

| | | | | |
|---|---|---------------------|-------------------|----------|
|  | UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA | | | |
| | Documento | Código | Fecha | Revisión |
| | FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO | F-AC-DBL-007 | 10-04-2012 | A |
| Dependencia | Aprobado | | Pág. | |
| DIVISIÓN DE BIBLIOTECA | SUBDIRECTOR ACADEMICO | | i(33) | |

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

| | | | |
|---|--|----------------|---------|
| AUTORES | CARLOS FABIAN GIL GASCA GABRIEL ESTEBAN LEMUS SOLANO | | |
| FACULTAD | FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES | | |
| PLAN DE ESTUDIOS | DERECHO | | |
| DIRECTOR | CINDY CAMILA FLOREZ PICON | | |
| TÍTULO DE LA TESIS | PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES | | |
| RESUMEN (70 palabras aproximadamente) | | | |
| <p>ESTE TRABAJO TUVO COMO FIN IDENTIFICAR EN QUE SUPUESTOS ES LA ACCIÓN DE TUTELA PROCEDENTE EN LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES, PARA ELLO SE LOGRARON IDENTIFICAR SI ES LA ACCIÓN DE TUTELA SUBSIDIARIA EN ESE CASO ESPECÍFICO Y COMO OPERA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PARA ELLO LA CORTE DETERMINÓ QUE, SI SE PUEDE APLICAR EL PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA, PERO EN ATENCIONES PARTICULARES DEL ACCIONANTE, ES DECIR SI ESTAMOS FRENTE A PERSONAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA.</p> | | | |
| CARACTERÍSTICAS | | | |
| PÁGINAS: 33 | PLANOS: | ILUSTRACIONES: | CD-ROM: |



**PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE
PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL RECONOCIMIENTO
DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES**

AUTORES

**CARLOS FABIÁN GIL GASCA
GABRIEL ESTEBAN LEMUS SOLANO**

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar el título de Abogado

Directora:

**CINDY CAMILA FLÓREZ PICÓN
Especialista**

**UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA
FACULTAD DE EDUCACION, ARTES Y HUMANIDADES
DERECHO**

Ocaña, Colombia

Abril, 2020

Dedicatoria

Dedicamos este trabajo a nuestra familia, quienes han sido un apoyo incondicional para lograr cumplir nuestras metas y crecimiento personal.

A Dios por regalarnos la sabiduría y tranquilidad necesaria para alcanzar la próxima meta que esta por culminar.

Agradecimientos

Los autores del proyecto agradecen:

A Dios por regarlos la sabiduría necesaria y las facultades para culminar con éxito la carrera del programa de derecho.

A la directora de nuestro proyecto, la especialista CINDY CAMILA FLÓREZ PICÓN, quien con sus conocimientos, experiencia y apoyo hizo posible la realización de este proyecto.

Índice

| | |
|--|-------------|
| Dedicatoria | v |
| Agradecimientos | vi |
| Índice | vii |
| Lista de Tablas..... | viii |
| Introducción..... | ix |
| Capítulo 1. Principio de subsidiariedad en la acción de tutela en relación al principio de proporcionalidad..... | 1 |
| 1.1 Análisis del artículo 48 y el artículo 86 de la C.P..... | 1 |
| 1.2 Estudio del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad en la acción de tutela | 3 |
| 1.3. Requisito de inmediatez para el reconocimiento del derecho pensional de sobreviviente | 7 |
| 1.4. Protección especial a los beneficiarios | 9 |
| Capítulo 2. Procedencia excepcional del principio de la condición más beneficiosa en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobreviviente..... | 11 |
| 2.1 Ámbito de aplicación del principio de la condición beneficiosa en concordancia con el artículo 53 de la CP | 11 |
| 2.2 Análisis del acuerdo 049 de 1990 en razón a los requisitos de las semanas de cotización para la pensión de sobrevivientes cuando un afiliado fallece en vigencia de la ley 797 de 2003 | 14 |
| 2.3. Creación, cuando opera, ¿Por qué? Y mediante qué requisitos..... | 16 |
| Capítulo 3. Casos excepcionales al reconocimiento a la pensión de sobreviviente | 18 |
| 3.1. Naturaleza y finalidad..... | 18 |
| 3.2. Carácter prestacional y fundamental de la pensión de sobreviviente | 18 |
| Capítulo 4. Conclusiones..... | 20 |
| Referencias | 22 |

Lista de Tablas

| | |
|----------------------|----------|
| Tabla 1 | 5 |
|----------------------|----------|

Introducción

El área de conocimiento que se pretende estudiar pertenece al derecho privado específicamente al derecho laboral y la seguridad social, en el presente trabajo monográfico se utilizó una metodología hermenéutica con un enfoque documental donde se logró identificar y analizar la ley y la jurisprudencia acerca de los derechos que asisten a los beneficiarios en la pensión de sobrevivientes, y la cual tiene como función regular todas las relaciones que se crean a partir del trabajo humano y las cotizaciones que se realizan al sistema de seguridad social mediante cualquier vínculo contractual que se ejecute.

