

Señores
MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
La Ciudad.

Proceso: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
Demandante: ALBA NUR ORDOÑEZ.
Demandado: PORVENIR S.A. Y OTROS
Llamado: BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.
Radicación: 760013105012-2017-00232-00.

ASUNTO: CONCEPTO DE VIABILIDAD DE CASACIÓN

En atención a la sentencia condenatoria de segunda instancia No. 143 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali del día 27 de junio de 2024, procedemos a presentar análisis de viabilidad de interponer el recurso extraordinario de casación contra la referida sentencia. Precizando desde ya que el mismo resultaría viable, toda vez que la decisión contenida en la providencia emitida por el Tribunal Superior de Cali dentro del proceso, presenta yerros que afectan directamente los intereses de la compañía y por lo tanto se deriva la oportunidad para recurrir en sede de casación.

A continuación, se presenta una relación sintética de los hechos de la demanda y las pretensiones, el trámite procesal surtido, así como un análisis de la situación jurídica y jurisprudencial del caso, y finalmente se plantea nuestra recomendación.

1. SINTESIS DEL PROCESO

A. Hechos y pretensiones de la demanda

Se indicó en el escrito de demanda que el señor Diego María Restrepo Luna, inició cotizaciones para los riesgos de I.V.M. desde el 01/10/1980, y que contrajo matrimonio con la señora Alba Nur Ordoñez Medina el 19/12/1981.

El 10/09/2009 fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, asignándole una PCL de 57.83% y fecha de estructuración del 12/08/2005. Con ocasión a ello, el 13/09/2010 solicitó la pensión de invalidez ante PORVENIR S.A., quien le negó la prestación económica bajo el argumento de no contar con las 50 semanas de cotización anteriores a la fecha de estructuración, así como tampoco la fidelidad al sistema general de pensiones.

EL 12/03/2013 falleció el señor Diego María Restrepo Luna, por causas de origen común, por lo que la señora Alba Nur Ordoñez radicó ante PORVENIR S.A. el 19/12/2013 la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, misma que fue negada por la AFP en el entendido que el causante no dejó acreditadas las semanas mínimas para causar la pensión pretendida.

Que para la fecha que le fue negada la pensión de invalidez al causante, PORVENIR S.A. no tuvo en cuenta los aportes realizados por este durante el 01/12/2002 y el 31/12/2003 con la empresa MONTAJES DEL VALLE, así como tampoco el periodo comprendido entre el 01/07/2003 al 30/11/2003 con el empleador STEEL INGENIERIA EU.

B. Pretensiones de la demanda

Pretende la demandante se ordene a Porvenir S.A., reconocer la pensión de invalidez post-mortem del señor Diego María Luna a partir del 12/08/2005 y como consecuencia, la sustitución pensional a favor de la señora Alba Nur Ordoñez en calidad de cónyuge, desde el a partir del 12/03/2013. Igualmente solicita el reconocimiento y pago de intereses moratorios, costas y agencias en derecho, y cualquier derecho que fuere demostrado bajo las facultades extra y ultra petita.

2. TRÁMITE PROCESAL DEL CASO:

A. Contestación a la demanda de PORVENIR S.A.:

La AFP se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que, tal como se argumentó en respuesta a las reclamaciones administrativas, el causante, señor Diego María Luna, no dejó acreditadas las semanas, para que ahora se pretenda acceder a la pensión de invalidez post-mortem, expone que, considerando la fecha de estructuración (12/08/2005) el causante entre el 12/08/2002 y el 12/08/2005 no tienen semanas cotizadas y por lo tanto, no cumple con lo preceptuado en la Ley 860 de 2003.

Ahora bien, en atención a la prestación económica pretendida, la AFP PORVENIR S.A., solicitó al despacho la vinculación de calidad de Liticonsorte por pasiva de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., y de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. considerando sobre la primero, la Póliza De Seguro Previsional No. 011, y sobre la segunda, la Póliza De Seguro Previsional No. 9201410004634 que se había suscrito entre ellas, para que, ante una eventual condena, fueran estas las que reconociera la suma adicional correspondiente.

B. Contestación a la demanda y al llamamiento en garantía por de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

En representación de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se contestó oportunamente la demanda indicando que, de conformidad con las pruebas allegadas al plenario, no se observa que los periodos que presuntamente no fueron tenidos en cuenta para estudiar la prestación económica, en realidad se hayan omitido. Por lo dicho, los argumentos de PORVENIR S.A para negar el reconocimiento y pago de la prestación económica deprecada, encuentran sustento jurídico más que suficiente, pues, una vez verificado el historial de aportes realizado por el señor RESTREPO, se encontró que: (i) el afiliado no acreditó los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, esto es, cincuenta (50) semanas de

cotización, en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez (ii) Al no encontrarse reunidos los requisitos para acceder a la pensión de invalidez Postmordem en favor del señor RESTRESPO, la solicitud de reconocimiento y pago de la sustitución pensional en favor de la demandante ALBA NUR ORDOÑEZ queda sin piso jurídico por sustracción de materia.

