

Límite De La Aplicación Del Principio De La Condición Más Beneficiosa En El Reconocimiento De La Pensión De Sobreviviente E Invalidez Conforme A La Tesis De Las Altas Cortes

Limit Of The Application Of The Principle Of The Most Beneficial Condition In The Recognition Of The Survivor's Pension And Disability According To The Thesis Of The High Courts

EDITH CECILIA OSPINO VALLE

JEISON JOSÉ MOSCOTE MARTÍNEZ

Resumen: Como es palmario, en el derecho laboral se reconocen varios principios como la favorabilidad, indubio pro operario, estabilidad e irrenunciabilidad de derechos adquiridos entre otros. En ese orden de ideas, se consideró relevante hacer un estudio del principio de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de pensiones de vejez y sobreviviente bajo la óptica e interpretación de las Altas Cortes, para luego determinar si opera un límite temporal del mencionado principio donde se representen los derechos mínimos de los afiliados al sistema general de seguridad social en pensiones y se garantice la estabilidad presupuestal del mismo sistema pensionales.

Palabras clave: Pensiones, principios de favorabilidad, retroactividad de la ley, ley.

Abstract: As is evident, in labor law several principles are recognized such as favorability, indubio pro operario, stability and inalienability of the acquired rights, among others. In this regard, it was considered relevant to conduct a study of the principle of the most beneficial condition for old-age and survivor pensions recognition, from the High Court perspective. In order to determine if it operates a time limit of the mentioned principle, where the minimum rights of affiliates are represented to the General pension and social security system and where the budgetary stability of the system is guaranteed.

Key words: Pensions, favorability principle, retroactivity of the law, law.

INTRODUCCIÓN

Encontramos que el concepto del principio de la condición más beneficiosa, ha sido referenciado doctrinalmente como aquel que: "...adquiere relevancia en las situaciones en las cuales se presenta un tránsito legislativo e implica "la confrontación del régimen laboral que viene aplicándose a cierto trabajador", con el régimen que pretende reemplazarlo total o parcialmente, ya que este solo puede tener eficacia jurídica frente al mismo trabajador en caso de que resulte beneficiado".

En el presente trabajo investigativo se examinará cuándo procede el principio de la condición más beneficiosa, en los temas relacionados con el estudio de las pensiones de sobreviviente e invalidez. En el tema puntual de la pensión de sobrevivientes, se analizará con detenimiento el alcance del principio de la condición más beneficiosa de acuerdo a las interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y de la Corte Constitucional. Además del concepto del principio, se presentarán algunas sentencias en las que las Altas Cortes donde se ha utilizado el mencionado principio, así como el límite que ha determinado la Corte Constitucional en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en medio de una traslación propia y que permite la aplicación de una norma derogada sobre una vigente cuando el beneficiario posee una situación jurídica que debe ser protegida, dado que la nueva ley desmejora su situación.

Luego de un análisis de las diferentes jurisprudencias tanto de la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se puede afirmar que no todas las personas que reclaman el derecho pensional de sobreviviente e invalidez que exponen una situación jurídica concreta les es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, pues se ha dicho que establecer un límite temporal del mencionado principio se fundamenta en la necesidad de garantizar y proteger la cobertura del sistema bajo el amparo de dicho principio.

METODOLOGÍA

La presente investigación es de enfoque cualitativo. El presente trabajo tiene un enfoque cualitativo porque se ha dispuesto fundamentalmente hacer un análisis de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional y la Sala Laboral de La Corte Suprema de Justicia en

cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el reconocimiento de la pensión de sobreviviente e invalidez en Colombia.

Así mismo esta investigación tiene corte básicamente descriptivo, por cuanto se está frente a la interpretación y aplicación de una norma contenida en un principio del derecho laboral colombiano con el propósito de verificar la dinámica que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al tema.

FUENTES DE RECOLECCION DE INFORMACIÓN

Primarias: Como fuente se tendrán los documentos, artículos y publicaciones escritas que permitan la obtención de los objetivos planteados. De ella se resalta la normatividad que hace parte del marco jurídico y el internet que ofrece información al alcance.

Técnicas de recolección de información

Las técnicas de recolección de información que se utilizará en la presente investigación son la observación, análisis bibliográfico, revisión de la jurisprudencia y de marcos normativos.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL (ARTÍCULO 48 CONSTITUCIONAL)

La seguridad social integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, para que las personas mejoren su calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y pro-gramas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las diferentes contingencias, especialmente aquellas que puedan llegar a afectar la salud y/o la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. Se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución de 1991 como un servicio público permanente, razón por la cual el Estado se encuentra obligado a participar en su financiación y en algunos casos en la prestación del mismo, y además como un derecho de carácter fundamental. Esta concepción de instituto jurídico de naturaleza dual, fue expuesta por la sentencia T-690 de 2014 como la organización: “(...) que tiene la condición tanto de derecho fundamental, como de servicio público esencial bajo la dirección, coordinación y control del Estado; surge como un

instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”¹ .

En estos términos se ha concebido como un mecanismo de gran importancia² que humaniza las relaciones sociales y un instrumento esencial para el desarrollo económico y cultural de los pueblos que busca garantizar las prestaciones económicas y de salud no solo a quienes tengan una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema, asegurar la prestación de los servicios sociales complementarios establecidos por la ley, así como comprometerse con la ampliación de cobertura, hasta lograr que toda la población acceda al sistema (principio de progresividad)³. En mérito de lo expuesto, el objeto del Sistema, según el artículo 1º de la Ley 100 de 1993, consiste en “*garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten*”⁴.

Este régimen se encuentra compuesto por el Sistema General de Pensiones, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Riesgos Laborales y los servicios sociales complementarios. A través del Sistema General de Pensiones se busca garantizar y proteger la dignidad humana frente a contingencias de enfermedad, vejez y muerte, con lo cual se protege al trabajador y su núcleo familiar en caso de ocasionarse alguna

¹ Sentencia T-690/14

² Su importancia radica en que “la garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está muy ligada a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el de la dignidad humana, pues a través de este derecho puede afrontarse la lucha contra los índices de pobreza y miseria. De manera especial, con la protección de esta garantía en las hipótesis de invalidez se busca evitar los efectos negativos que emanan de la falta de recursos económicos para cubrir aspectos básicos como la salud y el sostenimiento del hogar, máxime si al interior del mismo se encuentran hijos menores de 18 años, debido a la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñándose en el mercado laboral”: sentencia T-012/14.

³ “El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social”: sentencia C-228/11.

⁴ T-415/17

de las citadas eventualidades. Ello, por medio de prestaciones económicas y asistenciales, como la pensión de invalidez, vejez o de sobrevivientes.

2. EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Dentro de las múltiples contingencias que el Sistema General de Seguridad Social busca proteger, la cobertura pensional, bien sea por invalidez, vejez o de sobrevivientes, según la circunstancia particular de afectación, ocupa un lugar preponderante en las previsiones sociales a los que se ha hecho referencia. Así, conforme a lo dispuesto en el artículo 10° de la Ley 100 de 1993, el objeto del Sistema General de Pensiones es “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”⁵.

