***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 21 de abril de 2016.

**Radicación No**:66001-31-05-004-2014-00165-01

**Proceso**: Ordinario Laboral.

**Demandante**: María Argenis Cárdenas Valencia

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar: Pensión de sobrevivientes – Condición más beneficiosa entre la Ley 797 de 2003 y el Acuerdo 049 de 1990:** más allá de acudir al concepto que en sí mismo encierra dicho principio, a propósito de los cambios legislativos entorno a las pensiones de invalidez y sobrevivencia, a lo que realmente se acude es al principio de favorabilidad, en los términos como lo entiende la Corte Constitucional, proporcionalidad, equidad, igualdad, buena fe y confianza legítima, por cuanto en una sana lógica, no tendría explicación que quien apenas haya efectuado aportes por 26 o 50 semanas, cual ocurre en el ámbito de aplicación de las leyes 100 y 797 o 860, respectivamente, se causaría el derecho a sus beneficiarios, en cambio, quienes por no haber colmado ese mínimo de cotizaciones, pero sí más de 150 o 300 con anterioridad a la Ley 100, quedarían por fuera de la protección legal. **Principio de favorabilidad:** conforme lo establece la Corte Constitucional, el artículo 53 del constituyente primario no impone un límite temporal al funcionario judicial para determinar la norma más favorable al trabajador, por lo que el juez, como garante de los derechos de los ciudadanos, debe determinar en el caso concreto, cuál norma es la más favorable al trabajador, y aplicarla en caso de que ésta haya regulado la situación jurídica.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintiún (21) días del mes de abril de dos mil dieciséis (2016), siendo las diez y treinta minutos de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los suscritos magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2014 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por ***María Argenis Cárdenas Valencia*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones******Colpensiones****.*

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES***

***INTRODUCCIÓN***

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 la demandante demandó a Colpensiones para que, previos los trámites del proceso ordinario, se declare que ella en calidad de compañera permanente del señor Samuel Ortiz Hurtado tiene derecho a la pensión de sobrevivientes a partir del 11 de julio de 2012, junto con los intereses moratorios y las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que el señor Samuel Ortiz Hurtado falleció el 11 de julio de 2012, momento para el cual no se encontraba cotizando al Sistema General de Pensiones, sufragando al 1º de abril de 1994 un total de 411 semanas de aportes; que inició su vida marital con el causante en el mes de mayo de 1979, misma que se mantuvo vigente hasta el día de su deceso; que producto de esa unión nacieron Samuel Andrés, Alberto Jhony, Sandra Viviana y Víctor Alfonso Ortiz Cárdenas. Refiere que los gastos funerarios ocasionados con el deceso de su compañero permanente, fueron cubiertos por uno de sus hijos; que presentó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, empero, le fue negada por medio de la resolución Nº GNR 369280 de 26 de diciembre 2013.

Al dar respuesta a la demanda, la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** aceptó los hechos relacionados con la fecha del deceso del asegurado, la solicitud pensional y su solución desfavorable. Frente a los demás adujo no ser ciertos o no constarle. Se opuso a las pretensiones y en su defensa, propuso las excepciones de “Falta de causa incumplimiento de requisitos legales mínimos”, “Improcedencia condena por intereses mora en la forma pretendida”, “Pago eventual y compensación”, “Incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión con el reconocimiento posterior de la pensión de sobrevivientes”, “Exoneración de condena por buena fe” y “Prescripción”.

Dentro del trámite del proceso, la sentenciadora de primer grado ordenó la vinculación del hijo menor del causante y la demandante, Víctor Alfonso Ortiz Cárdenas, en calidad de litisconsorte necesario y para ello le designó curador ad-litem, quien contestó la demanda, aceptando entre otros hechos, el deceso del asegurado, la reclamación hecha por la demandante ante Colpensiones y su respuesta desfavorable. Frente a las pretensiones invocadas por la gestora de la litis expresó que se acogía a ellas, siempre y cuando se lograse demostrar lo narrado en la demanda.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 4 de diciembre de 2014, con base en las pruebas allegadas determinó que el señor Samuel Ortiz Hurtado no dejó causada la pensión de sobrevivientes, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, no sufragó 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a su deceso. Igualmente, sostuvo que en los términos establecidos por la Sala de Casación Laboral, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, el señor Ortiz Hurtado tampoco dejó causado el derecho, toda vez que no sufragó 26 semanas dentro del año anterior a su deceso, ni tampoco otras 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la entrada en vigencia la Ley 797 de 2003. Por los motivos expuestos, negó la totalidad de los pedimentos.