Igualmente, frente a la póliza de seguro previsional No. 9201410004634 se indicó que, atendiendo las pretensiones de la demanda, es decir, el reconocimiento de la pensión de invalidez post-mortem, la cual se estructuró el 12 de agosto de 2005, el contrato de seguro NO se encontraba vigente para dicha data, pues ni siquiera se había suscrito el mismo, debiéndose resaltar que este contaba con una vigencia comprendida entre 01 de enero de 2010 hasta el 01 de enero de 2014. Aunado a esto, es preciso mencionar que el reconocimiento de la suma adicional no se causa ante una Sustitución Pensional, pues de cara a los amparos concertados en el seguro previsional, esta solo tiene aplicación ante el reconocimiento y pago de pensiones de Invalidez y Supervivencia.

C. Sentencia de primera instancia:

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 010, posterior a una valoración probatoria realizada, estableció que no le asiste ningún derecho a la señora ALBA NUR ORDOÑEZ MEDINA, esto por cuanto al realizar el análisis del cumplimiento de los requisitos establecidos por la norma, se obtuvo que el causante no cotizó la densidad de semanas suficientes para causar la pensión de invalidez, igualmente, la demandante no acredita los requisitos para que le sea aplicable el principio de la condición más beneficiosa.

Para arribar a la anterior decisión, el A-quo realizó el siguiente estudio:

Que el causante falleció el 12/04/2005 por lo que la normatividad con la cual se estudia el derecho es la Ley 860 de 2003, la cual exige dos requisitos, el primero es que tenga una PCL igual o superior al 50%, misma que efectivamente quedó acreditada por parte del señor DIEGO MARÍA LUNA, el segundo, es la densidad de 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración, sin embargo al realizar la búsqueda de manera insistente de unos supuestos aportes que se estaban omitiendo, no se encontraron los mismos, y por lo tanto, este último requisito no quedó probado, resaltándose que en los último 3 años, el causante solo acreditó un total de 14 semanas.

Ahora, en lo que concierne al reconocimiento de la pensión bajo la condición más beneficiosa en los términos de la sentencia SU-556/2019 el análisis que hace la Corte Constitucional en ese proveído, respeto de la pensión de invalidez, siempre tiene en cuenta una condición muy especial, y es el estado de debilidad manifiesta del beneficiario de la prestación económica, pero en el caso particular se resalta que NO es un derecho fundamental el que está en juego, porque ya el causante falleció y se está alegando simplemente un derecho hereditario, un derecho económico en favor de unos terceros que pudieran verse beneficiados con esas preventas, por lo que considera que no hay lugar aplicar las reglas constitucionales sobre una persona que ya no entraría a disfrutar la prestación.

Pese a que la actora, en su escrito de demanda solicitó la SUSTITUCIÓN PENSIONAL, en razón a la pensión de invalidez post-mortem del señor DIEGO MARÍA LUNA, se tiene que esta pretensión corre la misma suerte que la principal, debiendo ser negada. No obstante, el Despacho procedió a verificar la posible procedencia de la PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE, para definir si de manera independiente resulta la demandante beneficiaria de esta.

Para ello, tuvo en cuenta que el causante falleció el 12/03/2013, por lo que la norma para su estudio debe ser la misma Ley 860 de 2003, que igualmente, exige 50 semanas en los últimos 3 años anteriores al descenso, si embargo, de la historia laboral se desprende que el causante tampoco dejó acreditada esta cantidad de semanas, pues las últimas cotizaciones datan del año 2002, por tanto, esta pretensión tampoco resulta procedente. Se resalta que el Despacho realizó el análisis para reconocimiento de la pensión bajo la condición más beneficiosa, tanto bajo los parámetros dispuestos por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA LABORAL como los de la CORTE CONSTITUCIONAL, sin que se logre cumplir los requisitos dispuestos por estas corporaciones.

