpretación más favorable para la protección del derecho a la seguridad social en pensiones del accionante, consiste en que el trabajador tiene derecho a que se tome en cuenta tiempo trabajado antes de la expedición de la ley 100 de 1993 y que su empleador tiene la obligación de aprovisionar los cálculos actuales en la suma correspondiente a su tiempo de servicios, tal como lo ordena la ley 6 de 1945 (sector público), la ley 90 de 1946 (sector privado) y el código sustantivo del trabajo, mas no la ley 100 de 1993, la cual estableció el mecanismo o medio para cumplir con el deber de aprovisionar.

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL-Aplicación

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL-Protección

En relación con la protección del principio, tienen por objeto garantizar la consolidación de las expectativas legítimas que se hubiesen creado antes de un cambio normativo, en caso en que el legislador omita este deber de configuración, le corresponde al operador jurídico, y, en especial, al juez, en virtud de la eficacia directa de los derechos fundamentales, garantizarlo en caso concretos.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Orden a Colpensiones reconocer de manera transitoria pensión de sobrevivientes

Expediente T-6.774.355

Acción de tutela presentada por María Esneda Herrera de Victoria contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente,

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de la decisión proferida por la Sala de Decisión de Tutelas No. 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en primera instancia, y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela promovida por María Esneda Herrera de Victoria contra la Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante COLPENSIONES).

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Seis, mediante Auto proferido el 14 de junio de 2018.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Reseña fáctica

La demandante, a través de apoderado judicial, manifestó que:

1.1. Es una mujer de 89 años (para el momento que presentó la tutela; sin embargo, actualmente tiene 90 años), quien “se encuentra en una situación de indigencia debido a que no cuenta con los recursos necesarios para suplir sus necesidades básicas, viviendo de la caridad de sus vecinos y allegados cercanos”.

1.2. En el año 2012, presentó demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la sociedad CARLOS SARMIENTO L & CIA INGENIO SAN CARLOS S.A. (en adelante INGENIO SAN CARLOS) en procura de que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su cónyuge Donaldo Victoria, el 1 de octubre de 1996, quien en vida laboró para el Ingenio San Carlos, empresa que omitió efectuar todas las cotizaciones correspondientes al Sistema General de Pensiones; razón por la cual ambas entidades negaron el reconocimiento de la prestación.

1.3. El juez de primera instancia del referido proceso laboral absolvió a ambas entidades, decisión que la demandante apeló y, en segunda instancia, el 09 de junio de 2015, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali revocó la sentencia del a quo y condenó a las entidades demandadas.

1.4. Ante la decisión tomada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, las entidades presentaron recurso de Casación, que fue concedido, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a COLPENSIONES y negado al Ingenio San Carlos mediante Auto 195 de octubre 22 de 2015. El apoderado de la empresa demandada presentó recurso de reposición frente al auto que negó el recurso de casación. Mediante Auto de diciembre 06 de 2016, se decidió no reponer el auto de negación de octubre 22 de 2015. Ante esta situación, el ingenio presentó recurso de queja que fue remitido a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuya decisión estaba prevista para marzo 24 de 2017. Ante la falta de pronunciamiento al respecto, el 15 de agosto de 2017, la accionante radicó memorial solicitando dar trámite preferencial al recurso, exponiendo las complicadas circunstancias en que se encuentra.

1.5 En respuesta a la solicitud de trámite preferencial, la Corte Suprema de Justicia le indicó que, una vez se adoptara la decisión se procedería con la debida notificación, sin que para la fecha de elaboración de la tutela se hubiera dado trámite a la demanda de casación.

1.6. La demandante señala que en virtud de la gravosa situación en que se encuentra, no es posible resistir el prolongado trámite de la vía ordinaria, de manera que la tardanza está generando una seria afectación a sus derechos fundamentales; máxime si se tiene en cuenta que, aun cuando no existe un fallo ejecutoriado, sí existe el fallo de segunda

instancia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el que se reconoce y otorga el derecho pensional a favor de la accionante. Así mismo, debe tenerse en consideración que, dentro de los argumentos que fundamentaron el fallo condenatorio en contra de las entidades demandadas, se determinó que “las omisiones en las que incurrió Colpensiones para adelantar ante el ingenio la cotización de los aportes de su fallecido esposo, no deben ser oponible (sic) a ella respecto del reconocimiento de la prestación”.

### Pretensiones

La accionante pretende que, por medio de la acción de tutela, le sean amparados sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social. En consecuencia, solicitó que se ordene a COLPENSIONES, o a quien legalmente corresponda, que proceda a efectuar el reconocimiento y pago transitorio de la pensión de sobrevivientes a su favor, así como lo reconoció el fallo de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cali.

De manera subsidiaria, solicitó vincular a la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, para que otorgue trámite preferencial y oportuno al recurso de queja interpuesto por el Ingenio San Carlos.

### 3. Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente

Obran en el cuaderno 3 del expediente, copia de los siguientes documentos:

- Escrito de tutela (folios 1 al 10).
- Impresión de Reporte de Consulta de los procesos ordinarios laborales referenciados en la tutela (folios 12 al 17).
- Respuesta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ante la solicitud de la accionante de dar trámite preferencial al recurso de queja del Ingenio San Carlos relacionado con su proceso laboral (folio 18).
- Respuesta ante la acción de tutela sub examine, por parte del Doctor Luis Gabriel Miranda Buelvas, Magistrado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (folios

48 al 49).

- Respuesta a la acción de tutela sub exámine, por parte de Gustavo Adolfo Reyes Medina, a nombre de la Unidad de Tutelas del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación (folios 51 al 54).
- Fallo de tutela de primera instancia del 27 de febrero de 2018 proferido por la Sala de Decisión de Tutelas No. 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (folios 79 al 87).
- Respuesta del 14 de marzo de 2018 a la acción de tutela sub exámine, por parte de COLPENSIONES (folios 97 al 98).
- Escrito de impugnación elevado por María Esneda Herrera de Victoria (folios 105 al 108).

Obran en el cuaderno 2 del expediente, copia de los siguientes documentos:

- Acta 10 con indicativo AL1146-2018 y Radicación No. 77281 emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual informa sobre imposibilidad para resolver recurso de queja, debido a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali omitió surtir el trámite legal previsto para tal recurso (folios al 5).
- Fallo de tutela de segunda instancia del 26 de abril de 2018 proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (folios 5 al 9).

Obran en el cuaderno 1 del expediente, copia de los siguientes documentos:

- Respuesta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al Auto de pruebas (folio 1).
- Respuesta de la accionante, mediante su apoderada judicial, al Auto de pruebas (folios 32 al 33).
- Demanda ordinaria de la accionante contra COLPENSIONES y el Ingenio San Carlos S.A. (folios 34 al 37).

- Constancia laboral del accionante y recibo de prestaciones sociales (folios 35 y 36).
- Respuesta de COLPENSIONES, frente al Auto de pruebas (folios 20 al 24).
- Historia laboral del fallecido esposo de la accionante (causante de la prestación reclamada) (folios 28 al 29).
- CD con el expediente en digital de COLPENSIONES relacionado con la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes elevada por la accionante (folios 40).
- Providencia mediante la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso de queja interpuesto por el Ingenio San Carlos S.A. (folios 42 al 46).
- Oficio mediante el cual se presenta escrito de intervención del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación (P.A.R.I.S.S.) (folios 48 al 50).
- Respuesta de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, frente al Auto de pruebas (folios 51 al 52).

#### 4. Respuesta de la entidad accionada y de las entidades vinculadas

La Sala de Decisión de Tutelas No. 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 20 de febrero de 2018, admitió la acción de tutela y vinculó al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a las partes e intervinientes dentro del proceso ordinario laboral bajo el radicado No. 76001310500620120071000; esto es, al Ingenio San Carlos – Carlos Sarmiento L. y Cía. y al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación. En el mismo proveído se corrió traslado a la entidad demandada y a las vinculadas para que ejercieran su derecho de defensa y se pronunciaran sobre los hechos de la tutela.

##### 4.1. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

##### 4.2. Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros sociales en Liquidación

(P.A.R.I.S.S.)

El Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, después de aclarar la normativa y etapas del proceso liquidatorio, señaló que el expediente del conyugue fallecido de la accionante, Donaldo Victoria, había sido remitido a COLPENSIONES tal y como se ha hecho con todos los expedientes que reposan en el Instituto de Seguros Sociales (ISS). En ese sentido, indicó que COLPENSIONES es la entidad encargada de resolver dicha solicitud y no el P.A.R.I.S.S.

#### 4.3. Respuesta extemporánea de COLPENSIONES

De manera extemporánea, el 14 de marzo de 2018, COLPENSIONES presentó contestación de la tutela. En su comunicado manifestó que, a su juicio, el amparo solicitado por la accionante es improcedente debido a que: (i) se encuentra en curso el proceso ordinario laboral; (ii) la demandante pretende hacer cumplir, por vía de tutela[1], la decisión judicial del proceso ordinario que condenó a la dos entidades demandadas al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, desconociendo que dicho proveído no se encuentra ejecutoriado; y (iii) COLPENSIONES no encuentra razones que demuestren un perjuicio irremediable.

### 5. Decisiones judiciales que se revisan

#### 5.1. Primera Instancia

La Sala de Decisión de Tutelas No. 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo proferido el 27 de febrero de 2018, declaró improcedente la acción de tutela presentada por la accionante, argumentando que: (i) “el mecanismo constitucional carece de objeto por hecho superado”, debido a que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia informó que a más tardar en marzo emitiría la decisión respecto del recurso de queja relacionado con el proceso ordinario de la accionante; y (ii) se incumple el requisito de subsidiariedad en tanto que, a su juicio, la vía ordinaria debiera ser la llamada a dirimir el conflicto laboral expuesto y está pendiente de resolver el recurso de casación interpuesto por uno de los demandados.

No obstante, exhortó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “para

que una vez resuelto el mencionado recurso de queja, con diligencia y celeridad, comunique lo pertinente a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para que ésta a su vez, con la mayor prontitud, envíe la actuación, en original a esta Corporación con el propósito de que se surta el respectivo trámite de casación”.

## 5.2. Impugnación

La accionante impugnó la decisión de primera instancia, señalando que la figura de hecho superado “se presenta cuando se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, situación que no ha ocurrido, pues principalmente lo pretendido es celeridad con relación al trámite que se está surtiendo(...)”[2] por lo que “(n)o es plausible hablar de hecho superado, frente a la simple expectativa de que el recurso de queja sea decidido durante este mes, ello no constituye una acción concreta, sino una simple expectativa, sujeta a variables que pueden desencadenar en la no resolución del recurso en la fecha señalada”[3].

Así mismo, señaló que lo manifestado por el a quo respecto de la improcedencia de la acción porque aún está pendiente de resolverse el recurso de casación, no es del todo cierto por cuanto la tutela también es un mecanismo que opera de manera provisional frente a circunstancias apremiantes como en las que ella se encuentra, que ponen en riesgo derechos fundamentales como el mínimo vital. En ese orden de ideas, solicitó revocar la decisión del a quo, para en su lugar, amparar los derechos incoados.

## 5.3. Segunda Instancia

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo proferido el 26 de abril de 2018, confirmó la providencia de primera instancia, utilizando nuevamente la figura de hecho superado, basándose en el pronunciamiento emitido el 21 de marzo de 2018 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aun cuando en aquel pronunciamiento no se resolviera de fondo el asunto; al respecto señaló: “Cabe advertir que si bien la Sala de Casación Laboral no definió de fondo la queja, emitió el pronunciamiento que encontró oportuno (...)”.

Respecto de la solicitud del pago provisional de la pensión, para el ad quem es una solicitud inviable, debido a que se encuentra pendiente de resolución el recurso de

casación, lo cual implica que la sentencia del mismo no ha cobrado firmeza y la prestación “sigue en entredicho”. Así mismo, el ad quem, optó por desestimar las afirmaciones de la accionante en relación con sus difíciles circunstancias, exponiendo finalmente que, aunque la demandante tenga 90 años de edad, no encontró “ningún elemento de juicio que demuestre que se encuentra abocada a un perjuicio irremediable por falta de los medios patrimoniales necesarios para su subsistencia digna”.

## II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Con el propósito de clarificar los supuestos de hecho que motivaron la presente acción de tutela y para un mejor proveer en el presente asunto, mediante auto del 15 de agosto de 2018, se requirió:

1.1. A la demandante que informara:

- Con relación a su actividad económica actual:

(i) ¿De qué fuente o fuentes deriva sus ingresos en la actualidad? Señale el monto mensual de sus ingresos.

(ii) Si es dueña de bienes muebles o inmuebles, indique cuál es su valor y de darse el caso, cuál es la renta que pueda derivar de ellos.

(iii) Si tiene personas a cargo, indique quiénes (parentesco) y cuántos.

(iv) Señale la relación de sus gastos mensuales por todo concepto (alimentación, educación, vestuario, salud, recreación, etc.).

- En relación con su estado de salud:

¿Cuál es actualmente su estado de salud? En caso de presentar alguna enfermedad o condición de salud especial, anexar los certificados correspondientes y que sustenten la o las enfermedades que padece o ha padecido.

- En relación con el proceso ordinario que adelanta para la reclamación de su pensión:

(i) ¿En qué estado se encuentra actualmente el proceso y cuál fue la última actuación

adelantada?

(ii) ¿Cuáles son los principales argumentos por los que considera tiene el derecho a la pensión que reclama? Anexe toda la documentación que respalde su respuesta.

La apoderada judicial de la demandante, en respuesta al auto referido, informó lo siguiente:

En relación con la actividad económica actual de la accionante:

(i) La accionante no cuenta con ningún ingreso, debido a que “toda su vida se desempeñó como ama de casa y no cotizó a pensión, y por su grado de escolaridad que no llegó a secundaria no sabe hacer ningún oficio específico, lo anterior se agrava dada la avanzada edad de la antes mencionada”[4].

(ii) No cuenta con renta o inmueble que le genere ingresos. .

(iii) No tiene personas a cargo.

(iv) Requiere mensualmente: para su alimentación \$250.000, para vestuario \$150.000, para salud: \$220.000, y para recreación \$200.000.

– En relación con su estado de salud:

La accionante actualmente “presenta inconvenientes de tipo respiratorio, y problemas para caminar, pues por su avanzada edad ya se hace difícil el desplazamiento, sus huesos son cada vez más débiles. No obstante, sobre este particular, no nos es posible aportar constancias, pues la señora reside en la ciudad de Tuluá y por no tener E.P.S. y estar afiliada al régimen subsidiado la señora pocas veces consulta al médico, pues conocido es por todos que el sistema de salud en Colombia es deficiente, para un paciente es mejor a veces quedarse en casa y esperar si se le pasan las dolencias a tener que enfrentarse a incontables horas de espera para que finalmente no haya solución de fondo frente a los padecimientos de salud presentados”[5] (negrilla fuera del texto).

– En relación con el proceso ordinario:

(i) “Se encuentra pendiente para resolver recurso de queja, entró a despacho desde el 9 de

julio de 2018, a cargo del doctor LUIS GABRIEL MIRANDAS BUELVAS, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL” el cual fue interpuesto por el Ingenio San Carlos. Así mismo, está pendiente el estudio del Recurso de Casación interpuesto por COLPENSIONES. “Lo anterior, da cuenta de la demora excesiva que ha tenido y tendrá que soportar la señora MARIA ESNEDA HERRERA, tal como se expuso en la parte fáctica de la acción constitucional”[6].

(ii) La solicitud de pensión fue motivada en los siguientes hechos:

El cónyuge fallecido de la accionante, Donaldo Victoria, laboró para el Ingenio San Carlos entre el 10 de agosto de 1964 y el 24 de diciembre de 1971 (como consta en certificación adjunta[7]). Para el momento de su fallecimiento, esto es, el 1 de octubre de 1996, contaba con 259 semanas cotizadas correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero de 1967 y el 24 de diciembre de 1971. Sin embargo, el Ingenio San Carlos no reportó cotizaciones entre el 10 de agosto de 1964 y el 31 de diciembre de 1966 bajo el argumento que no existía obligatoriedad respecto de dichas cotizaciones. No obstante, por disposición del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, el empleador estaba obligado a aportar las cuotas partes correspondientes para que el ISS pudiera cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, con anterioridad a la fecha en que iniciaba la obligatoriedad de afiliación al sistema. En ese sentido, la totalidad del tiempo laborado debía convertirse necesariamente en semanas de cotización.