Inconforme con la decisión, la demandante presentó recurso de apelación, alegando que el causante dejó causada la pensión de sobrevivientes, pues con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía cotizadas 411 semanas al Sistema General de Pensiones, cumpliendo entonces, con la densidad de semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990. Sostiene igualmente, que tiene derecho a que se le reconozca la prestación económica, dado que dentro del proceso quedó acreditado el tiempo de convivencia exigido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Al haber resultado la sentencia completamente desfavorable al menor Víctor Alfonso Ortiz Cárdenas, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

***Del problema jurídico.***

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

*¿Dejó causada con su deceso el señor Samuel Ortiz Hurtado* *la pensión de sobrevivientes a favor de sus posibles beneficiarios?*

*¿Tienen derecho la señora María Argenis Cárdenas Valencia a la pensión de sobrevivientes que reclaman?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar la consulta, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

***III. CONSIDERACIONES:***

***3. Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Son supuestos fácticos no controvertidos en esta instancia: (i) que el óbito del asegurado, Samuel Ortiz Hurtado ocurrió el 11 de julio de 2012 (ver folio 16); (ii) que aquel sufragó al sistema pensional un total de 411 semanas en toda su vida laboral desde el 01 de julio de 1982 y hasta el 5 de marzo de 1993, (ver folio 61 y ss.) y (iii) que Víctor Alfonso Ortiz Cárdenas es hijo del causante y la demandante, según se colige del certificado de registro civil de nacimiento allegado a la Secretaria de esta Corporación.

Para empezar, se tiene que para la fecha del deceso del afiliado -*11 de julio de 2012*, se encontraba vigente el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual exige una densidad mínima de 50 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso del asegurado; condición ésta que no satisfizo el asegurado, por cuanto efectuó su último aporte al sistema general de pensiones en el mes de marzo de 1993, tal como se colige del reporte de semanas cotizadas obrante a folio 61.

Bajo esas circunstancias, dado que al 1º de abril de 1994 el afiliado había aglutinado más de 300 semanas sufragadas al sistema pensional, las que en vigencia del acuerdo 049 de 1990, hubieran sido suficientes para que sus causahabientes alcanzaran el derecho a la pensión de sobrevivientes, es preciso el análisis en torno a si en favor del de las pretensiones de la demandante y su hija menor juega el principio de la condición más beneficiosa.

En ese orden, las altas Cortes han dimensionado la densidad de aportes exigidas en rigor de una norma anterior al del suceso de la muerte, en aras de atender el principio de la condición más beneficiosa, fundada justamente en la expectativa legítima que la situación le envuelve a su titular, en instantes en que en palabras del órgano de cierre de la especialidad laboral, sus sentencias: 22 de octubre de 2013, 8 de mayo y 25 de julio de 2012, radicaciones: 39229, 35319 y 38674, entre otras.

“*Bajo las anteriores perspectivas, el [principio de la condición más beneficiosa], tiene adoctrinado la Sala por línea general, entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificar el régimen pensional al cual estuvieran adscritos, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido en sentido riguroso, se ubican en una posición intermedia, habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbi gratia, haber cumplido íntegramente con la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada para obtener una prestación de índole pensional. A ellos, entonces, se les debe aplicar la disposición anterior, es decir, la vigente para el momento en que reunieron la densidad exigida para obtener la prestación. En ese horizonte, ha enseñado esta corporación que, tratándose de derechos que no se consolidan por un solo acto sino que suponen una situación que se integra mediante hechos sucesivos, hay lugar al derecho eventual, que no es definitivo o adquirido mientras no se cumpla la última condición, pero que sí implica una situación concreta protegida por la ley, tanto en lo atinente al acreedor como al deudor, por lo que supera la mera o simple expectativa. Estas son las llamadas por la doctrina constitucional “expectativas legítimas*” (sentencia de 25 de julio de 2012 atrás reseñada).

Tal manera de razonar, para justificar la condición más beneficiosa entre la ley 100 de 1993 y el acuerdo 049 de 1990, posee para la Corte Suprema de Justicia, otros ingredientes jurídicos, tomados tanto del derecho internacional como interno, al traer a cuento el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT, el Convenio 128 de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, que dispone:

“*ART. 30.—La legislación nacional deberá, bajo condiciones prescritas, prever la conservación de los derechos en curso de adquisición respecto de las prestaciones contributivas de invalidez, vejez y sobrevivientes*”.

Al efecto, la alta Corporación hace notar que “*este convenio confiere un valor relevante a la preservación de “los derechos en curso de adquisición”, destacando con ello la obligación estatal de respetar aquellos requisitos que ya han sido consolidados por una persona, con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición*” (ob. cit.).

Por otra parte, también a manera ilustrativa, cita el Convenio 157 de la OIT, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social (1982), que versa sobre los llamados “derechos en curso de adquisición, en materia de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes”.