Este trabajo resulta pertinente, debido a que permite visualizar la problemática jurídica que se presenta en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y de la evasión que se muestra al momento de hacer efectiva la obligación en lo correspondiente a su reconocimiento, en la mayoría de los casos por alegar incumplimientos a los requisitos de cotización del causante que puede resultar en un acto de discriminación, violatorio de derechos y libertades. Por otra parte, la Corte Constitucional ha resaltado la importancia de hacer efectiva la protección de los derechos pensionales en Colombia, reconociendo significativamente una cantidad de derechos que generen un respeto por la protección de la dignidad humana.

De igual forma, esta investigación busca realizar un análisis del principio de subsidiaridad y como se aplica en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, dado que en reiteradas ocasiones las cortes se han pronunciado, unas defendiendo la flexibilidad al criterio de subsidiaridad y otras dando una aplicación estricta, es por esta razón que se hará un análisis concreto acerca de la eficacia y aplicabilidad del principio en la pensión de sobrevivientes.

De igual manera se desarrollará el principio de la condición más beneficiosa el cual se encuentra regulado por el artículo 53 de la Constitución Política y que plantea que en caso de

duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho sería este principio el que busque proteger a los sujetos que cumplieron con el número de cotizaciones exigidas en un determinado régimen pensional y que por el cambio de normativa no logran que les sea reconocida un derecho pensional, el análisis del artículo antes mencionado tiene conexidad en este trabajo monográfico con el artículo 86 de la C.P el cual desarrolla el mecanismo efectivo de la acción de tutela para la reclamación efectiva y la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

Así mismo se desarrollará el principio de proporcionalidad, que tiene como objeto unificar los principios antes mencionados, y generar un razonamiento lógico acerca de la ponderación del derecho primordial, lo que quiere decir que si es la acción de tutela un mecanismo eficaz para adquirir el derecho a la pensión de sobreviviente. Lo cual genera un propósito fundamental y es que en esta investigación se analicen si la interpretación de los principios antes enunciados deben cumplir una función de estructuración del procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resultan vinculantes a los operadores judiciales y para la fundamentación de dichos contenidos en las decisiones de control constitucional de las leyes y específicamente como se hará efectiva en la pensión de sobreviviente; es por esta razón que en el presente trabajo monográfico plantea el problema jurídico determinando en qué supuestos es la acción de tutela subsidiaria y por tanto procedente ante la posible ineficacia del medio judicial ordinario para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en atención a las circunstancias particulares del accionante, todo lo anterior teniendo en cuenta que existe un medio ordinario que regula el procedimiento específico.

Capítulo 1. Principio de subsidiariedad en la acción de tutela en relación al principio de proporcionalidad

1.1 Análisis del artículo 48 y el artículo 86 de la C.P

En el desarrollo del mandato constitucional del artículo 48 se logró hacer efectiva y se vivificó la ley 100 de 1993, como sistema de seguridad social integral y, sin duda, originó diversidad de conflictos jurídicos en sus propósitos y prácticas. Como un claro ejemplo y al caso que nos acontece los conflictos generados entre los afiliados a cada uno de los regímenes y las entidades que los administran. Es necesario y de vital importancia hacer alusión al sistema de seguridad social en Colombia y sus fundamentos constitucionales y legales para ello se hará un análisis del artículo 48 superior.

El artículo nos muestra que es un derecho fundamental el estar sujeto a la seguridad social y para ello el estado es el garante de que se haga efectivo y se lleve una materialización adecuada de la misma, dentro del artículo abre la posibilidad a las entidades privadas de prestar este servicio, que es eminentemente público, lo que quiere decir que es para todos los habitantes del territorio nacional, es por tal motivo que se habla de un carácter irrenunciable. Pero hasta donde podemos hablar de que el derecho a seguridad social integral sea un derecho fundamental?

Sin duda alguna el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental ya que cuenta con todos los presupuestos de un derecho fundamental, entre ellos su carácter irrenunciable, igualmente los tratados internacionales lo catalogan como tal y por último y no menos importante que su servicio es público lo que nos hace inferir que está en concordancia con un principio fundamental como lo es la universalidad. Pero ahora bien, no debemos confundirlo que este debe realizarse o hacerse efectivo a través de la tutela, ya que para que se aplique con estos supuestos debe adquirir los rasgos de un derecho subjetivo, o a falta de un medio judicial ordinario eficaz se vulneren el derecho y acceso a la pensión de sobreviviente.

Es por esta razón que ante la importancia que adquiere este derecho, se hace necesario hacer un estudio detallado sobre la actual situación en la que se encuentran los beneficiarios de la pensión en Colombia, y como se busca brindar una mayor protección a quienes por diversas razones no dan pleno cumplimiento a los requisitos de cotización exigidos por la ley para poder exigir el pago de su derecho a la pensión.

De otra forma se habla de la acción de tutela la cual se encuentra regulada en el artículo 86 superior, siendo esta uno de los avances más importantes en la historia del derecho constitucional en Colombia, convirtiéndose en una pieza fundamental para la materialización de los derechos fundamentales que se les ven vulnerados a los colombianos. El fin esencial de ella es que cuando estos se encuentren en eminente peligro por parte de los agentes del estado, y cuando no hay otro medio para hacer efectiva la protección, se acuda a este mecanismo que sin duda alguna ha sido de suma importancia en el desarrollo constitucional. Ahora bien, la tutela en nuestro país ha llegado a ser un punto álgido de discusión entre varios juristas y ponen en tela de juicio el papel de la Corte Constitucional, ya que no hay una unificación radical acerca del alcance de la misma y, deja escueta su interpretación dando lugar a muchas formas de interpretar.