En ese orden de ideas, debe considerarse que el señor Donaldo Victoria reúne más de las 300 semanas exigidas por la ley, para que la accionante, en calidad de cónyuge del causante, cuente con el derecho a la pensión pretendida. Esto teniendo en cuenta el cumplimiento de la aplicación de la condición más beneficiosa para el caso, dado que el afiliado dejó causado su derecho al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. A COLPENSIONES que informara ¿cuáles han sido las razones por las cuales se ha negado hasta el momento el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante?; para lo cual se le solicitó allegar las pruebas que soporten sus afirmaciones y anexar los documentos relacionados con la solicitud de la demandante, incluida la historia laboral del fallecido cónyuge y, de ser pertinente, el cálculo actuarial en relación con el pago de aportes adeudados por la empresa en que laboraba el causante; así como cualquier

otra documentación relacionada con la prestación solicitada. La entidad accionada, en respuesta al auto referido, informó lo siguiente:

El asegurado acredita 259 semanas cotizadas al ISS, hoy COLPENSIONES, las cuales corresponden a cotizaciones efectuadas entre el 01 de enero de 1967 hasta el 24 de diciembre de 1971. Tal densidad de semanas cotizadas no satisface los requisitos exigidos dentro del régimen pensional actual, así como tampoco permite la aplicación de la condición más beneficiosa, que exige acreditar 300 semanas de cotización en cualquier época o 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores a la fecha de fallecimiento del causante, la cual, para el caso, es octubre 01 de 1996.

A su respuesta adjuntó copia de la historia laboral del causante, actualizada a 28 de agosto de 2018.

1.3. Adicionalmente, COLPENSIONES allegó escrito de intervención a la Secretaría de este Tribunal, el 13 de agosto de 2018, mediante el cual manifestó que:

(i) Según lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir, la muerte”. Por lo tanto, “si el empleador en la afiliación no realiza el trámite de convalidación de tiempos servidos, antes de la causación del riesgo de muerte, debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, en aplicación de disposiciones como el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995 y sentencias de esta Sala como la CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211. De esta orientación deben excluirse, eso sí, los casos en los que se ha realizado la afiliación del trabajador y la administradora de pensiones incumple las gestiones de cobro, que han recibido otro tratamiento en la jurisprudencia”. En tal sentido, para COLPENSIONES, en caso de satisfacer los requisitos de la pensión en discusión, esta debería ser pagada por el empleador en aras de prevenir la “nacionalización de una deuda particular”.

(ii) La presente acción de tutela debería declararse improcedente debido a que, para COLPENSIONES, no se supera el test de procedencia presentado a partir de la Sentencia

SU-005 de 2018. Argumenta su afirmación en que esa entidad no encuentra pruebas de que las circunstancias en que se encuentra la accionante impliquen que, la falta de la prestación reclamada, afecte directamente la satisfacción de su mínimo vital. De ser así, la tutelante no hubiera tardado tantos años en exigir el reconocimiento de la pensión al ISS ni en iniciar un proceso judicial; lo que, además, describió como una actitud no diligente por parte de la accionante. Así mismo, considera que debería tenerse en cuenta que no se indican las razones por las cuales no se realizaron más cotizaciones posteriores a 1971; y, finalmente, “con los tiempos actualmente registrados en la historia laboral no se cumplen los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación (...)”.

1.4. A la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que informara el estado actual del recurso de casación promovido por la entidad acusada en el marco de la demanda presentada por la accionante María Esneda Herrera de Victoria contra del Ingenio San Carlos S.A. y COLPENSIONES.

1.5. Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia remitió a la Secretaría de esta Corporación, copia de la providencia del 29 de agosto de 2018, mediante la cual resolvió el recurso de queja interpuesto por el Ingenio San Carlos S.A. dentro del proceso ordinario a que hace referencia esta tutela. En dicho proveído, el juez decidió “DECLARAR bien denegado el recurso extraordinario de casación formulado por el apoderado de la sociedad CARLOS SARMIENTO L. & CIA. INGENIO SAN CARLOS S.A., contra el auto proferido por el Tribunal Superior de Cali el 21 de octubre de 2015”. Decisión que fundamentó en que el interés de la parte demandada para recurrir en casación se determina por el agravio sufrido con la sentencia gravada; esto se traduce en la cuantía de las resoluciones que lo perjudiquen económicamente; por lo tanto, debe considerarse única y exclusivamente aquello en lo que fue condenado expresamente que, para el caso concreto, no supera la cuantía exigida para la anualidad en que se dictó la sentencia.

1.6. A la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, que informara el estado actual del proceso ordinario adelantado por la accionante María Esneda Herrera de Victoria en contra del Ingenio San Carlos S.A. y COLPENSIONES. Así mismo se le solicitó anexar copia del fallo mediante el cual revocó la sentencia de primera instancia dentro del proceso ordinario referido y condenó a las entidades accionadas.

El Tribunal allegó respuesta de manera extemporánea, recibida en esta Corte el 10 de septiembre de 2018, y al efecto anexa CD con la Sentencia de Segunda Instancia proferida por ese Tribunal el 19 de junio de 2015. Así mismo, informó que para la fecha en que se redactó el comunicado, el expediente correspondiente se encontraba en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, surtiéndose los recursos de queja y casación.

1.7. FIDUAGRARIA S.A., en representación de El Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros sociales en Liquidación (P.A.R.I.S.S, allegó comunicado reiterando que “P.A.R.I.S.S. carece de facultad jurídica para pronunciarse sobre los aspectos relacionados con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo por tanto “COLPENSIONES” la entidad actualmente encargada de administrar el mencionado Régimen”; así mismo, recordó que el proceso liquidatorio del ISS en liquidación tuvo lugar el 31 de marzo de 2015, de manera que esta entidad dejó de ser sujeto de derechos y obligaciones.

### III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

#### 1. Competencia

La Corte Constitucional, por conducto de esta Sala de Revisión, es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 2. Procedibilidad de la tutela

##### 2.1. Legitimación por activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Así mismo, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando “el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa”. En la misma norma, se establece que la legitimación por activa para presentar la tutela se acredita: (i) en ejercicio directo de la acción; (ii) por medio de representantes (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial; y (iv)

utilizando la figura jurídica de la agencia oficiosa.

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por María Esneda Herrera de Victoria, quien solicita la protección de sus derechos fundamentales, por medio de apoderado judicial. Por consiguiente, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por activa para el caso sub examine.

## 2.2. Legitimación por pasiva

Siguiendo lo establecido por la ley y la jurisprudencia constitucional, la legitimación por pasiva en la acción de tutela se refiere a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, a efectos de que sea llamada a responder por la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales. En principio, la acción de tutela fue dispuesta y diseñada para los casos de violación o amenaza de los derechos fundamentales de las personas por parte de agentes estatales o de servidores públicos. Dentro de esta comprensión el inciso primero del artículo 86 señala que procede la acción de tutela cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”. En concordancia, el amparo procede en contra de autoridades públicas; y, de manera excepcional, en contra de particulares.

En lo que respecta a COLPENSIONES, entidad contra la cual se dirige la presente acción de tutela por la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado que opera como entidad financiera de carácter especial y se encuentra vinculada al Ministerio de Trabajo. Por lo tanto, se encuentra legitimada en la causa por pasiva dentro del proceso de la referencia en concordancia con los artículos 86 Superior y el 5º del Decreto 2591 de 1991.

## 2.3. Inmediatez

Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de sus derechos fundamentales.