Finalmente, la parte resolutive de la sentencia No. 010 del 27 de enero de 2021, fue dictada de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada: “inexistencia de la obligación” en favor de todas las integrantes de la parte pasiva, por lo cual se ABSUELVE a la demandada PORVENIR y a las vinculadas COLPENSIONES, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS Y BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., de todas las pretensiones que en su haya formulado la señora ALBA NUR ORDOÑEZ MEDINA y cualquier derecho en favor de los litis por activa, herederos indeterminados y determinados del señor DIEGO MARÍA RESTREPO LUNA que son MARTHA CECILIA RESTREPO ORDOÑEZ, EVER ANTONIO RESTREPO ORDOÑEZ y DIEGO FERNANDO RESTREPO ORDOÑEZ.

SEGUNDO: SIN COSTAS a favor de los integrantes de la parte pasiva.

TERCERO: TASAR como gastos de curaduría, en favor del abogado ANDRÉS FELIPE TELLO BERNAL el equivalente a un salario mínimo a cargo de la demandante. En caso que esta decisión sea revocada por el Honorable Tribunal, y se impongan costas a la parte pasiva, este rubro será incluido para efectos de la liquidación de las mismas.

CUARTO: La presente sentencia, debe CONSULTARSE en favor de los integrantes de la parte actora sino se formula recurso de apelación.”

D. Sentencia de Segunda Instancia:

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conoció del proceso en atención al recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, quien, tras un análisis del caso consideró revocar la decisión adoptada en primera instancia, y como

consecuencia, reconocer la pensión de invalidez post-mortem del señor DIEGO MARÍA LUNA, así como la sustitución pensional a favor de la señora ALBA NUR ORDOÑEZ MEDINA.

En el estudio efectuado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali - Sala Laboral, se abordaron los siguientes problemas jurídicos, (i) el fallecido, ¿DIEGO MARÍA RESTREPO LUNA era acreedor de la pensión de invalidez y, por tanto, le asiste a sus herederos el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez post mortem? Y en caso afirmativo, (ii) Si, ¿ALBA NUR ORDOÑEZ MEDINA, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en la modalidad de sustitución pensional, en su calidad de cónyuge supérstite?

Revisado todo lo anterior, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali indicó primeramente que, debe valorarse se la norma que debe regular la situación fáctica para estudiar si el causante era beneficiario de la pensión de invalidez, es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, o en su defecto, remitirse al Acuerdo 049 de 1990 por aplicación de la condición más beneficiosa.

Para resolver lo dicho anteriormente, indicó el Tribunal que, conforme a la norma vigente a la calenda de la estructuración, esto es la Ley 860 de 2003, tal y como lo dedujo la A quo, no quedan satisfechos los requisitos para que el afiliado fallecido causara el derecho a la pensión de invalidez post mortem, pues así se advierte de la historia laboral, que no cotizó 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. Tampoco reúne las 26 semanas en el año inmediatamente anterior exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 original -reporta cero (0) cotizaciones en ese periodo-, ni en el año anterior a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, además de que, no era un afiliado activo al momento de la invalidez, situación que, en principio conllevaría a la absolución de las pretensiones.

Pese a lo anterior, afirma que, en materia laboral y de seguridad social, el principio del efecto general inmediato de las leyes no es siempre el que debe prevalecer para resolver las controversias que suscitan por ocasión del contrato de trabajo o de las relaciones derivadas del servicio de la seguridad social. Ello es así, por cuanto la naturaleza de los derechos que en estas se discuten y la prevalencia de otros principios sustanciales propios y exclusivos de la disciplina jurídico-social, imponen la aplicación ultra-activa de disposiciones derogadas.

Así entonces, para dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, procede primeramente a reconocer que la Corte Suprema de Justicia – Sala laboral, a fijado una línea jurisprudencial en la que ha establecido que, este principio no puede dar lugar a una especie de búsqueda normativa intensa hacia el pasado para encontrar la norma que se avenga a las circunstancias personales en que se encuentre el reclamante de la pensión.

Más adelante, trae a colación los pronunciamientos que sobre este mismo principio realiza la Corte Constitucional, quien dice que lo edifica como un verdadero derecho y, por lo tanto, su aplicación se proyecta sobre los cambios normativos inmediatos o mediatos, definiéndolo entonces como *“todo el esquema normativo anterior”*, para lo cual, se debe *“haber reunido las semanas de cotización*

exigidas por la norma que pretende le sea aplicada, antes de la entrada en vigencia de la nueva disposición que modificó los requisitos para acceder el derecho pensional.”(Sentencia SU-442 de 2016). Aunado a esto, deberá cumplir una subregla, y es la de acreditar al menos 300 semanas de cotización en cualquier tiempo, antes del 01/04/1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Analizadas las dos posturas jurisprudenciales, el Tribunal concluye afirmando que, “(...) las condiciones del derecho en materia de pensiones de invalidez o sobrevivientes, definidas en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 son merecedoras de protección legal frente al tránsito legislativo inmediato o mediato, pues por otro lado, todas las leyes posteriores a la Ley 100 de 1993 pertenecen al mismo sistema y, no pueden considerarse en rigor saltos normativos, pues su objetivo no ha sido otro que el de ajustar los componentes fundamentales del sistema atendiendo circunstancias de coyuntura.(...)”