Acorde con pronunciamientos anteriores de la Corte Constitucional, se tiene, que entre otras tiene las siguientes características: “i) la obligatoriedad de la afiliación y de los aportes correspondientes; ii) la libertad del trabajador para seleccionar el régimen pensional al cual quiere vincularse; iii) la posibilidad de traslado previo el cumplimiento de ciertos requisitos; y iv) el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, vejez y de sobrevivientes acumulando cotizaciones en la forma dispuesta por el Legislador”⁶.

Se tienen entonces una serie de requisitos que, bien sea en el régimen solidario de prima media con prestación definida o en el régimen de ahorro individual con solidaridad, deben ser acreditados para el reconocimiento y pago de las diferentes prestaciones pensionales. Para obtener estos derechos los interesados deben agotar un trámite meramente administrativo, consistente en elevar una solicitud a la entidad en la que han cotizado y realizado los respectivos aportes pensionales. De manera que en un término que nunca supere los 4 meses deberá responder las solicitudes de reconocimiento pensional en las hipótesis no reguladas expresamente por el legislador. Lo anterior debido a que la Corte Constitucional mediante la sentencia de unificación SU-975 de 2003, aplicando de manera analógica el artículo 19 del

⁵ Artículo 10° de la Ley 100 de 1993

⁶ Sentencia C-415/14

Decreto 656 de 1994, estableció el plazo señalado como un término general y supletivo. Por ende, le corresponderá en primera oportunidad a Colpensiones o a los respectivos fondos, dependiendo del caso, proceder a reconocer o negar las pensiones reclamadas, por lo que los interesados deberán agotar todo el procedimiento administrativo no solo elevando la solicitud, sino cuando sea pertinente interponiendo los recursos legalmente dispuestos para controvertir el contenido de estos actos administrativos.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

El Instituto de Seguros Sociales fue creado a través de la Ley 90 de 1946, cuyo propósito sería gestionar el cubrimiento de los riesgos de enfermedad, invalidez, desempleo, vejez, y muerte del asegurado y enfermedad y maternidad de su familia. En el artículo 45 de esta disposición se de-terminó que en “caso de invalidez el asegurado que haya pagado las cotizaciones previas que el Instituto determine, tendría derecho, mientras dure aquella, a una pensión mensual no inferior a \$15.00. Para los efectos de este seguro, se reputará inválido el afiliado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo y no provocada intencionalmente, haya perdido la capacidad de procurarse, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior, una remuneración equivalente a un tercio, por lo me-nos, de la remuneración habitual que en la misma región recibe un trabajador sano, de fuerzas, formación y ocupación análogas”⁷.

Posteriormente, el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales expidió el Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 de 1966, Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte⁸. En el artículo 6º de esa disposición se dispuso que para acceder a la mentada prestación se requeriría (i) ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 45 de la Ley 90 de 1946 y (ii) tener acreditadas ciento cincuenta semanas de cotización dentro de los seis años anteriores a la invalidez, 75 de las cuales deben corresponder a los últimos tres años.

⁷ Artículo 45 Ley 90 de 1946

⁸ Entrada en vigencia 14 de enero de 1967.

Estas preceptivas fueron modificadas por el Decreto Reglamentario 232 de 1984, en cuyo artículo 5° se preceptuaba que para el reconocimiento de la pensión de invalidez se requería, además de la pérdida de capacidad laboral permanente, determinada conforme lo preceptuado en el artículo 62 del Decreto 433 de 1971⁹, que la persona acreditara 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época. Seguidamente, entró en vigencia el Decreto 758 de 1990, a través del cual se aprobó el Acuerdo Número 049 de 1990. En el artículo 4° de esta norma se determinó que se consideraba invalido quien “por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente o cuyo motivo no haya sido la violación injustificada de los Reglamentos de los Seguros Sociales Obligatorios, hubiera perdido su capacidad laboral en los términos establecidos en el artículo 5 del Reglamento”¹⁰. En el artículo 6° de esta disposición se exigía, para reconocer la pensión de invalidez, que el cotizante contara con 150 semanas cotizadas en los 6 años anteriores a la fecha de estructuración o 300 semanas en cualquier tiempo.

4. LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES, SU DESARROLLO ANTERIOR RESPECTO A LA LEY 100 DE 1993 Y SU REGULACIÓN ACTUAL

La pensión de sobrevivientes es la prestación periódica, inalienable, e imprescriptible que deja un afiliado, que bien puede ser pensionado (por vejez o invalidez) o trabajador activo del Sistema General de Seguridad Social, a sus beneficiarios al fallecer, en el primero de los casos también se conoce como sustitución pensional¹¹. Estos recursos podrán ser recibidos

⁹ “En caso de invalidez de origen no profesional, el asegurado que haya pagado las cotizaciones previas que el Instituto determine, tiene derecho, mientras dura aquella, a una pensión mensual no inferior a la pensión mínima que establece el artículo 55. Para los efectos del seguro de invalidez de origen no profesional, se reputará inválido al asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo y no provocada intencionalmente, haya perdido la capacidad para procurarse, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior, una remuneración equivalente a la mitad, por lo menos, de la remuneración habitual que en la misma región recibe un trabajador sano, de fuerzas, formación y ocupación análogas.”

¹⁰ Artículo 4 Decreto 758 de 1990

¹¹ “Este derecho nace cuando la persona pensionada por vejez o invalidez o el afiliado al sistema fallecen, generando una prestación económica a favor de los miembros del grupo familiar que dependían del causante, con el propósito de enervar las contingencias económicas derivadas de su muerte. Esta pensión de sobrevivientes constituye una garantía para satisfacer el mínimo vital respecto de quienes tenían una relación de dependencia, en desarrollo de los principios de solidaridad y universalidad que rigen el servicio público a la seguridad social, conforme se establece en el artículo 48 de la Constitución Política. Este derecho adquiere el carácter de fundamental cuando sus beneficiarios son sujetos de especial protección constitucional, como lo son los niños, los adolescentes, los ancianos, las personas con disminuciones físicas, síquicas y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza, y por estar directamente relacionado con los derechos al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas” Sentencia T-202/14.

de manera vitalicia o periódica, dependiendo de las características de los beneficiarios a quienes les sea reconocida la pensión.

En suma, se trata de una prestación que vela por mantener las condiciones de vida de un núcleo familiar, que estaba a cargo de un trabajador o pensionado fallecido, las cuales siempre se ven de una u otra manera afectadas, en el ámbito económico y/o moral. Por consiguiente, la pensión de sobrevivientes busca hacer la situación más llevadera y vela por la garantía de importantes derechos fundamentales como la vida, el mínimo vital, la seguridad social y/o la salud, por lo que dependiendo de las circunstancias, concretamente de los beneficiarios, será reconocida de manera temporal o vitalicia, siempre que se verifiquen las condiciones legales para su causación, pero será en uno u otro caso de tanta relevancia que adquiere la connotación de cierta, indiscutible e irrenunciable. En definitiva, “es la prestación que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones reconoce a los miembros del grupo familiar más próximos al pensionado o afiliado que fallece. Su finalidad es la de mantener, por lo menos, las mismas condiciones sociales y económicas que gozaban antes de la muerte del asegurado”¹².