En el caso concreto, se observa que en el año 2012 la accionante inició el proceso laboral ordinario relativo a su solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

En segunda instancia, el 19 de junio de 2015, tanto COLPENSIONES como el Ingenio San Carlos fueron condenados al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, decisión ante la cual ambas entidades presentaron recurso de casación. Este último, fue concedido únicamente a COLPENSIONES mediante auto del 21 de octubre de 2015. Debido a ello, el Ingenio San Carlos interpuso recurso de reposición y, en subsidio, solicitud de copias para acudir en queja ante la Corte Suprema de Justicia la cual fue enviada a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, tal como se corrobora en la consulta de procesos de la Rama Judicial anexa al expediente[8], ante la falta de respuesta a la queja, el 03 de agosto de 2017 la accionante radicó memorial solicitando dar trámite preferencial a la queja. Esta solicitud fue contestada con registro de 15 de agosto de 2017, indicando que cuando se resolviera, se le notificaría en debida forma. La parte accionante insistió en su solicitud de trámite, el 06 de septiembre de 2017, sin que hasta la fecha del escrito de tutela se le hubiera dado respuesta.

Con todo ello se demuestra la constante actividad de la tutelante por resolver su situación en la vía ordinaria, hasta que, el 02 de febrero de 2018, cinco meses después de la última actuación registrada en la cual insistió en el trámite preferencial y, teniendo en cuenta que la presunta vulneración de sus derechos seguía siendo actual, la accionante presentó acción de tutela. Es decir, transcurrieron casi cinco meses en espera de respuesta a esa última actuación antes de presentar la tutela, término que resulta prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos vulnerados con lo que se satisface el requisito de inmediatez, máxime cuando, se reitera, la presunta vulneración de derechos permanece.

#### 2.4. Subsidiariedad

De los fundamentos fácticos del caso concreto se evidencia que el asunto que ocupa a la Sala adquiere una relevancia iusfundamental que activa la competencia del juez de tutela, en tanto lo que se estudia es la posible vulneración, por parte de COLPENSIONES de los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social, de una persona en condición de vulnerabilidad, como consecuencia de la negativa de dicha entidad a reconocerle la pensión solicitada.

En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha señalado que, con fundamento en el principio de subsidiariedad, por regla general la acción de tutela resulta improcedente

para resolver controversias de tipo laboral o pensional, toda vez que dichos asuntos deben ser conocidos por la jurisdicción ordinaria laboral, mediante el ejercicio del medio judicial respectivo pues, prima facie, se trata de hechos originados en un contrato de trabajo[9].

Sin embargo, esta Corporación también ha concluido que la acción de tutela resulta procedente, de manera excepcional, cuando se refiera a la protección de derechos de contenido prestacional tales como las acreencias pensionales, “bien sea como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como medio principal cuando las vías de defensa judicial ordinarias no resultan idóneas ni eficaces para la protección de los derechos fundamentales transgredidos”[10].

De ahí que resulte procedente la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones pensionales, siempre y cuando, como lo señala la Sentencia T-477 de 2017, se cumplan las siguientes reglas:

“(i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario[11]; (ii) procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia[12]. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos[13]”.

Ahora bien, en relación con el requisito de subsidiariedad para casos en los que se pretende el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con aplicación de la condición más beneficiosa; esta Corporación mediante la Sentencia SU-005 de 2018 unificó criterios con los cuales se pasa a analizar la eficacia o ineficacia del proceso laboral ordinario como mecanismo principal para dirimir estos asuntos en casos particulares.

En la referida Sentencia se propuso la aplicación de un Test de Procedencia compuesto por cinco condiciones, a la luz de las cuales, se estudiará la satisfacción del requisito de subsidiariedad en el presente caso; lo cuales son:

(i) Que el/la accionante pertenezca a un grupo de especial protección constitucional o se encuentre en uno o varios supuestos de riesgo como, por ejemplo: analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, ser cabeza de familia o estar en situación de desplazamiento; los cuales pueden resultar relevantes para analizar el carácter subsidiario de la acción de tutela en cada caso.

En el presente caso se tiene que la tutelante es un sujeto de especial protección debido a que es una persona de 90 años[14] y se encuentra en condiciones económicas precarias[15], pues vive de la caridad de sus vecinos. Por lo tanto, cumple con este requisito.

(ii) Que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecte directamente la satisfacción de su mínimo vital, y, por lo tanto, no le permita tener, y preservar en el tiempo, una vida en condiciones dignas.

En el caso de la aquí accionante, ésta no cuenta con un ingreso económico que le permita satisfacer sus necesidades básicas[16], no posee bienes inmuebles y “toda su vida se desempeñó como ama de casa y no cotizó a pensión, y por su grado de escolaridad que no llegó a secundaria no sabe hacer ningún oficio específico”[17]; además, a sus 90 años, sobrevive de la caridad de otras personas[18]. En ese sentido, la carencia de la pensión reclamada afecta su mínimo vital, impidiéndole llevar una vida en condiciones dignas. Por lo tanto, cumple la segunda condición.

(iii) Que el/la accionante dependiera económicamente del/a causante antes del fallecimiento de éste, de manera que la pensión de sobrevivientes le sirva al accionante beneficiario para suplir el ingreso que le aportaba el causante. Con ello se pretende que se cumpla la finalidad de esta pensión. Dicha finalidad, según lo expuesto en la Sentencia C-617 de 2001, y reiterado en las sentencias C-1176 del mismo año y SU-005 de 2018; se puede entender así: “proteger a la familia del trabajador de las contingencias generadas por su muerte”, impidiendo que, “ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento”[19].

En el caso bajo estudio, se tiene que la demandante convivió toda su vida con el causante y dependió económicamente de éste[20]; a ello se suma que el único oficio que ha

desempeñado es el de ama de casa y que tras el fallecimiento de su cónyuge se encuentra en condiciones precarias de subsistencia. Por lo tanto, es posible concluir que, en el caso de la accionante, se cumpliría la finalidad de la pensión de sobrevivientes impidiendo que “ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento”[21] . Por lo tanto, cumple la tercera condición.

(iv) Que la razón por la que el causante no cotizó las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes sin acudir a la aplicación de la condición más beneficiosa esté relacionada con que éste se encontrara en circunstancias en las cuales no le haya sido posible cotizar dichas semanas y no que se haya tratado de una decisión propia y voluntaria de incumplir con tales cotizaciones.

En el caso bajo estudio, se tiene que el afiliado no alcanzó a cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones vigente para el momento de su muerte (versión original de la Ley 100 de 1993); de manera que no podía reclamarse el derecho pensional causado sin tener que acudir a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. No obstante, según el material probatorio, no se evidencia que ésta situación haya obedecido a una decisión propia y voluntaria del afiliado. Por el contrario, si se tiene en cuenta que el causante nació el 28 de septiembre de 1923, ello significa que para el momento en que el legislador cambió las reglas en materia pensional, por las vigentes al momento de su fallecimiento, es decir el 01 de abril de 1994 (entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), el señor tenía 70 años, por lo que exigirle que hubiera continuado cotizando para satisfacer la nueva exigencia de densidad de semanas que se introdujeron en la reforma pensional, resultaría a todas luces desproporcionado.

En el mismo sentido, debe considerarse que para el momento en que se generaron los cambios de los requisitos para el acceso a la prestación, el causante contaba con una expectativa legítima de su derecho pensional y que, en caso de fallecer, sus allegados quedarían cubiertos por esta prestación, dado que para ese momento había cumplido los requisitos para acceder a ese derecho, según la normativa vigente para entonces y que el legislador no previó un régimen de transición. Por lo tanto, cumple la cuarta condición.

(v) Que el accionante haya tenido una actuación diligente en adelantar las solicitudes, bien

sea administrativas o judiciales, para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Lo cual, como lo señala la Sentencia SU-005 de 2018, “puede considerarse una precondition para el ejercicio de la acción de tutela”, en tanto que, la presentación de la tutela requiere que exista una conducta de acción u omisión contra la cual efectuar el juicio de vulneración de derechos. Por lo que, la tutela no sería procedente si no existiera una conducta como una respuesta negativa o una dilación injustificada para responder a la solicitud pensional; conductas frente a las cuales se pueda pasar a juzgar la presunta vulneración.