De esta manera, al descender al caso particular establece que, el afiliado fallecido acumuló un total de 762,57 semanas antes del 1º de abril de 1994, esto es, en vigencia del régimen anterior, en consecuencia, logró alcanzar el umbral necesario para causar en su favor la cobertura indefinida de los riesgos de invalidez y muerte, bajo los lineamientos de los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, por lo que, el tránsito de sistemas pensionales que le modificó desfavorablemente las condiciones de acceso al derecho, se muestra claramente contrario a la esencia misma del principio de la condición más beneficiosa, razón por la cual encontró la sala precedente reconocer la pensión de invalidez post mortem a DIEGO MARÍA RESTREPO LUNA, desde el 12 de agosto de 2005, fecha de estructuración de la invalidez sin realizar un análisis del TEST DE PROCEDENCIA dispuesto por la CORTE CONSTITUCIONAL para aplicar el principio de la condición más beneficiosa (Ver SU 556-2019).

Sobre la sustitución pensional, bastó con indicar que, en el plenario quedó probado la convivencia que existió entre el causante y la demandante, por lo que la misma al cumplir el requisito de convivencia, automáticamente la hace beneficiaria de la prestación económica reconocida.

Ahora bien, en lo que corresponde a las pólizas previsionales allegadas al proceso con ocasión al llamamiento en garantía formulado por la AFP PORVENIR S.A., indicó que, considerando el reconocimiento declarado sobre la pensión de invalidez post mortem de DIEGO MARÍA RESTREPO LUNA, desde la fecha de estructuración de su invalidez, esto es, el 12 de agosto de 2005 y, a su vez, el reconocimiento de la sustitución pensional en favor de la cónyuge supérstite a partir del 12 de marzo de 2013, decide condenar a las llamadas en garantía, BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a cumplir en lo que les corresponda respectivamente, las responsabilidades pactadas con la tomadora, AFP HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A., según los términos y condiciones que estén plasmados en sendos contratos de aseguramiento, pasando por alto el tribunal que (i) a la fecha de estructuración de la invalidez del afiliado fallecido - año 2005-, solamente se encontraba vigente la póliza emitida por BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. y (ii) Las pólizas otorgan el amparo de la suma adicional necesaria para financiar

la pensión de invalidez o sobrevivencia de los afiliados a la AFP, siempre y cuando cumplan con los preceptos normativos de la Ley 100 de 1993 y sus normas modificatorias, sin hacer alusión de que se amparan prestaciones otorgadas bajo una normatividad anterior a la Ley 100 de 1993 como lo es el acuerdo 049, máxime si se tiene en cuenta que para dicha calenda no existía el régimen de ahorro individual y consigo, no existan las pólizas de seguro previsional.

Finalmente, la parte resolutive de la sentencia del 23 de noviembre de 2023, fue dictada de la siguiente manera:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente los numerales PRIMERO Y SEGUNDO de la sentencia No.10 del 27 de enero de 2021, proferida por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO en lo que versa sobre la absolución de PORVENIR S.A. y las llamadas en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS y BBVA SEGUROS VIDA COLOMBIA S.A., de las pretensiones formuladas por ALBA NUR ORDOÑEZ MEDINA y en su lugar:

1.1. DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de cualquier suma adeudada a ALBA NUR ORDOÑEZ MEDINA con anterioridad al 03 de mayo de 2014 y, no probadas las demás excepciones formuladas por pasiva.

1.2. DECLARAR que el afiliado fallecido DIEGO MARÍA RESTREPO LUNA dejó acreditados los requisitos, post mortem, para la pensión de invalidez desde el 12- 08- 2005 y; que ALBA NUR ORDOÑEZ MEDINA es beneficiaria de la sustitución pensional desde el 12-03-2012, como cónyuge supérstite de aquél.

1.3. CONDENAR a la SOCIEDAD DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a ALBA NUR ORDOÑEZ MEDINA, la sustitución pensional, con una mesada pensional de 1 SMMLV, que para el año 2024 corresponde a la suma de \$1.300.000 y, en razón de 13 mesadas anuales.