Conviene enfatizar en la distinción entre la pensión de sobrevivientes cuando no se causó una prestación en vida y el beneficiario reclama esta pensión, de su especie, la sustitución pensional, toda vez que esta última atiende a cuando se subroga ante la entidad pagadora quien recibe la mesada. Al respecto en la sentencia C-066 de 2016, se estudió la constitucionalidad de los literales c) y e) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (parcial), sobre la dependencia económica de los beneficiarios de esta pensión y en dicha oportunidad la Corte reiteró la diferenciación entre el género, la pensión de sobrevivientes y la especie, la sustitución pensional¹³.

En lo que tiene que ver con la pensión de sobrevivientes la Ley 100 de 1993 consagró esta prestación en sus artículos 46 a 48. El artículo 46 enunció quiénes tienen derecho a este tipo de prestaciones: “1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez

¹² Sentencia T-072/12.

¹³ Se requiere de un mayor grado de aportes para sortear la “vejez”, un periodo de cotizaciones mínimo antes de ocurrir el hecho generador de la “invalidez”, y finalmente, en el caso de la “muerte”, a diferencia de las anteriores contingencias, pueden presentarse dos hipótesis, la primera consistente en lo que se ha denominado como sustitución o subrogación pensional, caso en el que la misma ya está sufragada en tanto que el causante es pensionado; y la segunda referente a la pensión de sobrevivientes, evento en el que su financiamiento es menos riguroso ya que el afiliado fallecido no consolidó derecho pensional alguno”: sentencia C-066/16.

por riesgo común que fallezca y, 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento”¹⁴. Debe agregarse que al respecto, la sentencia C-1255 de 2001 indicó que no se establecieron requisitos adicionales para la transmisión de una pensión que ya había sido reconocida, toda vez que en esta situación “tiene lugar la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular, y no la generación de una prestación nueva o diferente. En otras palabras, los beneficiarios toman el lugar de su causante y se hacen acreedores de una prestación o derecho adquirido por éste”. Por el contrario, si se trata de un afiliado al sistema a quien no le había sido reconocido el derecho prestacional, la misma providencia indicó que “la pensión de sobrevivientes que se paga a sus familiares es una nueva prestación de la que no gozaba el causante, y 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 generada”¹⁵, por lo que para su reconocimiento se establecieron dos requisitos adicionales.

El artículo 47 de la indicada ley, establece quiénes tendrán derecho a la pensión de manera vitalicia o temporal, y en qué condiciones será percibida por las diferentes posibles categorías de beneficiarios dentro del núcleo familiar (cónyuge, el/la compañera(a) permanente, los hijos menores de 18 años, mayores de 18 años y/o discapacitados, entre otros). Finalmente, el artículo 48 hace referencia al monto de dicha prestación, partiendo de la base de que será el 100% del valor de la pensión siempre y cuando se trate de la sustitución de una pensión, es decir que el miembro del núcleo familiar que falleció haya ostentado la condición de pensionado, caso en el cual “el monto mensual de la pensión total de sobrevivientes será igual al 45 % del ingreso base de liquidación más 2 % de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75 % del ingreso base de liquidación”¹⁶.

¹⁴ Artículo 46 ley 100 de 1993

¹⁵ C-1255 de 2001

¹⁶ artículo 47 ley 100 de 1993

Diez años después se expidió la Ley 797 de 2003 “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”. Los requisitos para acceder a la pensión de invalidez fueron modificados a través del artículo 11, no obstante, este fue declarado inexecutable debido a vicios de procedimiento, situación que dio lugar a la expedición de la Ley 860 de 2003, actualmente vigente. A través de la Ley 860 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993”, se aumentó a 50 el número de semanas que deben cotizarse al Sistema de Seguridad Social y a 3 años el lapso durante el cual deben cotizarse con anterioridad a la fecha de estructuración para las pensiones de invalidez al igual que para las pensiones de sobrevivientes. Ello, a menos que a) la persona tenga menos de 20 años, evento en el cual debe contar con 26 semanas cotizadas en el último año; o b) que la persona cuente con el 75% de las semanas exigidas para acceder a la pensión de vejez, en cuyo caso debe contar con 25 semanas cotizadas en los últimos 3 años.

En últimas, se encuentra demostrado cómo la regulación en materia de pensión de sobrevivientes e invalidez a través de los años ha ido flexibilizando los requisitos de acceso a dichas prestaciones, toda vez que la concepción de la seguridad social presentó un desarrollo que a pesar de empezar como un beneficio asistencial, fue adquiriendo una categoría no únicamente de servicio público de carácter esencial, pues con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, su posterior desarrollo a través la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia de esta corporación, adquirió la connotación de derecho fundamental con el efecto trascendental de proteger a diferentes beneficiarios de un núcleo familiar.

5. EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

El término principio, por su carácter polisémico y polimorfo, tiene múltiples significado y puede adoptar distintas formas, ya como norma genérica, como valor superior, como criterio de interpretación, como máxima jurídica.

En todo caso, *“La discusión acerca del valor de los principios jurídicos entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo se enmarca en algunos de estos campos de uso de este término,*

específicamente, se trata a los principios como fuentes normativas y como máximas que permiten sistematizar y organizar el sistema jurídico”¹⁷.

No obstante, mientras que para los iusnaturalistas los principios son universales, inalienables e in-modificables, para los positivistas se conciben como temporales, modificables y fruto del consenso social; pues unos y otros coinciden en aceptar su importancia para dar coherencia a todo el ordenamiento jurídico, así como para servir de hilo conductor en la hermenéutica de todo el contenido del sistema jurídico que se trate¹⁸.

En el siglo XX, a partir de los procesos de constitucionalización de la Carta de Derechos Humanos, los principios adquirieron reconocimiento normativo. De ahí que en la actualidad tengan presencia en el sistema de Naciones Unidas, en el regional interamericano, en el de países andinos y en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no solo como principios sino también como derechos fundamentales, así como en las constituciones de casi todos los países de América Latina. El principio de progresividad está referenciado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, 1966) – PIDESC– y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Organización de Estados Americanos, 1988), el Protocolo de San Salvador, mencionar solo los dos más importantes. En efecto, la Organización de las Naciones Unidas¹⁹ a través del Preámbulo del PIDESC, reconoce de manera expresa que: “[...] con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”²⁰, con lo

¹⁷ Rojas, 2006, p.125.