Ahora bien, COLPENSIONES solicita declarar improcedente la tutela debido a que, a su juicio, no se supera el test de procedencia que introdujo la Sentencia SU-005 de 2018. Al respecto, esta Sala estima pertinente hacer algunas precisiones sobre la manera como se verificaron las condiciones de procedencia planteadas en dicho test. Esto permite dar mayor claridad sobre las razones por las cuales, a diferencia de lo afirmado por COLPENSIONES, en el presente caso se supera dicho requisito. Para ello se analizarán los siguientes aspectos:

(a) Subsistencia en el tiempo sin la pensión. La afectación al mínimo vital no está supeditada exclusivamente a que la persona demuestre que durante el tiempo en que ha estado sin la pensión ha logrado subsistir, pues lo que se busca proteger es la vida en condiciones dignas y no simplemente en cualquier condición, por indigna que sea. Si esto fuese así, se estaría omitiendo el deber constitucional de garantizar el derecho a la dignidad humana. Además, se estaría aceptando que la tutela, en el marco de la reclamación de una pensión de sobrevivientes, sólo procede cuando la persona no tenga ninguna posibilidad de subsistencia, lo que equivaldría a su muerte; situación en la que dicha acción se tornaría inútil para la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas.

En consecuencia, que la accionante haya podido someramente subsistir hasta la fecha, en un estado de dependencia de “la voluntad” o “caridad” de terceros, a sus 90 años, no es argumento para desechar de plano la posibilidad de acceder a su derecho pensional por medio de la acción de tutela, máxime cuando existen indicios suficientes que indican que a ésta le asiste el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes que reclama.

(b) Demora en la reclamación. En concordancia con lo anterior, la demora en exigir el reconocimiento de la pensión no puede considerarse en sí misma como prueba de la inexistencia de la afectación alegada, ni como prueba de una actuación poco diligente; ya que existe una diversidad de circunstancias que pueden explicar el tiempo de inactividad. De hecho, es difícil considerar, en principio, que la principal razón de la tardanza para reclamar una prestación económica como esta, se deba que la persona no necesita la suma correspondiente a la prestación, ello por cuanto, en muchos casos, como el presente, se trata de personas de avanzada edad que desconocen la regulación pensional y que se encuentran en circunstancias difíciles que impiden proveerse por sí mismas su subsistencia. Por lo que la falta de diligencia no puede establecerse como la primera razón para este tipo de demoras, a menos que existan pruebas que así lo demuestren.

En el presente caso se tiene que la supuesta demora en la presentación de la acción de tutela obedeció a la tardanza de los jueces naturales en resolver la demanda ordinaria por ella incoada, aun cuando, el juez de segunda instancia declaró responsables a las entidades demandadas y les ordenó asumir el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. De esta manera, no es de recibo el argumento planteado por COLPENSIONES, por cuanto, la accionante actuó diligentemente y solo hizo uso de la acción de tutela cuando las circunstancias del caso lo ameritaron y con miras a que le fuesen protegidos sus derechos de manera urgente, dada su precaria situación.

c) Falta de claridad en las razones por las que el afiliado no continuó cotizando hasta cumplir con las semanas exigidas en la nueva normativa que regula la prestación. Como ya se expuso, la edad del afiliado causante al momento de entrar el nuevo régimen pensional es razón suficiente para evidenciar que la falta de cotizaciones a que refiere esta condición no obedeció a una decisión voluntaria, sino a circunstancias en las que no resulta exigible que continuara laborando y cotizando la cantidad de semanas que le hacían falta, con miras a satisfacer la nueva normativa.

Finalmente, en casos como el presente, en consideración del estado de vulnerabilidad de la accionante y en virtud de los principios de buena fe y de la carga dinámica de la prueba, no puede imponérsele una carga probatoria desproporcionada a una persona de 90 años, que no llegó a nivel secundario de estudios y que está en una precaria situación económica; por lo que, si la administradora de pensiones conoce que las circunstancias afirmadas por la

accionante son falsas, es su deber demostrarlo.

### 3. Problema jurídico y esquema de solución

Corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar si COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social de María Esneda Herrera de Victoria, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual solicitó a causa del fallecimiento de su cónyuge y que fue negada, porque no contaba con la densidad de semanas requeridas, sin tener en cuenta la cotización de semanas no efectuada por el empleador antes del 1º de enero de 1967, ni el principio de la condición más beneficiosa.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala de Revisión abordará brevemente los siguientes temas: (i) reiteración de jurisprudencia sobre el deber de aprovisionamiento en materia pensional; (ii) la aplicación de la condición más beneficiosa para la pensión de sobrevivientes; y (iii) análisis del caso concreto.

### 4. Deber de aprovisionamiento en materia pensional. Reiteración de jurisprudencia

Según lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el derecho a la Seguridad Social comporta una obligación que se presta, bien sea por particulares o por entidades públicas, bajo la coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En este contexto, tanto el régimen legal como la jurisprudencia de esta Corte ha evolucionado y dotado de contenido las obligaciones constitucionales que tienen los empleadores, públicos y privados, en materia de derechos pensionales, especialmente en lo que tiene que ver con la figura de aprovisionamiento pensional. Al respecto, esta misma Sala, mediante la Sentencia T-207A de 2018, resumió las disposiciones normativas que atañen a esta figura y reiteró algunas reglas jurisprudenciales al respecto.

En dicha providencia, esta misma Sala, estudió dos expedientes acumulados, de los cuales uno trataba el caso de una persona de la tercera edad a quien, según la narración de hechos, COLPENSIONES le negó su solicitud de pensión “dado que tenía un total de 520,58 semanas cotizadas, sin tener en cuenta las 643,1 semanas correspondientes al periodo

laborado para Acerías Paz del Río SA (del 25 de septiembre de 1953 al 6 de junio de 1966), toda vez que la empresa omitió el deber de aprovisionar y aportar los recursos necesarios para la pensión de vejez, en virtud de que -para la época en que el trabajador prestó sus servicios- no estaba obligado a realizar aportes para dicha prestación, por lo que no lo afilió al sistema de seguridad social y nunca hizo los respectivos aportes”.

Entre los ejes temáticos que abordó la Sala en dicho proveído, y que resultan de suma importancia para resolver el presente caso, es el relacionado con el deber de aprovisionamiento en materia pensional, para lo cual presentó un exhaustivo recuento de jurisprudencia constitucional y ordinaria, similar al realizado por la Sala Sexta de Revisión en la Sentencia T-194 de 2017, el cual fue reiterado en la Sentencia T-337 de 2018 por la Sala Octava de Revisión, en los siguientes términos:

(i) La Ley 6ª de 1946 impuso la obligación a: (i) los empleadores que tuvieran un capital de más de un millón de pesos (art. 14); y (ii) las entidades públicas del orden nacional (art. 17), de hacer los aprovisionamientos necesarios para el pago de la pensión de jubilación de los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios[22].

(ii) La Ley 90 de 1946 dispuso que las prestaciones a cargo del empleador seguirían de tal manera, hasta la fecha en que el Seguro Social las asumiera por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Ahora, para que el ISS pudiera asumir el riesgo de vejez, el empleador debía aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Además, las pensiones estarían a cargo del empleador hasta que el ISS conviniera subrogarlas en el pago de estas pensiones eventuales.

(iii) El artículo 33, parágrafo 1, literal c de la Ley 100 de 1993, dispuso que se aplicará -como regla general- para efectos del cómputo de las semanas para tener el derecho a la Pensión de Vejez a cargo de COLPENSIONES, esto es, se tendrá en cuenta el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se hubiera iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Este cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma

correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional[23].