1.4. CONDENAR a la SOCIEDAD DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a ALBA NUR ORDOÑEZ MEDINA, el retroactivo pensional de las mesadas adeudadas, en lo no prescrito, desde el 03 de mayo de 2014 hasta el 30 de junio de 2024, el cual arroja la suma de \$117.062.939; suma que deber ser debidamente indexada, conforme se expuso en la parte motiva.

1.5. AUTORIZAR a la SOCIEDAD DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que descuente del retroactivo pensional, los dineros con destino al Sistema General de Seguridad Social.

1.6. CONDENAR a las llamadas en garantía, BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a cumplir en lo que les corresponda respectivamente, las responsabilidades pactadas con la tomadora, AFP HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

hoy SOCIEDAD DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., según los términos y condiciones plasmados en sendos contratos de aseguramiento, conforme lo expuesto en la parte motiva.

1.7. CONDENAR en ambas instancias a PORVENIR S.A., BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en costas procesales, a favor de ALBA NUR ORDOÑEZ MEDINA. Las agencias de primera instancia serán fijadas por la A quo, las de segunda instancia se estiman en \$ 2'000.000 a cargo de cada una de las condenadas por pasiva. Líquidense conforme o estipulan los artículos 365 y 366 del C.G.P.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la decisión de primera instancia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijar por el término de un (1) día en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647- 2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

CUARTO: Una vez surtida la publicación por Edicto, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, con destino a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

Analizando las probabilidades de prosperidad del recurso de Casación, es preciso resaltar que realizado un examen exhaustivo de los eventuales yerros jurídicos en los que pudiese haber incurrido la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Cali en su decisión, de acuerdo con las causales legalmente consagradas en la vía extraordinaria que más adelante se mencionarán de manera sucinta, es viable encauzar la demanda de casación, como a continuación se pasa a exponer:

3. ANALISIS DE LA VIABILIDAD DE RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

A. Frente a las causales para impetrar el recurso extraordinario de casación:

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en su artículo 87 establece las causales para incoar el recurso extraordinario de Casación, el cual recordemos no es una tercera instancia, sino que es un medio “*extraordinario para rebatir los soportes fácticos o jurídicos de la sentencia de un Tribunal, o excepcionalmente de un juez, con miras a rectificar los errores jurídicos que puedan conllevar, para preservar la unificación de la jurisprudencia y mantener el imperio de la ley*”¹. La norma ibidem establece:

¹ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de agosto de 2011, expediente 42305.

“ARTICULO 87. CAUSALES O MOTIVOS DEL RECURSO. En materia laboral el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

1. Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

<Inciso modificado por el artículo 7o. de la Ley 16 de 1969. El nuevo texto es el siguiente:> El error de hecho será motivo de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular <inspección judicial>; pero es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en tal error y siempre que éste aparezca de manifiesto en los autos.

2. Contener la sentencia de decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la de primera instancia, o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta.

3. <Numeral derogado por el artículo 23 de la Ley 16 de 1968...”

Frente a lo anterior, es oportuno desarrollar de manera concisa los eventos en que proceden las causales advertidas:

1. Por vía Directa. Ser la sentencia violatoria de la Ley sustancial por:

- 1.1. Infracción Directa.
- 1.2. Aplicación Indebida.
- 1.3. Interpretación Errónea.

2. Por Vía Indirecta. Esta vía permite “*atacar la sentencia por los posibles yerros en que haya incurrido el sentenciador al dejar sentadas las proposiciones fácticas que encontró demostradas*”². Esta vía se compone de:

- 2.1. Error de hecho: Esta vía a su vez se puede dar por dos motivos o razones fundamentales:
 - Por no dar por probado un hecho, estándolo.
 - Por tener un hecho por establecido sin que sea así.
- 2.2. Error de derecho: Se da por dos motivos:
 - Se da por probado un hecho sin la prueba requerida
 - Cuando no se da por probado el hecho, estando la prueba en los autos.

² MENDOZA MEDINA, Raimundo. Principios de técnicas de casación laboral. Tesis de grado. Bogotá. 1987, p 67.

3. Reformatio in pejus: Permite atacar el fallo de segunda instancia que haya violentado el principio de prohibición de reformar la sentencia en perjuicio del apelante único, es decir, cuando resulta el fallo de segunda instancia más gravoso para el recurrente.

De conformidad con lo previamente expuesto, se evidencia que, la prestación reconocida en esta litis es de pleno derecho, pues se resalta que la misma se centra en definir, (i) La acreditación o no de la densidad de semanas por parte del afiliado para haber percibido la pensión de invalidez en vida (ii) La posibilidad de aplicar el principio de la condición más beneficiosa si el afiliado no dejó causada la densidad de semanas exigidas en la normatividad vigente al momento de la estructuración de la invalidez, bien sea bajo la tesis de la CSJ- SL o la Corte Constitucional (iii) los beneficiarios que eventualmente tendrían derecho a percibir la sustitución pensional y (iv) La procedencia de la afectación de los contratos de seguros previsionales.