Preguntándose hasta donde va su alcance en relación con su papel e interpretación en busca de garantizar los derechos fundamentales. Esta a su vez ha sido una piedra en el zapato para muchos sectores de la política tradicional, ya que es este un mecanismo de defensa de los sectores menos influyentes o personas menos favorecidas de la sociedad colombiana. Por tal motivo se intentado en muchas ocasiones ser reformada para no dejar una interpretación tan extensa y autónoma. Pero podríamos concluir que es de gran acierto de la asamblea nacional constituyente la creación de la tutela, ya que les da la posibilidad a las personas vulnerables hacer efectivos sus derechos fundamentales; pero de otra forma crea un gran choque ya que va en contra de muchas decisiones judiciales.

Podemos entonces definir la acción de tutela como un mecanismo subsidiario, residual y autónomo, la cual busca el control de las acciones constitucionales de todas las autoridades públicas y en ocasiones de los particulares, permitiendo la misma ser incoada por cualquier persona. Cuando se habla de que es un mecanismo subsidiario y residual nos enmarca en que solo aplica en aquellos casos en los cuales no hay otro medio judicial idóneo para hacer efectiva su protección y es eminente el daño; también hablamos de que es un mecanismo autónomo, es decir, no está sujeto a ningún procedimiento específico.

1.2 Estudio del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad en la acción de tutela

A luz del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente, excepcional y residual a través del cual se obtiene la protección inmediata de los derechos fundamentales, siendo la tutela un mecanismo de protección constitucional que busca

proteger la arbitrariedad del mecanismo ordinario, o aquellos que no tienen un método específico, a raíz de ese contexto en el que nos enmarca la tutela como un mecanismo que es subsidiario se puede decir que la tutela tienen como esencia el carácter de principio de subsidiaridad y es aquel que opera ante la ineficacia de otros medios judiciales para la resolución de conflictos donde estén en juego derechos fundamentales. A lo largo del estudio legal y jurisprudencial se ha ido flexibilizando la interpretación de este principio, pero, es a libre interpretación del juez constitucional dar una aplicación estricta o no de dicho concepto, la Corte Constitucional ha dicho que se satisface el carácter subsidiario en aquellos sujetos que tengan una protección especial constitucional (personas de la tercera edad), estos requisitos se han ido extendiendo a lo largo del desarrollo jurisprudencial, en especial al derecho de pensión de sobreviviente en donde se exige el reconocimiento de derechos fundamentales como lo es el derecho al mínimo vital y la seguridad social. Y se ha logrado identificar un patrón de no uniformidad en la procedencia de la acción de tutela en la pensión de sobreviviente, dado a que los juristas encuentran una aplicación en la ley ordinaria tal como lo establece el proceso ordinario laboral que está regulado en el capítulo XIV del decreto ley 2158 de 1948, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es por ello que esta diversificación de conceptos desconocen la necesidad de hacer compatibles unas garantías jurídicas de los principios y fines del estado y la igualdad real y material de la que habla el artículo 13 de la Constitución Política.

Y si bien los requisitos de la procedibilidad de la acción de tutela no son formalidades específicas y elementos de los cuales los jueces constitucionales pueden omitir, en particular del carácter subsidiario, lo que se busca es que los jueces logren ejercer unas garantías constitucionales efectivas y que vaya siempre en pro de la protección de los derechos

constitucionales, ahora como se citaba anteriormente la pensión de sobrevivientes tiene una regulación normativa específica hay asuntos de esta índole que requieren una protección especial inmediata, para ellos la Corte Constitucional ha realizado una serie de test de procedencia para que se haga indispensable llevar el conflicto por medio de una acción de tutela, aun estando regulado por una ley específica.

Tabla 1

Test de procedencia

| | |
|-------------------|--|
| Primera condición | El beneficiario o accionante debe gozar de protección especial por la constitución |
| Segunda condición | Por falta del reconocimiento de la pensión se puede ver afectada directamente las satisfacción de las necesidades básicas y por consiguiente su mínimo vital y una vida digna. |
| Tercera condición | Determinar si el accionante o beneficiario dependía económica mente del causante. |
| Cuarta condición | Es necesario que el causante no se encontraba en situación de seguir realizando los aportes a seguridad a la seguridad social de manera deliberada |
| Quinta condición | Debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente para hacer valer su derecho a la pensión de sobreviviente. |

Nota: Corte Constitucional, Sala Plena, (13 de Febrero de 2018) Sentencia SU-005 [M.P. Carlos Bernal Pulido] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU005-18.htm>

Una vez realizado el test de procedencia de la acción de tutela el juez constitucional dará la admisión de la tutela, si, en ella se cumple con los requisitos allí estipulados.

Por otra parte se tiene el principio de proporcionalidad el cual va ligado al de subsidiariedad, si bien uno nos establece cuales son los requisitos que debe establecer el legislador para que la tutela actué de manera subsidiaria, el principio de proporcionalidad le da la

facultad al juez constitucional realizar una ponderación de los dos derechos en colisión y determinar cual tiene mayor rango fundamental.