(iv) En relación con la jurisprudencia constitucional, se evidencia una evolución tendente a sostener que existe una obligación de aprovisionar la suma del tiempo laborado en el sector público y privado, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o por falta de cobertura del ISS, específicamente si son requeridas esas cotizaciones para acceder a la prestación pensional, de la siguiente manera:

Inexistencia de obligación de aprovisionar, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o por falta de cobertura del ISS

Existe obligación de aprovisionar la suma de aportes del tiempo laborado en el sector público y privado, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o por falta de cobertura del ISS, específicamente si son requeridas esas cotizaciones para acceder a la prestación pensional

solo para el caso concreto, con base en el principio de equidad y, únicamente, el pago de los aportes faltantes, con el smmlv de la época[24]

obligación legal establecida en la Ley 90 de 1946 de aprovisionar la suma de la totalidad de aportes, con el salario que devengaba

2010

2011

T-719; T-814; T-890

T-712

2012

T-020; T-205

T-549

2013

T-240

T-518; T-770

2014

T-435

T-410[25]; SU-769

2015

T-469; T-543[26];

T-665; T-714

2016

T-722[27]

2017

T-194

2018

T-207A

De lo expuesto se concluye que la omisión del empleador tanto en su deber de aprovisionamiento de los recursos, como en el pago de los aportes al sistema de pensiones, de ninguna manera es oponible al trabajador y a su derecho a obtener el reconocimiento de la pensión. Ello, en razón de que existe un derecho en favor de los trabajadores de exigir el tiempo de servicio y una obligación para los empleadores de reconocerlo y así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, acorde con la posición actual de la Corte Suprema de Justicia[28] y así lo ha reconocido la evolución jurisprudencial constitucional: “a quienes se les había terminado su relación laboral en el sector privado, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, les es aplicable lo establecido en la Ley 90 de 1946 que impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras entraba en vigencia éste”[29].

(v) La Corte Constitucional ha precisado que la interpretación más favorable para la protección del derecho a la seguridad social en pensiones del accionante, consiste en que el trabajador tiene derecho a que se tome en cuenta tiempo trabajado antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y que su empleador tiene la obligación de aprovisionar los cálculos actuariales en la suma correspondiente a su tiempo de servicios, tal como lo ordenaba la Ley 6ª de 1945 (sector público), la Ley 90 de 1946[30] (sector privado) y el Código Sustantivo del Trabajo[31], mas no la Ley 100 de 1993, la cual estableció el mecanismo o medio para cumplir con el deber de aprovisionar.

En suma, frente a las vinculaciones en el sector privado -antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y en aquellas situaciones en las cuales no existía cobertura del ISS o un llamamiento a la afiliación de sus trabajadores-, “la interpretación que se encuentra acorde a la Constitución, es que desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar el aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación”[32], en concordancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores, de suerte que el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional, toda vez que la situación de que el contrato laboral no estuviera vigente al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993[33].

Una posición contraria, en cuanto a desconocer los tiempos laborados en el sector privado antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, bajo el argumento de que la relación laboral se extinguió con anterioridad a la norma, desconocería el deber de aprovisionamiento contenido en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, así como el derecho a la seguridad social (artículo 48 Superior) que se materializa a través del derecho adquirido al reconocimiento de los aportes o de los tiempos laborados y a la efectividad de las cotizaciones de aquellos trabajadores. Por lo tanto, para la Sala existe un claro deber de aprovisionamiento en materia pensional a cargo de las empresas a partir de la Ley 90 de 1946.

Por último, resulta necesario precisar que, al momento de aprovisionar el tiempo de servicio laborado y extinguido antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se deberán aplicar los

siguientes criterios para la solución del caso concreto[34]:

- (i) Se debe acreditar la imposibilidad del peticionario de acceder a la pensión.
- (ii) Se debe realizar el pago de la totalidad de los aportes correspondientes al periodo laborado
- (iii) El IBL será el salario que devengaba al momento de la ejecución de la relación laboral.

#### 4. Aplicación de la condición más beneficiosa para la pensión de sobrevivientes. Reiteración de jurisprudencia

Siguiendo lo dicho por esta Corporación en extensa jurisprudencia, la pensión de sobrevivientes es entendida como “una prestación social, cuya finalidad esencial es la protección de los familiares más cercanos del afiliado o pensionado fallecido, de tal suerte que las personas que dependían económicamente de éste, eviten un cambio sustancial en las condiciones mínimas de subsistencia”.[35] Dicha prestación tiene como antecedentes normativos para el sector privado y público los artículos 275 del Código Sustantivo del Trabajo, 12 de la Ley 171 de 1961, 20 del Decreto 3041 de 1966, 36 del Decreto Ley 3135 de 1968, 1 de la Ley 5ª de 1969, 19 del Decreto 434 de 1971, 15 del Decreto 435 de 1971 y 10 de la Ley 10 de 1972; las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 113 de 1985, así como el artículo 3 y 4 de la Ley 71 de 1988.

Consecuentemente, otros cuerpos normativos regularon la pensión de sobrevivientes: el Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990) y las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, fijando dos modalidades para acceder a esta prestación: (i) la sustitución pensional y (ii) la pensión de sobrevivientes propiamente dicha.

En relación con la figura de la sustitución pensional[36], ésta le corresponde a los beneficiarios de una persona que, al momento de su fallecimiento, tenía la calidad de pensionada. Por su parte, la pensión de sobrevivientes propiamente dicha[37] es un derecho en cabeza de los beneficiarios del causante que, al momento de su muerte, no gozaba de alguna pensión, pero acreditaba un determinado número de semanas cotizadas que dependen del régimen aplicable. Los requisitos exigidos para la pensión de

sobrevivientes propiamente dicha, según cada una de las normas que han regulado esta figura son:

- Art. 25 del Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990): Bajo este régimen se debe acreditar que el asegurado cumplía, al momento de su fallecimiento, los mismos requisitos de semanas cotizadas de la pensión de invalidez (art. 6 del Decreto 758 de 1990), esto es: ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.
- Art. 46 de la Ley 100 de 1993 (Norma original)[38]: Se debe acreditar que el afiliado que se encontraba cotizando al sistema tenía aportes por, al menos, veintiséis (26) semanas al momento de su muerte. O se debe acreditar que el afiliado que había dejado de cotizar al sistema, tenía aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento.
- Art. 12 de la Ley 797 de 2003 (Modificó el art. 46 de la Ley 100 de 1993): Se debe acreditar que el afiliado tenía cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de su fallecimiento. O se debe acreditar que el afiliado tenía el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima antes de su fallecimiento, sin que hubiere tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos

Cabe resaltar que, con “la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 supuso un cambio en materia de seguridad social en el país, no obstante, en sus disposiciones no se contempló un régimen de transición para las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, lo que generó dudas sobre la aplicación normativa para el reconocimiento de estas prestaciones”[39]. Por ello, la Corte Constitucional tuvo que pronunciarse mediante sentencia de unificación[40], y aclarar cómo opera la posibilidad de aplicar de manera ultractiva normas sobre los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en virtud del principio de la condición más beneficiosa que, de acuerdo con la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, “se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida,

dado que con la nueva ley se le desmejora”.[41]

Si bien en dicho proveído se unificó la jurisprudencia en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa de manera ultractiva, ésta solo hizo referencia a los casos en los que el cotizante fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003. Como en el presente caso el causante falleció en el año de 1996, es decir, mucho antes de la entrada en vigencia de la norma en comento, no es de aplicación literal dicho precedente jurisprudencial. No obstante, esta Sala considera importante hacer referencia a él en la medida en que desarrolla los criterios básicos para entender cómo se debe aplicar el principio de la condición beneficiosa.

Así pues, en la sentencia referida la Corte recordó que el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia establece el listado de “principios mínimos fundamentales” del trabajo “(e)stos, no solo deben irradiar la labor legislativa, sino las relaciones entre empleadores, trabajadores, afiliados y Estado. Constituyen un punto de partida básico, que puede ser objeto de un desarrollo mucho más profundo por el Legislador”. Así mismo, indicó que, según el último inciso de este artículo, “(l)a ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. De aquí la Corte ha derivado, interpretativamente, el principio de la condición más beneficiosa en materia laboral y de la seguridad social, una de cuyas aplicaciones materiales más importantes ha sido en materia pensional.

Aunado a lo anterior, la condición más beneficiosa busca proteger las expectativas legítimas de los trabajadores ante transformaciones normativas abruptas que impongan requisitos adicionales y las cuales impidan o limiten en extremo la consolidación de un derecho “frente al cual una persona tiene confianza en su consolidación”. De igual forma, este principio se relaciona con otros principios constitucionales tales como la buena fe (en su expresión de confianza legítima) y la favorabilidad. En cuanto a esta última relación, la Corte Constitucional ha señalado:

“[...] la ‘condición más beneficiosa’ para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no solo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el

trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla”[42] .