En aras desarrollar los puntos previamente enunciados, se procede a dividir este acápite desde dos aristas; La primera, de cara al tema de la seguridad social, es decir, todo lo concerniente al derecho de la pensión de invalidez post mortem y consigo, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, así como una eventual sustitución pensional de acreditarse el derecho a la pensión de invalidez y la segunda, de cara al contrato de seguro previsional.

- **Frente a la seguridad social: Requisitos que se deben probar para acceder a una pensión de invalidez post mortem, sustitución pensional y la aplicación del principio de la condición más beneficiosa según las teorías de la CSJ- SL y de la Corte Constitucional:**

De esta manera, tenemos que, en lo que corresponde a la densidad de semanas que debía cumplir el causante para acceder a la pensión de invalidez, estas corresponden a 50 semanas en los último 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, tal como lo indica el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, esto teniendo en cuenta que la prestación económica debe estudiarse bajo la norma vigente al momento del siniestro, que para el caso en concreto, la normatividad vigente al año 2005 –fecha de estructuración del a invalidez- es la Ley 860 de 2003.

“ARTÍCULO 1o. *El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:*

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.”

En el caso de marras, se evidencia que el argumento utilizado tanto por la AFP PORVENIR y la Juez de primera instancia, negar la pensión de invalidez post-mortem, se ciñó a la inexistencia de la densidad de semanas cotizadas por el causante, problema que en debida forma se estudió en primera instancia bajo todas las oportunidades que tenía la parte actora para acceder al derecho pensional, inclusive, el reconocimiento bajo el principio de la condición más beneficiosa, pero únicamente, de cara a la postura de nuestro órgano de cierre, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual permite la aplicación de la norma INMEDIATAMENTE anterior, prohibiendo realizar una búsqueda histórica de la alternativas normativas que pueda tener el afiliado. Postura que revocó el tribunal, al considerar que, el principio en mención se debe aplicar conforme lo establecido por la Corte Constitucional, la cual permite realizar un salto normativo y emplear lo concerniente al Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto, para entender la decisión adoptaba, vale la pena traer a colación cada una de las posturas dispuestas por nuestras altas cortes, las cuales se explican a continuación:

En lo que corresponde a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta ha sido reiterativa y pacífica en establecer que el principio de la condición más beneficiosa no se trata de hacer una búsqueda histórica de la norma que se le pueda aplicar al caso particular, por lo tanto, cuando el afiliado no cumple con los requisitos de la norma vigente al momento de la causación del derecho, podrá estudiarse la prestación únicamente de cara a la norma inmediatamente anterior, es decir, si la prestación se causó en vigencia de la Ley 860 de 2003, se podrá remitir solo a la Ley 100 de 1993 en su versión original. De esta manera, el afiliado tendrá derecho bajo dos escenarios, (i) si se encontraba cotizando al sistema al momento de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, deberá acreditar 26 semanas de cotización para dicha fecha, y (ii) si no se encontraba cotizando al sistema para el momento de la entrada en vigencia de la norma enunciada, deberá haber acreditado por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior a dicha data.

Descendiendo el caso particular, véase que la norma vigente a la fecha de la estructuración de la invalidez del causante (12/08/2005), es la Ley 860 de 2003, empero para dicha data, no quedaron satisfechos los requisitos para que el afiliado fallecido causara el derecho a la pensión de invalidez post mortem, pues así quedó probado con la historia laboral. Por lo tanto, se procedió a estudiar la prestación económica bajo el principio de la condición más beneficiosa, sin embargo, se observa que tampoco reunió las 26 semanas en el año inmediatamente anterior, exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 original, ni en el año anterior a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, además de que, no era un afiliado activo al momento de la invalidez.

Ahora, frente a la postura de la Corte Constitucional, debemos decir que, si bien esta es más permisiva, lo cierto es que trae consigo requisitos especiales que deben ser valorados para cada caso en particular y no se puede dar una aplicación o interpretación genérica, teoría que fue explicada a través de la sentencia SU556/2019, en la cual, la Sala Plena considera que se podrá realizar una búsqueda histórica de las normas que puedan ser más benefactoras para el afiliado, y por ende se aplique el principio de la condición más beneficiosa, solo respecto de personas que se

encuentren en situación de VULNERABILIDAD, y para ello dispuso un “*test de procedencia*”, mismo que contine 4 requisitos que deben ser cumplidos en su totalidad para que se califique este estado, veamos:

Test de procedencia	
Primera condición	Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez ^[158] , pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: (i) analfabetismo, (ii) vejez, (iii) pobreza extrema, (iv) cabeza de familia, (v) desplazamiento o (vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa .
Segunda condición	Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.
Tercera condición	Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de la invalidez.
Cuarta condición	Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

De esta manera, la Corte ha sido enfática en establecer que, si al estudiarse el caso concreto, se observa que el afiliado no cumple con la totalidad de las 4 condiciones, no es posible dar aplicación a la teoría de la condición más beneficiosa desde la perspectiva de la Corte Constitucional, que como ya se dijo, permite una búsqueda histórica de la norma que más se ajuste a la densidad de semanas y requisitos cumplidos por el afiliado.

Por lo dicho, y teniendo claras las posturas que nuestras altas cortes han establecido para dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, al descender al caso particular se observa que el Tribunal Superior de Cali – Sala Laboral, incurrió en un exceso de valoración probatoria y una indebida aplicación de la Ley sustancial y al precedente jurisprudencial, esto por cuanto decidió dar aplicación a la teoría dispuesta por la Corte Constitucional, sin estudiar ni considerar el TEST DE PROCEDENCIA dispuesto por esta corporación, y así determinar si en realidad el afiliado fallecido, sobre el cual se le está reconociendo la pensión de invalidez post mortem, se encontraba en una situación de vulnerabilidad, para ser beneficiario del enunciado principio y ejercer el estudio prestacional bajo el Acuerdo 049 de 1990.

Así entonces, emitimos concepto favorable para interponer el Recurso Extraordinario de Casación dentro del caso concreto, toda vez que se observa causal procedente para ser alegada en sede de casación.

- **Frente a la afectación del contrato de seguro previsional**

Ahora bien, en lo que respecta a la póliza de seguro previsional No. 9201410004634 tomada por la AFP PORVENIR S.A. y emitida por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., debe decirse que en esta se concertó la obligación condicional de pagar, eventualmente, la suma adicional para completar el capital necesario que se requiera para financiar el monto de la pensión de invalidez o sobrevivientes, siempre y cuando nazca la obligación contractual de hacerlo, limitando para ello que la prestación económica se reconozca únicamente cuando se han reunido los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y/o demás normas que la modifiquen o complementen.

De esta manera, se observa que el contrato de seguro, no presta cobertura material ni temporal de cara a los hechos y pretensiones de la demanda. En cuanto a la cobertura material debe indicarse que la pensión reconocida surgió en atención a la aplicación de una norma diferente a la Ley 100 de 1993, es decir, el acuerdo 049 de 1990, data para la cual, ni siquiera existía el Régimen de Ahorro Individual, y como consecuencia, tampoco la obligación de concertar las pólizas previsionales.

Ahora bien, frente a la cobertura temporal tenemos que la misma contaba con una vigencia del 01/01/2010 hasta el 01/01/2014, y considerando que la prestación económica aquí reconocida obedece a una pensión de invalidez post mortem, estructurada en el año 2005, se tiene que para dicha data no había nacido a la vida jurídica la obligación de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de reconocer rubro alguno por concepto de suma adicional a favor de la AFP PORVENIR.

Ahora bien, si en gracia de discusión se tuviera como argumento para afectar el contrato de seguro, el que fue reconocida la sustitución pensional desde la fecha de fallecimiento del señor DIEGO MARÍA RESTREPO (Q.E.P.D) (12/03/2013), debe recordarse que la póliza previsional únicamente se puede ver afectada de cara a pensiones de invalidez y sobrevivencia y NO a sustituciones pensionales, bajo el entendido que la pretensión principal es precisamente la INVALIDEZ la cual se estructuró en una fecha en la cual no había vínculo comercial entre las partes.

Por las anteriores razones, consideramos que, el Tribunal Superior de Cali – Sala Laboral, incurrió en una indebida valoración e interpretación de las características que regulan el contrato de seguro, y se excedió en la condena impuesta, máxime si se tiene en cuenta que la misma no fue delimitada o señalada con claridad, sino todo lo contrario, fue dictada de manera genérica y sin un estudio detallado de la póliza previsional.

B. Frente al Interés Económico para Recurrir

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en su artículo 86 establece que solo serán susceptibles de Recurso Extraordinario de Casación los procesos que excedan la cuantía de 120 SMLMV.