¹⁸ Goyes Moreno Isabel, Principio de progresividad en la pensión de invalidez en la Jurisprudencia constitucional colombiana. Universidad de Nariño, 2012. “Este artículo hace referencia a la incidencia del principio de progresividad en la figura jurídica de la pensión de invalidez de origen común, gracias a cuya aplicación, la Corte Constitucional ha garantizado los postulados de igualdad, equidad, vida digna y justicia material consagrados por el constituyente primario. Con fundamento en una revisión jurisprudencial del período comprendido entre el año 2000 y el 2012, se ha establecido el sentido y alcance que la Corporación le ha otorgado a dicho principio. La descripción de las circunstancias fácticas que dieron origen a la acción de amparo constitucional en varios casos, así como las consideraciones jurídicas que sustentaron algunas acciones de inconstitucionalidad, constituyeron las fuentes por excelencia, para corroborar la validez y trascendencia del principio de progresividad en Colombia”.

¹⁹ ONU 1966

²⁰ ONU 1966-1976

cual les otorga a estos derechos el mismo nivel de los derechos de civiles, superando aquella indebida diferenciación entre derechos de primera y segunda generación”.

Estas y otras consideraciones, llevan a los Estados Partes a consagrar en el artículo 2, numeral 1, obligaciones perentorias y progresivas, al expresar que:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Y este es el fundamento del principio de progresividad que debe acompañar a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). En relación con la seguridad social el artículo 9 ordenó: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” (ONU, 1966). Como puede establecerse del texto del Pacto, la seguridad social forma parte de los DESC y estos derechos están amparados y garantizados por la progresividad*²¹.

Los principios de Limburgo (1986) sobre la aplicación del PIDESC fueron contundentes en indicar que “cada uno de los Estados comprometidos con el PIDESC a partir de su entrada en vigencia, 1976, se obligaban de conformidad con el artículo 17, a hacer uso, a nivel nacional, de todos los medios apropiados, tales como medidas legislativas, judiciales, administrativas, económicas, sociales y educativas consistentes en la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir con las obligaciones por ellos aceptadas bajo el Pacto. Cualquier medida regresiva debía estar ampliamente justificada en la conveniencia de la colectividad”. En el continente americano, el protocolo adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, se realizó mediante el Protocolo de San Salvador (1988), el cual se refiere a la relación existente entre los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, afirmando que todos esos derechos “constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia

²¹ Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) artículo 9°

plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”. De esta forma, se ratifica por parte de los países de América, la indivisibilidad de los derechos humanos, cualquiera sea su naturaleza.

La responsabilidad de los Estados frente a los DESC se evidencia con el texto del artículo 1 que ordena:

“[...] adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”²².

Al igual que en el sistema universal a nivel regional también se consagró el principio de progresividad. Por su parte, el artículo 9 se ocupa del tema de la seguridad social en estos términos:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”²³.

El Comité para la supervisión de los derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas, creado en 1985, tiene la misión de recepcionar los informes presentados por los diversos países dos años después de la respectiva ratificación y cada cinco años en adelante, ha precisado que la obligatoriedad de avanzar en los DESC, obliga a evaluar con el mayor rigor, todas aquellas medidas de índole deliberadamente retroactiva, las que sólo se admitirán cuando puedan justificarse plenamente en el ámbito del mejoramiento colectivo

²² OEA, 1988

²³ OEA, 1988

(Observación General núm.3). De conformidad con la normatividad internacional transcrita, los Estados están obligados a avanzar en la implementación y desarrollo de los DESC, en virtud del principio de progresividad que les es inherente, Ahora bien, dado que la seguridad social es uno de los derechos económicos, sociales y culturales más importantes, es evidente que la realización de la pensión de invalidez a favor de quienes, por razones diferentes a los accidentes de trabajo y las enfermedades laborales, han disminuido su capacidad laboral, se convierte en una expresión de justicia social y material.

6. EL PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN

Según lo determinado en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 16, las normas laborales son de orden público, lo que implica, por un lado, que producen un efecto general inmediato y, por otro, que no son retroactivas y, por consiguiente, no afectan situaciones definidas o consumadas en el marco de una ley anterior. En consecuencia, en materia pensional, la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento prestacional. Así, tratándose de la pensión de invalidez la norma aplicable será aquella en vigencia de la cual se determine la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación.²⁴

Con el propósito de proteger las expectativas legítimas de quienes han cotizado en un determinado régimen pensional, ante la modificación de la norma, el legislador ha establecido, por regla general, regímenes de transición, a fin de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados²⁵. No obstante, ese proceder se ha omitido respecto de la pensión de invalidez, argumentando la imposibilidad de prever el acaecimiento de los supuestos facticos que dan lugar al reconocimiento prestacional, como es la pérdida de capacidad laboral. La Corte Constitucional, en procura de evitar el desamparo de las personas declaradas en estado de invalidez, que tengan expectativas legítimas de pensionarse, ha dado aplicación al criterio

²⁴ SU-442 de 2016.

²⁵ C-428 de 2009, citada en la Sentencia T-137 de 2016.

de interpretación de la condición más beneficiosa. Este criterio, fundamentado en el artículo 53 Superior, exige que ante la duda entre la aplicación de una norma vigente y una derogada, se haga uso de aquella que resulte más garantista para el involucrado. De acuerdo con lo sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal principio se aplica: “(i) en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) cuando se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) cuando el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora”²⁶. Presupuestos que concurren en el caso de la pensión de invalidez, debido a que se debe estudiar (i) la procedencia del reconocimiento pensional frente a normas derogadas, cuyo régimen de transición no se ha definido, (ii) se debe cotejar una norma derogada con una norma vigente y, por lo general, (iii) el desarrollo legislativo en materia de pensión de invalidez tiende a ser cada vez más restrictivo.

Así, se busca proteger el principio de confianza legítima y garantizar los derechos de seguridad social que puedan resultar exigibles de acuerdo con situaciones ciertas, por consiguiente, para la aplicación de la condición más beneficiosa es un requisito sine qua non que antes del cambio de legislación, el afiliado haya cumplido con los requisitos de la norma cuya aplicación se pretende, de tal manera que si la contingencia se hubiere presentado antes del cambio normativo, el cotizante hubiera podido acceder a la pensión.

Cabe advertir que entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ha existido una disparidad respecto del margen de acción de la condición más beneficiosa. La Corte Suprema de Justicia ha limitado su aplicación a la norma inmediatamente anterior a la vigente²⁷. La Corte Constitucional, por su parte, ha determinado predominantemente que el principio de la condición más beneficiosa exige tener en cuenta aquella norma en vigencia de la cual se cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, independientemente, primero, de que se trate de la norma inmediatamente anterior o a una que la anteceda con mayor antigüedad y, segundo, de que la estructuración de la invalidez se

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia 40662 del 15 de febrero de 2011, citada en la Sentencia T-681 de 2015.

²⁷ Si bien, por excepción, esta Corporación sostuvo a través de Sentencia 24280 del 5 de julio de 2005, reiterada en la Sentencia 30528 del 5 de febrero de 2008, que la condición más beneficiosa exige aplicar aquella norma en vigencia de la cual se cumplen los requisitos, esta es una posición aislada que no ha tenido incidencia en los lineamientos jurisprudenciales posteriores de esa Corporación.

genere con posterioridad a la derogatoria²⁸. Atendiendo a esta dicotomía y debido a que el criterio de la condición más beneficiosa responde a un principio constitucional, la Corte Constitucional, en su condición de órgano de cierre en la jurisdicción constitucional, recientemente, profirió la Sentencia SU-442 de 2016, a fin de unificar los criterios jurisprudenciales expuestos. En este sentido determinó que:

“Una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Hasta el momento no se han aportado razones de esta naturaleza, por lo cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, se mantiene y es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales (CP. Art. 241).”