Finalmente, el principio referido, en los términos del inciso 1° del artículo 53 de la Constitución, “es vinculante para el Legislador; de allí que exija su configuración mediante la adopción de regímenes de transición. Estos, en relación con la protección del principio, tienen por objeto garantizar la consolidación de las expectativas legítimas que se hubiesen creado antes de un cambio normativo. En caso de que el Legislador omita este deber de configuración, le corresponde al operador jurídico, y, en especial, al juez, en virtud de la eficacia directa de los derechos fundamentales, garantizarlo en casos concretos”[43].

## 5. Análisis del caso concreto

### 5.1. Síntesis del caso

María Esneda Herrera de Victoria es una persona de 90 años. Solicitó la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su esposo Donaldo Victoria, con quien convivió hasta el momento de su muerte y de quien dependió económicamente. Al solicitar dicha prestación, ésta le fue negada bajo el argumento de no cumplir con la densidad de semanas requeridas en el régimen actual; así como tampoco con las semanas suficientes para que se le otorgara dicha prestación a la luz de la aplicación de la condición más beneficiosa. Esto, por cuanto en la historia laboral del afiliado se registraban un total de 259 semanas cotizadas. Sin embargo, el afiliado había laborado para el Ingenio San Carlos S.A., desde el 10 de agosto de 1964 hasta el 24 de diciembre de 1971, por lo que las semanas de cotización que corresponderían al tiempo laborado superarían las 300 semanas requeridas en el marco de la aplicación de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de dicha pensión.

Por lo anterior, la tutelante inició en 2012 un proceso laboral ordinario contra el Ingenio San Carlos S.A. y COLPENSIONES, en procura de lograr el reconocimiento y pago de la prestación. En la primera instancia de dicho proceso, las demandadas fueron absueltas. No obstante, en segunda instancia, mediante fallo del 19 de junio de 2015, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a las demandadas. Ante esta última decisión, ambas entidades presentaron recurso de casación, el cual fue concedido a COLPENSIONES y negado al Ingenio San Carlos S.A. Debido a la negación, el Ingenio presentó recurso de reposición y, en subsidio, de queja, siendo el segundo remitido

a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que para la fecha de presentación de la tutela este se hubiese resuelto.

Teniendo en cuenta que la demandante se encuentra en difíciles circunstancias para satisfacer su mínimo vital, presentó tutela en contra de COLPENSIONES solicitando el reconocimiento y pago transitorio de la pensión reclamada. Así mismo, de manera subsidiaria, solicitó que se le otorgara trámite preferencial al recurso de queja referenciado.

En primera instancia se declaró improcedente la tutela en mención, bajo el argumento según el cual, la accionante debía acudir a la vía ordinaria para dirimir el asunto; así mismo, las instancias consideraron que en el presente caso se estaba ante un hecho superado, puesto que la Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto e indicó que en marzo de 2017 se decidiría la queja. En segunda instancia se confirmó el fallo de primera instancia, con base en los mismos argumentos expuestos por el a quo.

## 5.2. Vulneración de los derechos invocados por la accionante

En el caso concreto, se tiene que Donaldo Victoria, esposo de la tutelante, falleció el 01 de octubre de 1996, estando vigente la Ley 100 de 1993, en la cual se exigían como requisitos para la pensión de sobrevivientes que, si el afiliado se encontraba activo, hubiese cotizado al sistema por lo menos 26 semanas al momento de la muerte o que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiera efectuado aportes durante, por lo menos, 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la muerte. Requisitos que, en principio, no cumplía el cotizante en tanto que no estaba activo y no tenía semanas cotizadas en el año anterior a su fallecimiento.

No obstante, dado que el afiliado cotizó a pensiones con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que la tutelante, como se demostró previamente, superó el test de procedencia propuesto en la Sentencia SU-005 de 2018, constatando las circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentra, la Sala pasará a revisar su caso bajo el marco normativo del Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

En dicha normativa se establecieron como requisitos para acceder a la pensión de

sobrevivientes, haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del fallecimiento o 300 semanas, en cualquier época anterior.

Del material probatorio que reposa en el expediente, se tiene que la historia laboral del señor Donaldo Victoria, actualizada a agosto 28 de 2018, muestra un total de 259 semanas cotizadas, las cuales corresponden al periodo comprendido entre el 01 de enero de 1967 y el 24 de diciembre de 1971, con lo que, en principio, el causante pareciera tampoco cumplir con lo requerido en el Acuerdo 049 de 1990.

No obstante, el Ingenio San Carlos S.A.[44] presenta otra constancia laboral en la que se afirma que el cotizante fallecido laboró para esa empresa desde el 10 de agosto de 1964 hasta el 24 de diciembre de 1971 por lo que las semanas reportadas, en una primera oportunidad, no se corresponden con la totalidad del tiempo laborado. Al respecto, esta Sala reitera que a partir de la Ley 90 de 1946, el empleador estaba en la obligación de aprovisionar los montos correspondientes para cubrir la pensión de sus trabajadores y, por lo tanto, es evidente que el incumplimiento de este deber por parte del Ingenio San Carlos S.A., resultó en la falta de semanas cotizadas en su historia laboral, lo que ha impedido que su esposa acceda a la referida pensión.

Adicionalmente, en una lectura del material probatorio, no se encuentra evidencia que la administradora de pensiones haya adelantado las gestiones de cobro de las semanas adeudadas que permitirían el reconocimiento de la prestación. A esto se suma que, en el proceso laboral ordinario ambas entidades fueron condenadas el 09 de junio de 2015 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali; el Ingenio San Carlos a efectuar los aportes al ISS correspondientes a Donaldo Victoria (Q.E.P.D.) por la totalidad del tiempo laborado para esa empresa; y el ISS, actualmente COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, con base en el Acuerdo 049 de 1990.

De manera tal que el juez natural encontró que la tutelante tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su esposo; y que la demora en el reconocimiento y pago de dicha pensión obedeció a la omisión de estas entidades y no a la negligencia de la accionante. Si bien sobre dicha decisión se interpuso recurso de casación, el cual se encuentra pendiente de ser resuelto por la Corte

Suprema de Justicia; lo expuesto por el ad quem en el proceso ordinario, evidencia la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas de la demandante, llevándola a depender de “sus cercanos y lo que en su voluntad le puedan proveer”, por la conducta omisiva de las entidades condenadas en el proceso ordinario.

Por lo expuesto, esta Sala revocará el fallo proferido el 26 de abril de 2018 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la sentencia del 27 de febrero de 2018 de la Sala de Decisión de Tutelas No. 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; para, en su lugar, amparar de manera transitoria los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas de María Esneda Herrera de Victoria. Ello, por cuanto, en la actualidad se presenta un perjuicio irremediable en cabeza de la demandante y sus condiciones no le permiten esperar a las resultas del litigio ordinario aun vigente, en pro del amparo de sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la igualdad y a la vida en condiciones dignas.

En consecuencia, ordenará:

(i) A COLPENSIONES que, en un término no superior a cinco (5) días contados desde la notificación de esta providencia, reconozca, liquide y pague la pensión de sobrevivientes a favor de María Esneda Herrera de Victoria y la incluya en nómina por las razones expuestas; y

(ii) A la empresa CARLOS SARMIENTO L & CIA INGENIO SAN CARLOS S.A., que, en un término no superior a treinta (30) días contados desde la notificación de esta providencia, realice el cálculo actuarial correspondiente a los aportes para efectos pensionales de María Esneda Herrera de Victoria, en calidad de cónyuge del causante fallecido, en consideración al periodo laborado por Donaldo Victoria (Q.P.D) para esa empresa entre el 10 de agosto de 1964 hasta el 24 de diciembre de 1971, teniendo como IBL el monto del salario que devengaba al momento de la ejecución de la relación laboral y traslade los respectivos aportes a COLPENSIONES; con la advertencia de que si vencido este periodo no se ha cumplido con esta orden, COLPENSIONES deberá iniciar el trámite de desacato de este fallo de tutela, sin perjuicio de la acción de cobro coactivo establecida en el artículo 24 de la Ley

100 de 1993.