La norma ibidem establece:

*“ARTÍCULO 86. SENTENCIAS SUSCEPTIBLES DEL RECURSO. <Artículo modificado por el artículo 43 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la vigencia de la presente ley y sin perjuicio de los recursos ya interpuestos en ese momento, sólo serán susceptibles del recurso de casación los procesos cuya cuantía exceda de **ciento veinte (120) veces el salario mínimo legal mensual vigente.**” (negritas y subrayado fuera del texto)*

En el caso en concreto, se evidencia que hasta el momento se desconoce el monto que se encuentra ahorrado en la cuenta individual del señor DIEGO MARÍA RESTREPO (Q.E.P.D) y, por tanto, no hay certeza de la suma adicional por la que MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. debe responder, motivo por el cual, no es posible precisar si se cuenta con interés económico para recurrir en sede de casación, pues la condena (suma adicional) debe superar los 120 SMLMV al año en curso, es decir, \$156.000.000. Por tanto, se torna de vital importancia que la Compañía realice el cálculo correspondiente para determinar si existe o no interés económico para recurrir.

4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

Vistas pues las causales permitidas para enervar el recurso extraordinario en cita, consideramos que el accionar desplegado por el fallador de segunda instancia se no se encuentra ajustado a la normatividad aplicable al caso, esto es, aquella permitida por la extensa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, que para el caso en concretó se ciñó en establecer si el causante DIEGO MARÍA RESTREPO (Q.E.P.D.) logró acreditar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez post mortem, y como consecuencia, que su cónyuge logra acceder a la sustitución pensional.

De esta manera, se observa que si bien la Corte Constitucional, considera la posibilidad de realizar un salto normativo para que las personas que hayan causado el derecho a la pensión de invalidez en vigencia de la Ley 860 de 2003, puedan acceder al reconocimiento bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, esto lo hace ÚNICAMENTE respecto de las personas que acrediten una situación de vulnerabilidad, para lo cual deberá cumplir con el test de procedencia establecido y ampliamente explicado en Sentencia SU556/2019, hecho que consideramos no quedó probado en esta litis, por lo tanto, se observa que el Tribunal Superior de Cali – Sala Laboral, incurrió en un exceso de valoración probatorio, una indebida aplicación de la Ley sustancial y un desconocimiento del precedente jurisprudencial al momento de emitir la sentencia de segunda instancia, pues no se

puede obviar que los parámetros para dar aplicación a la condición más beneficiosa ya se encuentran trazados y delimitados por nuestras altas cortes.

Ahora bien, en lo que respecta a la póliza de seguro previsional 9201410004634 tomada por la AFP PORVENIR S.A. y emitida por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., debe decirse que la misma NO presta cobertura material ni temporal de cara a los hechos y pretensiones de la demanda. En cuanto a la cobertura material, se resalta que el amparo versa únicamente sobre el reconocimiento y pago de la suma adicional para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia, condicionando además a que el afiliado debía cumplir los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993 y/o las demás normas que la modifiquen o complementen, no obstante, para el presente caso, debe decirse que, (i) la pensión de invalidez post mortem reconocida fue estudiada bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, resaltando que para dicha calenda ni siquiera existía el RAIS y mucho menos la exigencia de emitir las pólizas previsionales, y (ii) posteriormente se concedió la sustitución pensional, misma que no se encuentra amparada por el contrato de seguro suscrito. Frente a la cobertura temporal, tenemos que la misma tiene una vigencia del 01/01/2010 hasta el 01/01/2014, y considerando que la prestación económica aquí reconocida obedece a una pensión de invalidez post mortem, estructurada en el año 2005, se tiene que para dicha data no había nacido a la vida jurídica la obligación de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de reconocer rubro alguno por concepto de suma adicional a favor de la AFP PORVENIR. Ahora bien, si en gracia de discusión se tuviera como argumento para afectar el contrato de seguro, el que fue reconocida la sustitución pensional desde la fecha de fallecimiento del señor DIEGO MARÍA RESTREPO (Q.E.P.D) (12/03/2013), debe recordarse que la póliza previsional únicamente se puede ver afectada de cara a pensiones de invalidez y sobrevivencia y NO a sustituciones pensionales, bajo el entendido que la pretensión principal es precisamente la INVALIDEZ la cual se estructuró en una fecha en la cual no había vínculo comercial entre las partes.

En el mismo sentido, resaltamos la importancia de realizar una liquidación de la suma adicional, en un lapso no superior a 1 mes, en aras de tener certeza sobre el valor de la condena impuesta a la compañía y establecer el interés económico para recurrir.

Teniendo claro lo anterior, reiteramos respetuosamente nuestra recomendación de impetrar la demanda de casación. En consonancia con lo anterior, ponemos a su consideración nuestro criterio, salvo mejor opinión.

Cordialmente,

Equipo Área Laboral
GHA Abogados & Asociados.