El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

*ORALIDAD*

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 26 de enero de 2017.

Proceso: Ordinario Laboral – Revoca sentencia que accedió a las pretensiones y niega

Radicación No: 66001-31-05-005--2014-00538-01

Demandante: Eduardo Antonio Arias Mejía

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

Tema a tratar: **DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ Y LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DE ORIGEN COMÚN. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.** No es igual que la indemnización la haya recibido en vida el causante de la prestación, que le sea reconocida al aspirante de la pensión de sobrevivientes. En el primer caso, pesaría en contra la incompatibilidad prevista en los artículos 2 y 49 del Acuerdo 049 de 1990, En el segundo, las Salas de Decisión números 1 y 3 de esta Corporación, por mayoría de sus integrantes, han accedido a la gracia pensional de sobrevivencia o invalidez, y no a la mera indemnización sustitutiva, en virtud de tal principio constitucional, incluso cuando el comparativo del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de hogaño, de cuya fuente se pretende dimanar el derecho, se haga a través de las Leyes 797 y 860 de 2003, hipótesis que no es la que se ofrece en el sub-lite, dado que la causante ya había recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

Pereira, hoy veintiséis (26) de enero de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (09:45 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, declaran abierto el acto, el cual tiene por objeto decidir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 10 de febrero de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral que *Eduardo Antonio Arias Mejía* promuevecontra C*olpensiones****.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **ANTECEDENTES**

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, a modo de introducción se tiene que el demandante Eduardo Antonio Arias Mejía**,** demandó a Colpensiones para que, previos los trámites del proceso ordinario, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, a partir del 25 de marzo de 2012, más el retroactivo, los intereses de mora y las costas procesales.

Fundamenta sus pedimentos en que el 11 de mayo de 1953 contrajo nupcias por el rito católico con la señora Olga Esther Aguirre; que convivieron bajo el mismo techo, compartiendo lecho y mesa, y nunca se llegaron a separar hasta el deceso de aquella, esto es, el 25 de marzo de 2012; que presentó ante la entidad demandada, la correspondiente solicitud pensional por sobrevivencia, pero le fue negada a través de la Resolución GNR 136548 de 2014, por haber cobrado en vida la afiliada la indemnización sustitutiva de la pensión. Indica que su esposa cotizó en el régimen de prima media un total de 539.29 semanas, todas con antelación al 1º de abril de 1993.

Admitida la demanda, se dispuso el traslado del caso a la sociedad demanda, quien guardó silencio dentro del término otorgado para descorrer el traslado.

 ***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 10 de febrero de 2016, con base en las pruebas allegadas determinó que la señora Olga Esther Aguirre, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa dejó causada la prestación económica a favor de sus beneficiarios, pues antes del 1º de abril de 1994 tenía cotizadas más 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, al tenor de lo preceptuado en el Ado. 049/90.

Adicionalmente, encontró acreditada la calidad de beneficiario de la pensión del señor Eduardo Antonio Arias Mejía, por lo que condenó a la administradora del Régimen de Prima Media a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a su favor a partir del 25 de marzo de 2012 en cuantía equivalente a 1 SMLMV, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta que se pague la totalidad de la obligación. Indicó que era justo y proporcionado descontar del retroactivo pensional obtenido a favor del actor, el valor indexado de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que había sido reconocida en vida a la afiliada, para lo cual citó jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral.

1. ***CONSULTA***

Respecto del citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta por afectarse a Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPTSS.

***IV. CONSIDERACIONES***

1. *Del problema jurídico:*

*¿Es compatible la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida en vida a un afiliado, con la pensión de sobrevivientes de origen común?*

1. ***Desenvolvimiento de la problemática planteada.***

En el caso puntual,son supuestos fácticos no controvertidos: (i) que la señora Olga Esther Aguirre falleció el 25 de marzo de 2012, pues así lo aceptó la entidad en la Resolución GNR 136548 de 2014, visible a folio 10; (ii) que sufragó un total de 539.28 semanas de aportes al antiguo ISS, entre el 18 de noviembre de 1977 y el 23 de agosto de 1993, según se colige de la historia laboral visible a folios 46 a 49; y (iii) que a la causante se le reconoció en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, mediante la Resolución No. 3106 de 1993, por no cumplir con la densidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, ver folio 34.