Bajo estos lineamientos, procedió a estudiar el caso de una persona de 72 años de edad, quien aportó al Sistema de Seguridad Social en Pensiones 653 Semanas, de las cuales 359 fueron cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 50,21%, con fecha de estructuración 17 de octubre de 2013. Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo el argumento de que no tenía 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración exigidas en la Ley 860 de 2003, ni tampoco 26 semanas en el año anterior a la estructuración, requeridas en el texto original de la Ley 100 de 1993. Siguiendo lo antedicho la Corte determinó que:

“Un fondo administrador de pensiones vulnera el derecho fundamental de una persona a la aplicación de la condición más beneficiosa en materia de seguridad social, cuando le

²⁸ Este lineamiento, fue sentado por la Sentencia T-1058 de 2010, en la cual se ordenó la aplicación del Decreto 758 de 1990, a pesar de que al momento de estructurarse la invalidez se encontraba vigente la Ley 860 de 2003, y reiterado por las diferentes salas de revisión.

niega el reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama por no cumplir con los requisitos previstos en la norma vigente al momento de la estructuración del riesgo (Ley 860 de 2003), ni los contemplados en la normatividad inmediatamente anterior (Ley 100 de 1993 –versión inicial–), pese a haber reunido ampliamente las condiciones consagradas para obtener tal pensión en vigencia de un esquema normativo más antiguo que el inmediatamente anterior (Decreto 758 de 1990)”.

Considerandos bajo los cuales dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, ordenando incluir aquellas mesadas pensionales causadas después de la fecha de estructuración por ser ese el momento en que se causó la invalidez del accionante y adquirió el derecho pensional. Así, si bien por regla general en materia de pensión de invalidez las normas aplicables son aquellas que se encuentran vigentes cuando se estructure la pérdida de capacidad laboral, presupuesto inicial para su reconocimiento, lo cierto es que no pueden desconocerse las expectativas legítimas de quienes cumplieron los requisitos para acceder a las prestaciones de un régimen antes de que fuera derogado. En estos casos, la Corte ha dado lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa, en virtud de la cual, aun en la actualidad, a pesar de que la normatividad vigente es la Ley 860 de 2003, se continúa aplicando el texto original de la Ley 100 de 1993, el Decreto 758 de 1990 e incluso normas más antiguas, como sucede con el Decreto 232 de 1984.

Esta consideración responde a una reiteración jurisprudencial y, por ende, a una regla uniforme sentada por la Corte Constitucional, por consiguiente, no resulta de recibo para una administradora de pensiones no aplicarla, lo contrario implica el desconocimiento directo del precedente jurisprudencial constitucional, a la vez que la vulneración del artículo 13 y 48 de la Constitución, los cuales se pretende garantizar por medio de la pensión de invalidez como se anunció en el primer capítulo de esta providencia.

7. LA IMPOSIBILIDAD DE APLICAR LA LEY 100 DE 1993 DE MANERA RETROSPECTIVA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En lo que respecta a la pensión de sobrevivientes, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha sido enfática en señalar que, para resolver problemas de aplicación de la ley en el tiempo, si bien ha dado uso al principio constitucional de favorabilidad para proceder a implementar la Ley 100 de 1993 de manera ultractiva, no ha permitido la aplicación de la norma posterior de forma retrospectiva en virtud del mismo principio del artículo 53 constitucional. Así, cuando el máximo tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad laboral, ha estudiado casos en que la muerte de un causante ocurrió con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ha considerado que resulta imposible aplicar esta normatividad, toda vez que “(...) la muerte del afiliado o pensionado consolida la situación y por ello resulta aplicable el régimen vigente al momento de la muerte y pretender aplicar una normatividad que no se encontraba vigente al momento de la muerte del causante, implica darle efecto retroactivo a la normatividad, distanciándose de esta forma de la posición asumida por el Consejo de Estado”²⁹.

La Corte Suprema de Justicia en recientes providencias se ha encargado de limitar aún más dicho principio, ya que mediante la sentencia SL2358-2017 consideró que se debería establecer una temporalidad al principio de condición más beneficiosa, limitándolo solamente hasta el año 2006, es decir, 3 años posteriores a la expedición de la Ley 797 de 2003, por lo que en caso de que la fecha de fallecimiento del causante sea posterior al 2006 necesariamente se deberá aplicar el artículo 13 de la ley antes mencionada.

8. LA APLICACIÓN RETROSPECTIVA DE LA LEY 100 DE 1993 PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES DE SOBREVIVIENTES, DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA DE LAS DIFERENTES SALAS DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

No obstante lo anterior, existe en el mismo asunto un precedente uniforme y reiterado de las diferentes Salas de Revisión de Tutela de esta corporación que considera todo lo contrario, es decir, que en virtud del referido principio de favorabilidad es posible darle aplicación retrospectiva a la Ley 100 de 1993 en materia de pensiones cuando el causante, a pesar de

²⁹ Sentencia T-587A/12

haber fallecido con anterioridad de la entrada en vigencia de la norma, ha cotizado por un número considerable de años al sistema de seguridad social (como se verá se ha establecido que se debe tratar de un periodo de más de 15 años) y de las particulares condiciones de los accionantes se deduce que la implementación de la ley preconstitucional de seguridad social en concreto es una carga desproporcionada, que vulnera derechos *iusfundamentales*, tales como la seguridad social, el mínimo vital y la igualdad. Por ello, se procederá a desarrollar la línea jurisprudencial que expone esta postura que materializa el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política. En este sentido, en la sentencia T-891 de 2011 la Sala Tercera de Revisión analizó el caso de una accionante que solicitó ante la entonces la Caja Nacional de Previsión Social- Cajanal E.I.C.E el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a la cual consideraba tener derecho a raíz del fallecimiento su cónyuge, ocurrido en 1986. La solicitud fue negada pues solo se acreditaron 18,5 años de servicio como empleado público y la normatividad aplicable al caso, esto es la Ley 33 de 1985, exigía acreditar 20 años de servicio y haber cumplido 55 años. En dicho caso el Tribunal Administrativo de Caldas consideró que no se encontraba ante una expectativa legítima de derecho, por lo cual las disposiciones de la Ley 100 de 1993 no resultaban aplicables en favor o en contra, pues el evento de la muerte del causante determinaba las normas aplicables para aquellos que pretendieran la sustitución pensional³⁰. Ante tal situación fáctica la Corte Constitucional consideró que resultaba claro que la jurisprudencia entonces vigente del Consejo de Estado permitía la aplicación retrospectiva de la ley en materia de pensiones, basados en criterios de justicia y equidad, por lo que encontró vulnerados los derechos al debido proceso y a la igualdad de la accionante. Por esta razón revocó la sentencia referida y ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la actora, a pesar de que su cónyuge falleció antes de la entrada