Ahora bien, es importante precisar que la función esencial del principio de proporcionalidad en el control constitucional de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales consiste en estructurar la fundamentación de la validez de las normas adscritas de derecho fundamental. Con base en esta idea, también se hace necesario precisar o delimitar el ámbito de aplicación de este principio en la determinación del contenido normativo de los derechos fundamentales.

El concepto de proporcionalidad a lo largo del desarrollo jurisprudencial se ha determinado como aquel en el que se realice una ponderación entre principios constitucionales: es decir encontramos que dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno daría como resultado la reducción del campo de aplicación de otro, es por eso que el juez constitucional debe determinar si esa reducción es proporcionada, ya que estamos frente a dos principios de rango constitucional y legal. El principio de proporcionalidad parte de tres conceptos específicos, uno de ellos es la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, por otra parte se tiene la necesidad y utilización de esos medios para el logro del fin, y por último la proporcionalidad en estricto sentido ya que se debe valorar los medios y fin, es decir, que el principio que se le otorgue protección constitucional no afecte o menoscabe la protección del otro. (Corte constitucional, Sala Plena, C-022, 1996)

Entonces se habla que estamos frente a una ponderación de derechos los cuales deben colocarse en la balanza y realizar dicha revisión; sin vulnerar y menoscabar ningún derecho fundamental, es por eso que se habla que la subsidiariedad y la proporcionalidad van de la mano, si bien una presenta los requisitos para poder acceder al derecho constitucional de la tutela,

habiendo otro medio para tal regulación en el caso de la pensión de sobreviviente, pero, es allí donde entra en juego la proporcionalidad, es decir, si bien existe un método jurídico por el cual se lleva dicho proceso, porque es necesario realizarlo por la acción de tutela.

1.3. Requisito de inmediatez para el reconocimiento del derecho pensional de sobreviviente

Uno de los requisitos de acción de tutela es que debe ser presentada con cumplimiento del principio de inmediatez, para no ser declarada improcedente, ya que el fin de la acción de tutela es buscar una protección constitucional e inmediata a los derechos vulnerados. Esto es “la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza” (Corte constitucional, Sala Plena, C-022, 1996)

Cuando la acción de tutela no cuenta la existencia de un término de caducidad de la acción no implica que esta pueda interponerse en cualquier momento, dado que una de las características esenciales de este mecanismo de protección es el principio de inmediatez. Es decir que esta tutela debe interponerse en un término oportuno, justo y razonable. Lo que quiere decir que el propósito fundamental de la acción de tutela es prevenir un daño o en su defecto hacer menos lesivo el perjuicio. Para lo cual el accionante debe evitar dilaciones del tiempo por lo que no tiene excusas para extender la presentación de la acción constitucional.

Ahora bien existen unas exigencias que sustentan el principio de inmediatez, uno de los principales es que busca proteger los derechos de terceras personas que puedan versen afectados por un plazo muy largo o irrazonable de la acción de tutela, a manera de ejemplo si una persona está en busca del derecho al mínimo vital y seguridad social, pero este a su vez interpone una

tutela tres años después de que se vulnero su derecho, pues este no cuenta con el principio de inmediatez, ya que para ello debió buscar otro medio judicial, en este caso el proceso ordinario laboral. Como segunda medida se busca evitar que la acción de tutela se convierta en un factor de inseguridad jurídica y por último evitar que este mecanismo constitucional se convierta en una herramienta supletiva por la negligencia del accionante. Para ello este tuvo un plazo razonable para la interposición de la misma sin que quiera utilizar la tutela como un mecanismo alternativo. Pero este trabajo está en manos del juez que es la persona encargada de valorar cada uno de los presupuestos y si estos a su vez cumplen con el requisito de inmediatez.

La corte ha determinado que no basta con comprobar que han transcurrido un tiempo considerable entre la ocurrencia de los hechos que amenazaron o vulneraron derechos fundamentales y la interposición de la acción de tutela para concluir su improcedencia por incumplimiento del principio de inmediatez. es por ello que para la Corte Constitucional ha logrado identificar criterios que no son taxativos de dos tipos para que el juez constitucional de tutela logre determinar si el término es razonable, oportuno y justo. Por un parte, tenemos que hay unos criterios generales; y, por otro lado, los criterios que logren determinar si el cumplimiento del principio de inmediatez, y los casos en que la acción de tutela se interpuso después de un tiempo prolongado.

Entre los criterios que permiten valorar si el lapso de tiempo entre una y otra circunstancia es razonable, oportuno y justo se cuentan: primero, establecer si se vulneran derechos fundamentales en terceras personas por la no interposición en el término oportuno, determinar cuánto tiempo transcurrió desde los fundamentos de la tutela, tercero, mirar en qué casos la corte ha dado ese plazo de razonabilidad.

Se podría establecer que diferencia de los demás principios es este el que toma una mayor relevancia a la hora de la admisión de la tutela, pues se establece en qué plazo es aceptable la tutela y si efectivamente se interpuso en el momento adecuado, lo que podríamos concluir que así como en los procesos ordinarios laborales, esta se encuentra regulada y sujeta a unos requisitos.