Para resolver el dilema planteado, es menester indicar, que la indemnización sustitutiva de la que gozó en vida, Olga Esther Aguirre, no genera a los beneficiarios de ésta, una pensión de sobrevivientes, equivalente en forma vitalicia a las mesadas, que nunca percibió la causante de la prestación, quien con su esfuerzo aglutinó un número de aportes menores, que apenas le alcanzaron para satisfacer dicha indemnización sustitutiva.

Máxime, cuando la pretensión invocada por el demandante, se apoya en el principio de la condición más beneficiosa, cuyo puente enlaza la aspiración de que se de aplicación al acuerdo 049 de 1990, en la medida en que el actor refiere que su consorte sufragó al sistema pensional, antes del 1 de abril de 1994, más de 300 semanas, vale decir, 539, entre el 18 de noviembre de 1977 y el 23 de agosto de 1993, lo cual se corrobora con la información obrante a folios 46 a 49.

Acontece que el citado estatuto, literal D) artículo 2, establece que los afiliados a los que se le reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez quedan excluidos del seguro por vejez, invalidez y muerte, es decir, que prohíbe tajantemente la causación de cualquiera de esas prestaciones cuando ya se ha reconocido la precitada indemnización sustitutiva.

Postulado normativo que se reitera en su artículo 49, así:

 “Art. 49.- INCOMPATIBILIDAD. Las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el ISS, son incompatibles: a) entre sí..” .

Por otro lado, tampoco, la compatibilidad entre ambas prestaciones (indemnización y pensión de sobrevivientes), surge de los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, especialmente vertidos en su sentencia 26 de agosto de 2015, radicación 45.857, por cuanto acorde con sus alcances, según lo ha definido ese órgano Colegiado, y esta misma Sala del Tribunal, por mayoría en reciente providencia del 23 de noviembre de 2016, radicación No. 2014-503, necesario resulta que, el causante de la prestación hubiera dado cumplimiento a la densidad de cotizaciones previstas en las Leyes 100, 797 u 806, según el caso, en orden a que esa prestación resulte distinta de la indemnización sustitutiva que al mismo se le hubiere reconocido con antelación.

 Se expuso en aquella ocasión:

*“Ahora bien, mediante sentencia SL 11234 de 26 de agosto de 2015 radicación Nº 45.857, la Sala de Casación Laboral tomando como base la decisión adoptada en sede de casación en providencia CSJ SL, 27 ago. 2008, rad. 33885, en donde se concluyó que un afiliado al que se le había reconocido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, podía reconocérsele la pensión de invalidez, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos para el momento en que se estructure la invalidez; decidió aplicar esa postura en la pensión de sobrevivientes, explicando que el afiliado fallecido puede dejar causada esa prestación económica a favor de sus causahabientes a pesar de que haya recibido en vida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, siempre y cuando acredite la densidad de semanas exigidas por la Ley.*

*De conformidad con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral, se tiene entonces que para que no haya incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la pensión de sobrevivientes, el afiliado fallecido debe haber dejado causada la pensión con base en los aportes que sirvieron para liquidar la indemnización sustitutiva de la pensión, pues precisamente deben ser esas cotizaciones las que cubran el riesgo por muerte; lo que indica que en vigencia de la Ley 797 de 2003, el afiliado debe tener cotizadas dentro de los tres años anteriores a su deceso por lo menos cincuenta semanas al sistema general de pensiones, con las cuales se garantice la cobertura de ese riesgo, pues no de otra forma podría dejarse causada esa prestación económica, o por lo menos que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa en la forma determinada por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral, haya hecho aportes durante 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al deceso.”*

Otra arista diferente, es que, a la petición sobre pensión de sobrevivientes, elevada por el beneficiario con apoyo en la condición más beneficiosa, respondiera el organismo de la Seguridad Social, con el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, por cuanto, en eventos como éste las Salas de Decisión números 1 y 3 de esta Corporación, por mayoría de sus integrantes, han accedido a la gracia pensional de sobrevivencia o invalidez, y no a la mera indemnización sustitutiva, en virtud de tal principio constitucional, incluso cuando el comparativo del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de hogaño, de cuya fuente se pretende dimanar el derecho, se haga a través de las Leyes 797 y 860 de 2003, hipótesis que no es la que se ofrece en el sub-lite, dado que la causante ya había recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