³⁰ Para arribar a esta decisión dijo la Corte en esa oportunidad que: "(...) conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la aplicación retrospectiva de la ley, presupone la dicotomía en la aplicación de la ley nueva frente a derechos consolidados versus, meras expectativas, en virtud de la cual, la ley nueva no se aplica frente a derechos adquiridos con ley anterior, pero si (sic) son aplicable a las meras expectativas. Mientras existan expectativas de derecho el legislador puede modificar estas normas, haciéndolas más gravosas, extinguiéndolas o por el contrario haciéndolas más favorables al trabajador. Ahora con respecto al principio de favorabilidad, en la misma jurisprudencia se refiere que, se da bajo la existencia de dos normas vigentes, en virtud de la cual se aplica aquella que sea más favorable al trabajador; o para el evento en que, si es una sola norma la aplicable, que pueda tener diferentes interpretaciones válidas, se aplicará aquella que sea más favorable al trabajador. Así las cosas en el presente caso, debemos descartar que estemos frente a un evento en que se discuta la aplicación más beneficiosa de la ley laboral o favorabilidad, pues no nos encontramos frente a la aplicación más favorable de normas vigentes, la Juez A-quo, aplicó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, como única norma aplicable, pero en virtud del principio de retrospectividad de la ley, ya que la vigente a la fecha de la muerte del causante no le era aplicable, por no reunir los requisitos allí establecidos", Sentencia T-891 de 2011.

en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin haber dejado causada una pensión dándole aplicación retrospectiva. En el mismo sentido, en la sentencia T-072 de 2012 la Sala Quinta de Revisión estudió el caso de una persona que solicitó ante la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E., en aquella época en liquidación, una pensión de sobrevivientes en virtud de que su cónyuge laboró para el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana (Inurbe) sede armenia (Quindío) desde el 19 de agosto de 1973 hasta la fecha de su muerte el 9 de enero de 1992. Sin embargo, dicha pretensión le fue negada por parte de la entidad accionada por considerar que no se cumplía el requisito de 20 años de servicios al Estado, contenido en la legislación vigente para la época del fallecimiento del causante³¹, a pesar de sí cumplir con los requisitos que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 contempla para acceder a la prestación solicitada. Dicha decisión administrativa fue objeto de controversia judicial por parte de la interesada, quien interpuso una acción de tutela que tras ser negada en ambas instancias fue objeto de selección y revisión por parte de este tribunal.

Así las cosas, en dicha oportunidad la Corte Constitucional encontró que resultaba claro que el Consejo de Estado admitía la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993 en materia de pensiones, garantizando con ello el principio de favorabilidad y tutelando el derecho fundamental a la igualdad y en últimas la justicia³². Por todo lo anterior, se revocaron las decisiones de instancia, y reconoció la pensión de sobrevivientes a la accionante al darle aplicación retrospectiva a la Ley 100 de 1993.

De manera idéntica, la Sala Tercera de Revisión a través de la sentencia T-587A de 2012 dio aplicación retrospectiva a la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a pesar de que el causante había fallecido con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma. En esa oportunidad se examinó el caso de una accionante que solicitaba el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes toda vez que su cónyuge

³¹ Ley 33 de 1985, Ley 12 de 1975, Ley 33 de 1973, Ley 71 de 1988 y Decreto 1160 de 1989.

³² La Sala consideró que “la Resolución PAP 045116, proferida por Cajanal es manifiestamente contraria al derecho fundamental al debido proceso. Ello debido al defecto sustantivo en el que incurre al no aplicar el artículo 46 original de la Ley de 1993 a la solicitud pensional presentada por la señora Carvajal Gil, tal y como lo ha reconocido, de forma reiterada el Consejo de Estado (...) Precisamente, en el caso bajo estudio, Cajanal dejó de aplicar el artículo 46 (original) de la Ley 100 de 1993 por considerar que la muerte del señor Gil había consolidado la situación, lo que impedía que se aplicara una norma que entró en vigencia posteriormente. Dicha interpretación resulta irrazonable de acuerdo a la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado que ha admitido la aplicación retrospectiva de las normas pensionales, en razón de los principios de igualdad y favorabilidad constitucionales.”: Sentencia T-072/12

difunto, quien falleció en octubre de 1988, laboró para la Gobernación de Antioquía y otras entidades oficiales por un periodo de 6.572 días, es decir 18 años y 2 días, pero la autoridad territorial señalada negó la petición dado que el difunto no había cumplido con los requisitos exigidos por la Ley 6 de 1945 y la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión, esto es veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos. Posteriormente radicó idéntica solicitud ante el ISS, entidad que nuevamente dio una respuesta adversa a los intereses de la accionante ya que su esposa *“no se encontraba cotizando al ISS al momento del fallecimiento y de las 92,29 semanas cotizadas ante dicha institución ninguna se realizó en los seis años anteriores a la fecha de fallecimiento; igualmente indicó que tampoco posee 300 semanas cotizadas exclusivamente ante el ISS en cualquier tiempo”*. Asimismo, sostuvo que resultaba imposible sumar tiempos públicos no cotizados al ISS con los tiempos efectivamente cotizados a dicha entidad, ya que la ley que permitiría esto era la Ley 71 de 1988, que entró en vigencia con posterioridad a la muerte del causante. Así las cosas, contra estas decisiones la entonces actora interpuso acción de tutela con idénticas pretensiones, la cual fue desestimada en ambas instancias por los jueces de conocimiento. Ante el contexto descrito este tribunal llevó a cabo un análisis comparativo en el que encontró que, de un lado, en reconocimiento del principio de favorabilidad, y por razones de justicia y equidad que informan el régimen laboral y de seguridad social en Colombia, el Consejo de Estado había dado, en reiteradas oportunidades, aplicación retrospectiva a la Ley 100 de 1993 en materia de pensión de sobrevivientes. Por el contrario, encontró que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, no ha permitido ni compartido la posición del máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de aplicar la norma posterior de forma retrospectiva en virtud del mismo principio de favorabilidad. Sin desconocer el texto claro de las normas legales, deberá optarse en tales situaciones por la posición que más se adapte a la norma superior y garantice la tutela efectiva de los derechos fundamentales de la accionante, por lo que dándole aplicación al artículo 53 constitucional y el principio de favorabilidad que este consagra, debería en estos casos optarse por la interpretación que efectivamente da aplicación retrospectiva a la Ley 100 de 1993³³.