1.4. Protección especial a los beneficiarios

La pensión de sobreviviente tiene una serie de beneficiarios los cuales pueden ejercer su derecho sobre la misma. Hay dos casos sobre los cuales se puede ejercer este derecho, como primera medida se tiene que se adquiere con la muerte del pensionado, es decir, cuando el pensionado fallece se verifica que los beneficiarios cumplan con los requisitos contemplados en la ley, y como segunda medida se tiene a las personas que fallecen durante la cotización, es decir, esta persona no se ha pensionado por que no cuenta con los requisitos exigidos por la ley, pero, en su defecto cumple con unos requisitos mínimos como es que haya cotizado 50 semanas antes de los tres años anteriores a su fallecimiento, pues este será beneficiario, ya sea de un mínimo o un 75% del IBL.

Por otra parte de habla de dos tipos de beneficiarios, unos son los temporales y otros los vitalicios, los vitalicios son aquellos a los cuales la pensión se le dará por el resto de su existencia, entre esta selección tenemos a los cónyuges, compañeros permanentes con excepción de los compañeros temporales los cuales no se harán beneficiarios, de otro modo se encuentran los padres que dependen económicamente del afiliado, siempre y cuando no tenga cónyuge, hijos o compañeros permanentes; los beneficiarios temporales son los hijos que no tengan la mayoría

de edad o en su defecto si la tienen que no exceda los 25 años y se encuentren estudiando, los hijos mayores inválidos, lo que hace referencia a que se tiene la pensión hasta el momento en que subsista esta condición, también se encuentran en este grupo el cónyuge o compañero temporal.

Si el afiliado al momento de su muerte tuviera 20 años, para los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes , esta sería reconocida por 30 años más, o en su defecto el beneficiario seguir cotizando en base a ella, para adquirir la pensión de vejez o invalidez.

Capítulo 2. Procedencia excepcional del principio de la condición más beneficiosa en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobreviviente

2.1 Ámbito de aplicación del principio de la condición beneficiosa en concordancia con el artículo 53 de la CP

La Constitución Política colombiana de 1991, le da al trabajo un valor esencial que se erige en el pilar fundamental del Estado social de derecho, esta protección se puede observar desde el preámbulo de la carta magna y en los artículos 1, 2, 25, 34, 39, 48, 53, 55, 56 y 63 siempre buscando la igualdad, dignificar el trabajo y el respeto de los derechos de los trabajadores.

El artículo 53 de la Constitución nos habla sobre la protección del trabajo y de los trabajadores, nos indica que el Estado buscara garantizar la igualdad, la remuneración mínima vital y móvil en proporcionalidad a la cantidad y calidad del trabajo, también nos indica este artículo la irrenunciabilidad a ciertos derechos, así como la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de fuentes formales del derecho. (Const., 1991, art. 53)

La constitución Política nos da un ordenamiento jurídico primario protector del derecho al trabajo y de los beneficios que este le trae a los trabajadores como lo es la procedencia excepcional del principio de la condición más beneficiosa en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

La Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU005 de 2018 nos ha indicado cuando aplica el principio de la condición más beneficiosa en materia pensional se ha logrado demostrar que este busca la protección de derechos fundamentales que crearon unas esperanzas reales ante cambios abruptos de la normatividad, ya que no se adopta un régimen transicional por parte del legislativo.

Revisando la anterior sentencia (SU 005 de 2018) podemos ver este principio de la condición más beneficiosa en materia pensional, también busca proteger a la familia que depende económicamente del trabajador cotizante y que como consecuencia de su muerte tendría derecho a la prestación económica de pensión de sobreviviente, esto buscando la protección de del núcleo esencial de la sociedad como lo es la familia por medio de la acciones constitucionales y legales.

Una vez estudiada y analizada la sentencia de unificación nos indica que no existió régimen de transición entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, lo que llevo a que los honorables jueces de la república a través de la jurisprudencia le dieran aplicación del artículo 53 de la Constitución Nacional esto con base a la aplicación de la condición más beneficiosa en los casos de pensión de sobrevivientes en materia pensional.

Para el caso de la pensión de sobrevivientes, ni la Ley 100 de 1993, ni la Ley 797 de 2003 establecieron un régimen de transición para aquellas personas que, en los respectivos tránsitos legislativos, consideraran afectadas sus expectativas para acceder a esta prestación económica. Este vacío fue completado por la jurisprudencia y, en particular, por la desarrollada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de tal forma que permitiera garantizar la aplicación directa del principio de la condición más beneficiosa. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada y unificada jurisprudencia, ha interpretado que el principio de la condición más beneficiosa no da lugar a una regresión histórica, tendiente a determinar, con independencia de los distintos cambios normativos,

aquella disposición con fundamento en la cual se acreditan las condiciones para ser titular de un derecho o prestación económica. (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-005, 2018)

La sentencia T-235 de 2017 se señala que el giro obedece a una interpretación más amplia del principio de la condición más beneficiosa, en los siguientes términos:

Esta posición admite una definición más amplia de la condición más beneficiosa, no solo como un mecanismo que protege a los usuarios de cambios intempestivos en la regulación, sino también como un postulado que los ampara de situaciones que en estricto sentido conducen a resultados desproporcionados en relación con otros afiliados que cumpliendo requisitos menos exigentes tienen derecho a un beneficio pensional, lo cual es incompatible con la Constitución. Con base en esta postura, la condición más beneficiosa también busca proteger a quienes habiendo cotizado un número amplio de semanas se desvincularon del sistema con la confianza de que, por haber asumido con total responsabilidad su carga de solidaridad hacia el mismo, podían esperar idéntica retribución en caso de presentarse el evento protegido (la muerte). Es decir, el objeto principal de este postulado es evitar que un tránsito legislativo genere una afectación desproporcionada de los intereses legítimos de los afiliados, en el sentido de que personas que han aportado una cantidad considerable de semanas se verían privadas del derecho, mientras que la nueva regulación permitiría el acceso al mismo a ciudadanos que han satisfecho cargas de menor entidad". (Corte Constitucional, Sala Primera, T-235, 2017)

2.2 Análisis del acuerdo 049 de 1990 en razón a los requisitos de las semanas de cotización para la pensión de sobrevivientes cuando un afiliado fallece en vigencia de la ley 797 de 2003

Al estudiar y analizar el Acuerdo No. 049 de 1990 nos detenemos en el artículo 25 donde se establecen los casos en los cuales se puede aplicar la pensión de sobrevivientes por muerte o por riesgo común de los afiliados al sistema de pensión, este artículo nos indica que cuando el afiliado cumpla con el requisito de número de semanas o cuando el fallecido ya estuviera disfrutando de pensión de invalidez o vejez; se puede dar dentro del ordenamiento jurídico la posibilidad de realizar la reclamación de pensión de sobrevivientes para las personas que se crean con este derecho; beneficiarios.

Es importante resaltar quienes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por muerte del asegurado al sistema o del pensionado según sea el caso: la norma establece que en forma vitalicia el o la cónyuge sobreviviente o el o la compañera permanente, así como los hijos menores de 18 años, los hijos inválidos a cualquier edad o a los hijos que se encuentre estudiando y dependan económicamente del padre fallecido, a falta de estos los padres que dependan económicamente del causante y por último a falta de todos los anteriores los hermanos inválidos que dependan económicamente del asegurado al sistema de pensiones.

El régimen de transición en materia pensional ha sido protegido por el artículo 53 en el inciso primero, que nos habla acerca del principio de la condición más beneficiosa, este a su vez tiene la finalidad de garantizar los cambios normativos, y el cual está en cabeza del juez constitucional garantizar esta transición.

Desde la entrada en vigencia del acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990) se han venido adicionando una serie de requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, entre los

requisitos encontramos que el afiliado debió haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores o en defecto 300 semanas en cualquier época con anterioridad a su muerte esto para poder acceder a la pensión de sobreviviente, posteriormente con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, entre los requisitos se tenía que debían haber cotizado 26 semanas al momento de la muerte, o habiendo dejado de cotizar al sistema , este hubiere efectuado aportes durante las 26 semanas en el año inmediatamente anterior. En el año 2003 saldría la Ley 797 de 2003 que modificaría nuevamente los requisitos y alteró las condiciones para hacerse acreedor de la pensión de sobreviviente, esta ley en su artículo 14 reguló que tendrán derecho los miembros del grupo familiar del afiliado que llegare a fallecer, pero si este hubiese cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años anterior a su fallecimiento.

Posteriormente a la expedición de esta normatividad se empezaron a crear lagunas jurídicas acerca de que normatividad era aplicable al caso en concreto, para ello la sala de la Corte Suprema de Justicia desarrollaría jurisprudencia en la cual decía que no se podía acceder al principio de la condición más beneficiosa con cualquier normatividad, es decir, si un afiliado hubiese fallecido en la vigencia de la ley 100 de 1993, pero este a su vez no suplió los requisitos del acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990) no era posible acceder a la pensión de sobreviviente por que no cumpliría con los requisitos que al momento de su muerte se presentaron.

Lo que quiere decir que cuando un afiliado al Sistema de Seguridad Social fallece, en vigencia de la Ley 797 de 2003, y este no cumplía con las exigencias que esa norma disponía para que sus afiliados o beneficiarios accedan a la pensión de sobrevivientes, es posible acudir a al Acuerdo 049 de 1990 (o en su defecto de un régimen anterior), siempre y cuando el causante

hubiese cotizado antes de entrar en vigencia la Ley 100 (1 de abril de 1994), el mínimo de semanas requerido por dicho Acuerdo, en aplicación de una concepción amplia del principio de la condición más beneficiosa.

La pensión de sobrevivientes se causa y empieza a percibir a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado al sistema o del pensionado tal como lo establece el artículo 26 del Acuerdo 049 de 1990 y demás normas concordantes. Razón por la cual se debe revisar la fecha del fallecimiento del aportante o pensionado con la finalidad de dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa.

2.3. Creación, cuando opera, ¿Por qué? Y mediante qué requisitos

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se empezaron a crear fundamentos jurídicos los cuales buscaran la protección integral del derecho a la pensión, si bien el acuerdo 049 de 1990 tenía unos lineamientos establecidos para acceder a la pensión de sobreviviente, sería con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, que los ciudadanos que no se le respetó el régimen transicional podrían buscar una protección en la acción constitucional de tutela, debido a que no se consagró una protección transicional a las personas que venían aportando al sistema y no cumplían con las semanas establecidas en el régimen actual. Se estableció que el principio de la condición más beneficiosa opera en aquellos casos en los cuales se consolidaron unas expectativas legítimas de aquellas personas que han cotizado en los distintos regímenes pensionales y que no hayan cumplido con los requisitos exigidos en las normas vigentes al momento de la solicitud de pensión. Es decir, que se quiere que el juez constitucional haga una interpretación y en caso de duda

entre la aplicación entre una norma derogada y otra vigente se aplique la más garantista al involucrado.