En estos puntuales aspectos, es preciso indicar en respaldo de la tesis favorable a la condición más beneficiosa, en materia de pensión de sobrevivencia o invalidez, gracias al salto de las Leyes 797 u 860 de 2003 al Acuerdo 049 de 1990, que la misma se ve robustecida, primero, por cuanto si se sustentan en la expectativa legítima, ésta no admite límite en el tiempo, además, recientemente la Corte Constitucional (sentencia T SU-442) dijo:

“*en virtud de la condición más beneficiosa, las expectativas legítimamente contraídas antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 constituyen barreras, que limitan la competencia del legislador para agravar los requisitos ya cumplidos mediante reformas desprovistas de regímenes de transición. Este límite, de raigambre constitucional, es entonces oponible a la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, en su versión original, e incluso por la Ley 860 de 2003*”.

En segundo lugar, resulta significativo el planteamiento del alto Tribunal Constitucional, en orden a que no sea estrictamente necesaria, en ejercicio de la condición más beneficiosa, la aplicación de la norma sucesivamente anterior, sobre el fundamento de que este principio se basa en la certeza y no en la duda.

Así lo expuso en sentencia de Tutela SU-442 de 2016 (18 de agosto), tras exponer que como órgano de cierre en materia constitucional tiene competencia para unificar la interpretación correspondiente (CP. 241), prosigue que a diferencia de los principios de favorabilidad e indubio pro operario, “*la condición más beneficiosa se desarrolla sobre la base de la certeza, pues el operador jurídico sabe cuál es la norma vigente y cuál, por ende, debería aplicar. Lo que sucede es que, al comprobar que dicha actuación tendría unos efectos desproporcionadamente injustos en un caso particular, acude a una excepción resolviendo la situación con una norma derogada*”.

Finalmente remata, en torno a la carga argumentativa del juez, que el asunto:

 “*versa sobre un derecho fundamental, como es el relativo al derecho a la seguridad social. Existe en este aspecto una prohibición de regresividad que incrementa la carga de argumentación judicial para retroceder en el alcance de protección alcanzado…. Esta prohibición ata a todas las autoridades, incluidas las judiciales. Por lo que para apartarse de la jurisprudencia en sentido restrictivo es preciso demostrar que hay argumentos poderosos para no incurrir en la prohibición de regresividad en los derechos sociales. Pues bien, la Corte considera que no se han aportado razones de esa naturaleza para cambiar la jurisprudencia constitucional vigente sobre la materia, o para apartarse de ella*”.

De allí entonces, que el derecho fundamental a la seguridad social, no deja de serlo, por cuanto se haya esgrimido en el curso de un proceso ordinario, como acontece en el *sub-lite*, y no dentro de una acción constitucional de Tutela, dado que en el ejercicio de la función de administrar justicia, el juez reviste ambas calidades (constitucional y ordinario).

 Las precedentes consideraciones, no alcanzan a ser aplicadas al sub-lite, por lo que se ha venido estimando al principio de este discurso, y por ende, la indemnización sustitutiva que en vida le fuera reconocida a la causante, no puede transformarse en una de vejez, que admita el derecho, a sus beneficiarios, en la modalidad de sobrevivientes, más cuando de poderse mantener como indemnización sustitutiva, sería incompatible con la que hoy reclama el demandante en la órbita de la condición más beneficiosa (arts. 2 y 49 del Acuerdo 049 de 1990), por fuera de los alcances dado por el órgano de cierre a la posibilidad de la compatibilidad pensional.

Son suficientes las anteriores disertaciones, para concluir que la afiliada fallecida no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes que por esta vía judicial se reclama. Por consiguiente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la entidad accionada, se revocará íntegramente la sentencia de primer grado, para en su lugar, absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra.

Sin costas en esta instancia. Las de primer grado correrán a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Revocar la sentencia proferida el 10 de febrero de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, y en su lugar, se absuelve a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra.

2. Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta. Las de primer grado estarán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

 FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN Magistrada Magistrada

ALONSO GAVIRIA OCAMPO

Secretario