³³ “(...) la interpretación acogida por el Consejo de Estado resulta ser la que más se ajusta al principio constitucional de favorabilidad, en la medida en que permite aplicar retrospectivamente la Ley 100 de 1993 para determinar si se debe o no reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante. En efecto, del recuento normativo realizado en los numerales 19 y 20 de esta providencia, se puede concluir que el régimen establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 resulta más favorable en la medida en que flexibiliza los

De manera casi simultánea en la sentencia T-515 de 2012³⁴ la Sala Primera de Revisión estudió el caso de una madre que solicitó al ISS el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a la que consideraba tener derecho, dado que su hija cotizó de manera independiente al Sistema General de Pensiones un total de 902 semanas, antes de su fallecimiento el 9 de mayo de 1988. La anterior petición que fue rechazada por la entidad al estimar que no existían, a la fecha de la muerte de la causante normas que otorgaran el derecho a disfrutar de la pensión de sobrevivientes en favor de los padres, e igualmente que la ley aplicable para efectos del reconocimiento pensional es la que se encontraba vigente a la muerte del causante y no una posterior. Esta decisión fue cuestionada mediante la acción de tutela, pero negada en ambas instancias, por lo que en sede de revisión esta Corte concluyó que en el asunto existía una vulneración iusfundamental, concretamente de su derecho a la igualdad³⁵, por lo que nuevamente dio aplicación retrospectiva a la Ley 100 de 1993 y concedió la pensión de sobrevivientes solicitada. Posteriormente, la Sala Octava de Revisión profirió la sentencia T-564 de 2015, en donde detalló el caso de una accionante que solicitaba el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que pudo haber causado su cónyuge difunto, quien laboró para para el Departamento del Tolima desde octubre de 1970, hasta la fecha de su muerte el 2 de marzo de 1988 (17,37 años o 894,6 semanas). Sin embargo, al

requisitos que deben acreditarse a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. De hecho, el mencionado artículo de la Ley 100 de 1993 estableció que se deben cumplir los siguientes requisitos a efectos de obtener el reconocimiento de la prestación (...) Estos requisitos son a simple vista menos exigentes que los contemplados en el artículo 20 del Decreto 3041 de 1966, según el cual para acceder a la pensión de sobrevivientes se deben acreditar las mismas condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que las exigidas para acceder a la pensión de invalidez, esto es contar con ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años. Así mismo resulta más beneficioso aplicar la Ley 100 de 1993 en lugar de lo establecido en la Ley 6 de 1945 y Ley 33 de 1985, pues en estos casos debe cumplirse con el número de años establecido para acceder a la pensión de vejez, esto es 20 años de servicios continuos o discontinuos con el Estado” Sentencia T-587A/12.

³⁴La sentencia T-515/12 fue promulgada el 06 de julio de dicha anualidad, mientras que la T-587A/12 está fechada el día 26 de julio del mismo año.

³⁵“(…) actualmente la Ley 100 de 1993 prevé el acceso al derecho a la pensión de los padres del causante (en ausencia de descendientes y cónyuge), cuando éste último hubiere cotizado 25 semanas durante el año previo a su fallecimiento. La hija de la peticionaria, sin embargo, falleció antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y, sin embargo, había cotizado 902 semanas al régimen de prima media (esto es, unas 36 veces más del mínimo exigido por la actual regulación para el acceso al derecho). Por ese motivo, la peticionaria no tiene acceso al derecho, en un escenario en el que personas más jóvenes y cuyos causantes no asumieron una carga semejante, tienen acceso a la prestación por ella requerida. (...) En conclusión, el ISS vulneró los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de María Elena Rodríguez de Pardo, cuando en vigencia de la Constitución Política de 1991 y un régimen pensional que protege a los ascendientes del riesgo de la muerte de sus hijos (Ley 100 de 1993), le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes argumentando que en la época que falleció su hija dicha prestación no se otorgaba a los padres, a pesar de que (i) cumplía los requisitos para el reconocimiento pensional dispuestos en la Ley 100 de 1993, que debían aplicarse para enervar una situación de desigualdad de hecho; (ii) se trata de una persona de la tercera edad al deceso de su hija, en una muy precaria situación económica, con un delicado estado de salud, y sin recursos o fuentes alternativas de subsistencia”, Sentencia T-515 de 2012.

igual que en todos los fallos hasta aquí analizados la pretensión fue negada toda vez que consideró la entidad accionada, al igual que los jueces de instancia, que no existía norma legal que contemplara la posibilidad de reconocer el derecho que ella reclamaba, ya que éste fue introducido al ordenamiento jurídico colombiano en 1993 con la Ley 100 de esa anualidad, por lo que con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, lo único que podía llevarse a cabo era sustituir una pensión que ya había sido reconocida, pero jamás un derecho que no había sido consolidado. A pesar de ello, la Corte Constitucional consideró que:

“(…) resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable admitir que el núcleo familiar de un afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, que realizó sus cotizaciones durante una cantidad considerablemente elevada de años, se vea imposibilitado para acceder al reconocimiento de una prestación básica que, como se indicó con anterioridad, se encuentra íntimamente relacionada con la dignidad humana y se constituye en uno de los ejemplos por excelencia de la función y naturaleza del derecho a la seguridad social. Ello, en cuanto el único elemento que permite diferenciar entre la situación jurídica de quienes desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 pueden llegar a beneficiar a sus familiares con una pensión de sobrevivientes (tras la acreditación de tan solo 50 semanas en los 3 años anteriores a su fallecimiento) y quienes se encuentran en las condiciones objeto de estudio en la presente providencia, es precisamente el momento en que ocurrió o se causó la fatalidad. Elemento que no debería tener injerencia alguna en la constitución de un derecho de esta envergadura y trascendencia”.

Por lo anterior, estableció una serie de subreglas que de encontrarse acreditadas darán lugar a la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993 para suplir el vacío normativo que existe en lo que respecta a la pensión de sobrevivientes, y con base en tales consideraciones le ordenó a la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima el reconocimiento y pago de la prestación solicitada por la accionante. Las subreglas mencionadas, consisten en valorar *“los eventos en los cuales (i) el afiliado falleció, habiendo cotizado una elevada cantidad de años al sistema (como los que ha tratado hasta ahora la jurisprudencia), (ii) sin que haya configurado derecho pensional alguno que le sea posible sustituir y (iii) sin que al momento de su muerte haya estado vigente la figura de la pensión*

de sobrevivientes³⁶”. Caso en el cual resultará imperativo “(...) concluir que su situación jurídica no se ha consolidado jurídicamente y, por ello, resulta admisible la aplicación retrospectiva del ordenamiento jurídico actual en lo relacionado con la figura de la pensión de sobrevivientes. Ello, como producto del (1) anormal vacío regulatorio que existía en relación con una institución que permitiera mitigar los efectos del acaecimiento de esta especial contingencia; (2) el desproporcionado e irrazonable estado de desprotección en el que, como producto de dicho vacío, se encuentran inmersos; y (3) la ausencia de resolución definitiva del conflicto³⁷”.