El principio tiene como requisitos esenciales que se hubiese realizado un cambio legislativo sin contemplar un régimen de transición, por otra parte que este cambio hubiera hecho más gravosa la situación del solicitante y por último que el beneficiario se hubiera forjado una expectativa legítima en vigencia de la normativa anterior. Estos requisitos han sido bastante debatidos entre las dos altas cortes (Corte Suprema de Justicia & Corte Constitucional). Para la Corte Suprema de Justicia sala laboral se puede aplicar el principio de la condición más beneficiosa con efectos ultra activos pero únicamente en el entendido en que el beneficiario no cumpla con los requisitos de la ley vigente con excepción de la ley inmediatamente anterior, es decir, si una persona que fallece en vigencia de la ley 860 de 2003 y no cumple con los requisitos exigidos (50 semanas cotizas en los tres años anteriores a su fallecimiento) se le podría reconocer su derecho de manera ultractiva si cumpliera con los requisitos de la ley 100 de 1993(Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso) lo que quiere decir que excepcionalmente en esos casos se podría cumplir el principio de la condición más beneficiosa; por otra parte se encuentra el planteamiento de la Corte Constitucional en el cual da una aplicación más amplia, y dice que si el beneficiario cumple con algunos de los requisitos de alguno de los regímenes anteriores(ley 100 1993, acuerdo 049 de 1990) se le debe proteger el derecho a la pensión.

Capítulo 3. Casos excepcionales al reconocimiento a la pensión de sobreviviente

3.1. Naturaleza y finalidad

Como se ha venido hablando, la pensión de sobreviviente ha sido sujeta a varios cambios normativos, a través de este trasegar jurídico se han presentado varios litigios en los cuales se pide el reconocimiento de manera ultractiva de dicho derecho pensional, esto ha confrontado a las grandes cortes de nuestro país, pero ha sido la Corte Constitucional que de manera excepcional ha reconocido el derecho a la pensión de sobreviviente mediante el mecanismo constitucional de la acción de tutela, pero esta tiene una naturaleza real en una serie de principios constitucionales tales como: El de subsidiariedad, proporcionalidad, inmediatez, y por último el principio de la condición más beneficiosa; los cuales permiten que el juez constitucional realice un test de procedencia en el cual decida si el beneficiario es acreedor del derecho o no. Todo este análisis jurídico tiene una finalidad y es la protección al mínimo vital y seguridad social; es decir, si bien existe un mecanismo judicial para reclamar dicho derecho, este no es idóneo y eficaz para garantizar la protección a la seguridad social.

3.2. Carácter prestacional y fundamental de la pensión de sobreviviente

Hay algo fundamental en cuanto a la pensión de sobreviviente y es cuál es su fin esencial de la misma, para ello se logra determinar que es ante una posible ausencia del afiliado o pensionado suplir unas necesidades básicas con las cuales contaba el grupo familiar del occiso, y

por ello que este grupo no padezca una serie de necesidades fundamentales al mínimo de subsistencia. Y que por ello cualquier decisión del aparato judicial desconozca derechos fundamentales al mínimo vital y móvil del grupo familiar que queda cesante o en su defecto desprotegido por un aparato que se fundamenta en requisitos taxativos de la normatividad vigente.

Es por ello que la corte ha determinado que debe concurrir un requisito indispensable y es que haya una dependencia económica total del causante, o absoluta de los padres frente a los hijos y así poder salvaguardar condiciones dignas en el transcurso de vida del beneficiario.

Capítulo 4. Conclusiones

Al dar apertura al trabajo monográfico, el cual tenía un objetivo claro y era el de ampliar la aplicación de los distintos principios constitucionales sobre la procedibilidad de la acción de tutela en el reconocimiento de las pensión de sobreviviente, para ello se realizó el estudio de varios enfoques jurisprudenciales y legales, los cuales se expondrán en una serie de conclusiones específicas, siendo estas el resultado primario de la investigación.

Con base a la acción de tutela como un mecanismo subsidiario, residual y autónomo, el cual busca garantizar los derechos de los particulares, permitiendo la misma ser incoada por cualquier persona en búsqueda de la protección de derechos; Al hablar de acción de tutela se enmarca en que solo aplica en aquellos casos en los cuales no hay otro medio judicial idóneo para hacer efectiva su protección; también hablamos de que es un mecanismo autónomo, es decir, no está sujeto a ningún procedimiento específico; la acción constitucional de tutela es procedente para el reconocimiento de los derechos de la pensión de sobreviviente en los casos expuestos por la Corte Constitucional en la SU-05/2018 ya que como mecanismo subsidiario para la obtención de pensión por sobrevivencia es un medio idóneo, y la esencia de la tutela es garantizar el tipo de derechos fundamentales como lo es el mínimo vital y el derecho a una vida digna.