#### IV. DECISIÓN

##### RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el fallo proferido el 26 de abril de 2018 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la sentencia del 27 de febrero de 2018 de la Sala de Decisión de Tutelas No. 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; para, en su lugar, AMPARAR de manera transitoria los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas de María Esneda Herrera de Victoria.

SEGUNDO. ORDENAR a COLPENSIONES que, en un término no superior a cinco (5) días contados desde la notificación de esta providencia, reconozca, liquide y pague la pensión de sobrevivientes a favor de María Esneda Herrera de Victoria y la incluya en nómina, de manera transitoria hasta tanto no sea resuelto el recurso de casación interpuesto por COLPENSIONES en el marco del proceso ordinario.

TERCERO. ORDENAR a la empresa accionada CARLOS SARMIENTO L & CIA INGENIO SAN CARLOS S.A. que, en un término no superior a treinta (30) días contados desde la notificación de esta providencia, (i) realice el cálculo actuarial correspondiente a los aportes para efectos pensionales de María Esneda Herrera de Victoria, en calidad de cónyuge del causante fallecido, en consideración al periodo laborado por Donaldo Victoria (Q.E.P.D) para esa empresa entre el 10 de agosto de 1964 hasta el 24 de diciembre de 1971, teniendo como IBL el monto del salario que devengaba al momento de la ejecución de la relación laboral y (ii) traslade los respectivos aportes a COLPENSIONES.

CUARTO. Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Se resalta que la solicitud de la accionante no es dar cumplimiento al reconocimiento definitivo de su pensión otorgado por vía ordinaria, sino que lo solicitado es un reconocimiento transitorio mientras se resuelve de manera definitiva su situación por la vía ordinaria.

[2] Cuaderno 3 Folio 101.

[3] Ibídem.

[4] Cuaderno 1, Folio 32.

[5] Cuaderno 1, Folio 32.

[6] Ibídem.

[7] Cuaderno 1, Folio 38.

[8] Cuaderno 2 Folio 16

[9] Ver Sentencias T-890 de 2011, T-205 de 2012 y T- 477 de 2017

[10] Corte Constitucional. Sentencia T- 477 de 2017. Además, ver las sentencias T-052 de 2008 y T-205 de 2012

[11] Al respecto, la Sentencia T-477 de 2017 cita la Sentencia T-800 de 2012

[12] Al respecto, la Sentencia T-477 de 2017 cita las Sentencias T-436 de 2005 y T-108 de 2007

[13] Al respecto, la Sentencia T-477 de 2017 cita las Sentencias T-789 de 2003, T-456 de 2004 y T-328 de 2011.

[14] Fecha de nacimiento en cédula de ciudadanía. Cuaderno 2 folio 19.

[15] Hechos primero, octavo y décimo de la tutela. Cuaderno 2 folios 1 al 3.

[17] Respuesta a auto de pruebas. Cuaderno 1 folio.

[18] Ibíd. Respuesta a auto de pruebas. Cuaderno 1 folio.

[19] En la Sentencia C-617 de 2001, en la cual se analizó la exequibilidad del apartado final del literal b) del numeral 2) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que regula los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes esta Corte señaló que: “(l)a sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido” (Sentencia T-190 de 1993). Esta idea, entre otras providencias, se ha reiterado de manera reciente en la Sentencia T-245 de 2017.

[20] Esto puede constatarse en los siguientes documentos: (i) respuesta a auto de pruebas. Copia de demanda ordinaria adjunta, en la cual propone los sujetos testimoniales que pueden acreditar la convivencia y dependencia económica entre la demandante y el

causante. (Cuaderno 1 folio); y (ii) en digital, en la respuesta allegada por COLPENSIONES correspondiente a la solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes en reclamación, donde se presentan las declaraciones juramentadas que así lo afirman.

[21] Ver, entre otras, Sentencias C-617 y C-1176 ambas de 2001.

[22] Ley 6ª de 1945. ARTÍCULO 14. “La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:

(...)

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. (...)”.

[23] Ley 100 de 1993, artículo 33, literal e).

[24] Se ordenó al trabajador pagar el 25% del cálculo actuarial.

[25] La Sala de Revisión ordenó nueva providencia.

[26] La Sala de Revisión ordenó nuevo acto administrativo. Se precisa que los casos concretos no aplican al caso sub judice pero en esa ocasión la Sala consideró vulnerado el derecho a la seguridad social del accionante ante la omisión de aportes del empleador.

[27] Esta providencia se basa en lo establecido en la Sentencia SU-769 de 2014.

[28] Al respecto, la posición actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es considerar que la provisión de los recursos por el empleador es una carga que viene desde antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993 y, con fundamento en ello, reconoce el derecho de los trabajadores a computar tiempos de servicios prestados a empresas privadas, aunque no los hubieren afiliado al Seguro Social, sea porque se omitió esa situación o porque en la zona geográfica donde laboró no existía cobertura de la entidad prestadora de la seguridad social.

[29] Cfr. Sentencia T-207A de 2018.

[30] Ley 90 de 1946 (texto original). ARTÍCULO 2º. Serán asegurados por el régimen del seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico.

Sin embargo, los asegurados que tengan sesenta (60) años o más al inscribirse por primera vez en el seguro, no quedarán protegidos contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni habrá lugar a las respectivas cotizaciones.

ARTICULO 72. Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.

(Corte Suprema de Justicia, Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia No. 70 del 9 de septiembre de 1982, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Medina Moyano).

ARTICULO 76. El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley. (Corte Suprema de Justicia, Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la

Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia No. 70 del 9 de septiembre de 1982).

[31] Código Sustantivo del Trabajo. ARTICULO 259.

1. Los [empleadores] o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los [empleadores] cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.

[32] Crf. Sentencia T-784 de 2010.

[33] Crf. Sentencia T-714 de 2015.

[34] Crf. Sentencia T-207A de 2018.

[35] Ver, Sentencias T-456 de 2016 reiterada en la sentencia T-070 de 2017.

[36] En sentencia T-190 de 1993, la Corte Constitucional, definió la sustitución pensional como “un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho”.

[37] Según lo dicho por esta Corporación, mediante la Sentencia C-617 de 2001 (MP Álvaro Tafur Galvis), la pensión de sobrevivientes propiamente dicha como una “nueva prestación de la que no gozaba el causante, sino que se genera en razón de su muerte previo el cumplimiento de unos requisitos que el legislador ha previsto. Se trata, entonces, del cubrimiento de un riesgo con el pago de una prima que lo asegure y no del cambio de titular de una prestación ya causada”.

[38] Según esta Corporación en Sentencia T-346 de 2018 “la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 supuso un cambio en materia de seguridad social en el país, no obstante, en

sus disposiciones no se contempló un régimen de transición para las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, lo que generó dudas sobre la aplicación normativa para el reconocimiento de estas prestaciones”. Previamente, en Sentencia T-294 de 2017 la Sala Sexta de Revisión concluyó que, sobre la aplicación normativa para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes “en virtud del principio de legalidad cada solicitud de pensión debe analizarse bajo el régimen vigente a su radicación. Sin embargo, también es posible evaluar las peticiones a partir de regímenes anteriores”.

[39] en Sentencia T-346 de 2018. También puede consultarse la Sentencia T-294 de 2017 la Sala Sexta de Revisión concluyó que, sobre la aplicación normativa para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes “en virtud del principio de legalidad cada solicitud de pensión debe analizarse bajo el régimen vigente a su radicación. Sin embargo, también es posible evaluar las peticiones a partir de regímenes anteriores

[40] Si bien la Sentencia SU-005 de 2018 unificó la jurisprudencia en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa de manera ultractiva, ésta solo hizo referencia a los casos en los que el causante fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003. Como en el presente caso el accionante falleció en el año de 1996, es decir, mucho antes de la entrada en vigencia de la norma en comento, no es de aplicación literal dicho precedente jurisprudencia. No obstante, si resulta importante en la medida en que desarrolla los criterios básicos para entender cómo se debe aplicar el principio de la condición beneficiosa. Por lo que, en esta oportunidad, se hará mención de dicho proveído.

[41] Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 40662 del 15 de febrero de 2011.

[42] Cfr. Sentencia C-168 de 1995.

[43] Cfr. Sentencia SU-005 de 2018.

[44] Cuaderno 1 Folios 37 al 39.