Finalmente, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas de esta Corte analizó el caso de una accionante que le solicitaba a la Policía Nacional el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, amparada en que su cónyuge difunto laboró para dicha entidad desde el 16 de septiembre de 1985 hasta el 9 de noviembre de 1988, fecha de su fallecimiento producto de una emboscada del grupo guerrillero FARC. Sin embargo, la entidad negó sus pretensiones por considerar que el difunto miembro de la Fuerza Pública no cumplía con los requisitos del Decreto 2063 de 1984 procedente para reconocer la prestación solicitada. Ante la anterior negativa decidió acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo donde solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su esposo en cumplimiento del servicio, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 o en su defecto en el Decreto 97 de 1989, pidiendo expresamente la aplicación retrospectiva de estas normas. No obstante, lo anterior su pretensión fue negada en ambas instancias en atención al postulado de la irretroactividad de las normas laborales. Así las cosas, la Corte Constitucional en el estudio del caso descrito profirió la sentencia T-116 de 2016, en la que a pesar de no darle aplicación retrospectiva a la Ley 100 de 1993, toda vez que el difunto laboró para el órgano estatal por tan solo 4 años, y encontró que la negativa del reconocimiento pensional no generaba una afectación actual en los derechos fundamentales de la actora, sí analizó con mucha atención algunos de los casos en que la Corte si había dado aplicación retrospectiva a esta normatividad³⁸, por lo que estableció una

³⁶ T-564/15.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ T-891/11, T-072/12, T-587/12 y T-564/15.

regla a tener en cuenta cuando se pretenda darle a esta norma una aplicación en el tiempo diferente a la ordinaria, basada en los elementos comunes a todos ellos, que consiste en determinar caso por caso si la carga de aplicar la ley preconstitucional de seguridad social constituye una carga desproporcionada, para lo cual deberá analizarse si los trabajadores que no alcanzaron a cumplir con los requisitos para la obtención de una pensión de vejez prestaron sus servicios al Estado por más de 15 años, caso en el cual, deberá darse la aplicación retrospectiva a la Ley 100 de 1993 para superar las situaciones de graves afectaciones a derechos de carácter fundamental³⁹.

CONCLUSIONES

Luego de analizadas las posturas de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y la Corte Constitucional en cuanto al tema de investigación propuesto, consideramos que se debe dar aplicación integral a la tesis de la Corte Constitucional por las razones que se mencionaran a continuación:

En cuanto a que se debe limitar en el tiempo el principio de condición más beneficiosa, la tesis de la Corte Suprema de Justicia, ya que los principios no pueden estar limitados en el tiempo y están llamados a irradiar todo el ordenamiento jurídico a lo largo del tiempo, limitarlos temporalmente le suprimiría la condición de principio a la condición más beneficiosa. En relación a que solamente se debe aplicar la norma inmediatamente anterior, aceptar tal postura va en contravía con la protección a los derechos del trabajador o afiliado, ya que este al haber logrado causar su derecho a la luz de determinada disposición legislativa, no puede verse afectado negativamente por los cambios legales posteriores y el operador judicial le debe proteger los derechos a la seguridad social y vida digna de cada uno de los ciudadanos.

³⁹ Concretamente señaló la Corte en esa oportunidad que: “En ese sentido, esta Corporación evidencia que los casos resueltos por este Tribunal en las Sentencias T-891 de 2011, T-072 de 2012, T-587A de 2012 y T-564 de 2015, los supuestos fácticos en los que se basaban las solicitudes de amparo daban cuenta de personas que pedían el reconocimiento de una prestación pensional con base en que sus parientes fallecidos habían laborado por más de 15 años para una entidad, con lo cual el pago de una indemnización sustitutiva u otra contraprestación no periódica resultaba altamente lesivo para sus prerrogativas fundamentales, puesto que bajo otros regímenes pensionales de trabajadores del Estado vigentes para la época era posible obtener la pensión de vejez después de 15 años de servicio y sustituirla en caso de muerte del afiliado (...) En síntesis, del anterior recuento jurisprudencial esta Corporación concluye que le corresponde al operador jurídico verificar en cada caso (i) si la aplicación de la ley preconstitucional de seguridad social en concreto es una carga desproporcionada, y de ser así, (ii) proceder a implicarla o flexibilizar su interpretación con el fin de superar situaciones de graves afectaciones de derechos fundamentales, como ocurre con las solicitudes de sustituciones pensionales de cónyuges de trabajadores que prestaron sus servicios al Estado por más de 15 años”, Sentencia T-116 de 2016.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFIA

1. Goyes Moreno Isabel, Hidalgo Oviedo Mónica. ¿Los principios del derecho laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia?
2. Jaramillo Campo Kamila. “Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobreviviente”.
3. *Goyes Moreno Isabel, Principio de progresividad en la pensión de invalidez en la Jurisprudencia constitucional colombiana. Universidad de Nariño, 2012.*
4. Neita Rodríguez Diana Katherine, Pardo Ramos Daniel Mauricio, Sánchez Sarmiento Paula Andrea y Varon Collazos Lizeth Paola. Principios de normas más favorables, condición más beneficiosa e indubio pro operario. Universidad Externado de Colombia, 2015.
5. Barona Betancourt Ricardo, Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. Junio de 2010.
6. Sentencia de Tutela [STC7217-2017](#), 24 de Mayo de 2017. M.P. Tolosa Villabona Luis Armando.
7. Sentencia de inconstitucionalidad C-177/2005. M.P. Cepeda Espinosa Manuel José.
8. Sentencia de Tutela T-190 de 2015. M.P. Guerrero Ferrer Luis Guillermo Principio de la Condición más Beneficiosa en materia pensional.
9. Sentencia T-084 de 2017, 13 de febrero de 2017. M.P. Linares Cantillo Alejandro Aplicación del principio de la condición más beneficiosa a la pensión de sobrevivientes.
10. Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 20 de abril de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
11. Corte Constitucional, Sentencia C-596 de 20 de noviembre de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
12. Corte Constitucional, Sentencia T-1044 de 24 de septiembre de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

13. Corte Constitucional, Sentencia T-169 de 27 de febrero de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.
14. Corte Constitucional, Sentencia T-1065 de 7 de diciembre de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
15. Corte Suprema de Justicia (2002). Sala Laboral, sentencia de 6 de marzo de 2002, ref.: exp. 17245 M.P. Isaura Vargas Díaz.
16. Corte Suprema de Justicia (2005). Sala Laboral, sentencia de 5 de julio de 2005, ref.: exp. 24.280, M.P. Camilo Tarquino Gallego.
17. Corte Suprema de Justicia (2008). Sala Laboral, sentencia de 21 de agosto de 2008, ref.: exp. 33760. M.P. Luis Javier Osorio López.
18. Corte Suprema de Justicia (2010). Sala Laboral, sentencia del 25 de mayo de 2010, ref.: 37839, M.P. Eduardo López Villegas.
19. Corte Suprema de Justicia (2011). Sala Laboral, sentencia del 17 de agosto de 2011, ref.: 42090, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.
20. Corte Suprema de Justicia (2013). Sala Laboral, sentencia de 4 de diciembre de 2013, ref.: 44753 M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

21. Corte Suprema de Justicia (2017) Sala Laboral, sentencia de Casación SL4650-2017 del 25 de enero de 2017. M.P. Castillo Cadena Fernando, Botero Zuluaga Gerardo.
Página web:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html.