En cuanto al principio de subsidiariedad se podría concluir que si bien no existe uniformidad en cuanto a la aplicación como mecanismo subsidiario, se ha venido desarrollando criterios más flexibles frente a los sujetos de especial protección constitucional, para ello la corte constitucional ha desarrollado los criterios basados en un test de procedencia, donde se valoran

las condiciones para poder admitir el mecanismo constitucional de la tutela, el cual busca proteger derechos que sean vulnerados frente a mecanismo ordinarios que resultarían pocos eficientes en relación a la garantía de los derechos fundamentales como lo son la vida digna, el mínimo vital y móvil, entre otros.

En relación al principio de la condición más beneficiosa se logró determinar que este busca proteger expectativas legítimas frente a cambios intempestivos de la normatividad, ya que podría afectar derechos que se encontraban consolidados y generaban una expectativa real, y debido al cambio abrupto en la normatividad podrían verse frustrados. Razón por la cual el juez constitucional busca con el principio de la condición más beneficiosa legitimar esos derechos adquiridos con la aplicación del régimen normativo más favorable al afiliado o beneficiario de la pensión de sobreviviente específicamente.

Todo este análisis jurídico tuvo una finalidad, y fue determinar que la tutela opera de manera subsidiaria frente a mecanismo ordinarios, cuando se pone en riesgo la violación o posible vulneración de derechos fundamentales, por la vía ordinaria, ya que estos pueden ser ineficaces frente a la inmediatez que se requiere para la protección de dichos derechos constitucionales (vida digna, mínimo vital y móvil), es por ello que la corte constitucional logró identificar que la tutela opera exclusivamente en la sustitución de pensión de sobreviviente, en aquellas personas que son de especial protección constitucional.

Referencias

- Berna Pulido, C. L. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Colpensiones. (29 de Febrero de 2020). *Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones*. Obtenido de Colpensiones:
https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/pdf/bnj_colpens_012.pdf
- Consejo de Estado, Sección Segunda (15 de Mayo de 2013) Sentencia 25000-23-42-000-2012-01710-01 (AC) [C.P Bertha Lucía Ramirez de Paez]. Obtenido de
http://www.asleyes.com/descargas/pdf/novedad/c_e_sent_t_459_2013.pdf
- Constitución Política de Colombia. ([Const.]). (1991). Artículo 86 [Título II]. Obtenido de
<https://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-4/articulo-86>
- Constitución Política de Colombia. ([Const.]). (1991). Artículo 48 [Título II]. Obtenido de
<https://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-2/articulo-48>
- Constitución Política de Colombia. ([Const.]). (1991). Artículo 13 [Título II]. Obtenido de
www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-1/articulo-13
- Constitución Política de Colombia. ([Const.]). 1991. Artículo 53 [Título II]. Obtenido de
<https://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-2/articulo-53>
- Corte constitucional, Sala Plena (23 de Enero de 1996) Sentencia C-022 [M.P Carlos Gaviria Díaz]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>
- Corte Constitucional, Sala Séptima (22 de Marzo de 2013) Sentencia T-164 [M.P Jorge Ignacio Pretel Chaljub]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-164-13.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena (13 de Febrero de 2018) Sentencia SU-005 [M.P Carlos Bernal Pulido]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU005-18.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera (20 de Abril de 2017) Sentencia T-235 [M.P María Victoria Calle Correa]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-235-17.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera (16 de Septiembre de 2014) Sentencia T-719 [M.P María Victoria Calle Correa]. Obtenido de
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-719-14.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena (22 de Febrero de 2006) Sentencia C-111 [Rodrigo Escobar Gil]. Obtenido de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/pdf/sc111_06.pdf

- Corte Constitucional, Sala Quinta (30 de Enero de 2017) Sentencia T-037 [M.P Gloria Stella Ortiz Delgado]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-037-17.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena (14 de Septiembre de 2016) Sentencia SU-499 [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU499-16.htm>
- Hernández Bayona, C. E. (2019). *Sistema general de pensiones colombiano. Visión integral a partir de la filiación*. Bogotá D.C: Legis Editores S.A.
- Legis. (2013). *Cartilla de Seguridad social y pensiones*. Bogotá D.C: Legis Editores S.A.
- Legis. (2015). *Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*. Bogotá D.C: Legis Editores S.A - Colegio de Abogados del Trabajo.
- Legis. (2020). *Seguridad Social y Pensiones*. Bogotá D.C: Legis Editoriales S.A.
- Presidencia de la República. (25 de Julio de 2005). *Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política*. [Decreto 01 de 2005]: DO:45.980. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2005.html
- Corte Constitucional, Sala Primera (16 de Septiembre de 2014) Sentencia T-719 [M.P María Victoria Calle Correa]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-719-14.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena (22 de Febrero de 2006) Sentencia C-111 [Rodrigo Escobar Gil]. Obtenido de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/pdf/sc111_06.pdf
- Corte Constitucional, Sala Quinta (30 de Enero de 2017) Sentencia T-037 [M.P Gloria Stella Ortiz Delgado]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-037-17.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena (14 de Septiembre de 2016) Sentencia SU-499 [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU499-16.htm>
- Presidencia de la República. (25 de Julio de 2005). *Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política*. [Decreto 01 de 2005]: DO:45.980. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2005.html