Así mismo, trae a cuento el artículo 2 de la declaración universal de los derechos humanos, y los convenios 100 y 101 sobre factores ilegítimos de discriminación, y remata con la legislación interna, artículo 13 superior, y 272 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al primero, predica:

“*bajo la órbita del artículo 13 superior, imponer unas condiciones más exigentes a quien ha consolidado de hecho, bajo una determinada normativa, una “situación” de semanas cotizadas, que le confieren fundamento para reclamar ulteriormente una pensión de invalidez, o a sus sucesores una de sobrevivientes, constituye una forma de discriminación. Es decir, en este caso se está imponiendo un trato diferente, más gravoso, con un motivo no relevante, como lo es el hecho de que, no obstante su situación consolidada, deba acreditar adicionalmente mayores requisitos, en ausencia de los cuales no puede ser beneficiario de la respectiva pensión. Con otras apalabras, se estaría contraviniendo lo proclamado por el artículo 53 superior, que ordena reconocer “la situación más favorable” …”.*

Al paso que el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, establece que “los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia”. Y con ello pregona el órgano de cierre de la especialidad laboral, “*la propia Carta Fundamental extiende a la seguridad social, sin ninguna duda, los principios que, en su origen, son propios del derecho laboral*”.

En lo que toca al principio de la sostenibilidad financiera del sistema de la seguridad social, instaurada por el Acto Legislativo 01 de 2005, señala la ameritada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

*“la aplicación jurisprudencial del principio de la condición más beneficiosa no atenta contra la regla de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, no solo porque esta regla obliga específicamente al legislativo a partir de la fecha señalada, sino, sobre todo, porque la aplicación del principio señalado opera sobre unas personas que han reunido las exigencias fácticas que, bajo una normativa determinada, aseguraban a ellas o a sus sucesores la obtención de un derecho. Y al reunir esas exigencias fácticas, traducidas en una determinada densidad de cotizaciones, esas personas han igualmente satisfecho las exigencias de tipo financiero demandadas por el sistema, según la normativa para ese momento. O sea, para el sistema vigente en ese momento, sus pensiones estaban financiadas al cumplir el tiempo exigido de cotización…el hecho de que una persona haya cumplido con los requerimientos de cotización impuestos bajo una determinada normativa, garantiza que la pensión para la cual ha cotizado está garantizada por el propio estado, con lo cual se cumple otro elemento normativo adicionado al artículo 48 de la Constitución por el Acto Legislativo 01 de 2005”.*

Ahora bien, en relación con el mismo tema, esto es, la procedencia de la condición más beneficiosa, no ya entre la ley 100 de 1993 y el acuerdo 049 de 1990, sobre la cual es pacífica la doctrina, sino entre las leyes 797 y 860 y el mentado acuerdo 049 de 1990, la jurisprudencia constitucional, T-401 de 2015 y T. 4.190.630, entre otras, es aún más amplia al abarcar esta última hipótesis, al esbozar con razones muy similares a las blandidas por su homóloga laboral.

En efecto, enseña el alto Tribunal Constitucional, que ante la inexistencia de un régimen de transición para las pensiones de sobrevivencia e invalidez, en atención a los principios de buena fe, confianza legítima y favorabilidad, es dable dar aplicación a una norma anterior, como es el Acuerdo 049 de 1990, si el afiliado realizó cotizaciones en vigencia de dicha disposición, siempre que una norma posterior resulte ser desfavorable a su derecho pensional, puesto que dicha regla, se estatuye con el fin de proteger el principio de favorabilidad que en materia laboral ha reconocido el artículo 53 del ordenamiento superior, el cual, garantiza la protección de la expectativa legítima de aquellos que con observancia al régimen pensional vigente a la fecha de su afiliación al sistema de seguridad social, efectuaron sus cotizaciones con el propósito de obtener la pensión, o de causar la prestación de sobrevivientes a sus familiares.

Recaba igualmente esa Corporación, que el artículo 53 del constituyente primario no impone un límite temporal al funcionario judicial, para determinar la norma más favorable al trabajador, por lo que el juez, como garante de los derechos de los ciudadanos, debe determinar en el caso concreto, cuál norma es la más favorable al trabajador, y aplicarla en caso de que ésta haya regulado la situación jurídica.

Con todo el material jurisprudencial de que se ha hecho mérito, es menester recordar que más allá de acudir al concepto que en sí mismo encierra el principio de la condición más beneficiosa, a propósito de los cambios legislativos entorno a las pensiones de invalidez y sobrevivencia, a lo que realmente se acude es al principio de favorabilidad, en los términos como lo entiende la Corte Constitucional, proporcionalidad, equidad, igualdad, buena fe y confianza legítima, por cuanto en una sana lógica, no tendría explicación que quien apenas haya efectuado aportes por 26 o 50 semanas, cual ocurre en el ámbito de aplicación de las leyes 100 y 797 o 860, respectivamente, se causaría el derecho a sus beneficiarios, en cambio, quienes por no haber colmado ese mínimo de cotizaciones, pero sí más de 150 o 300 con anterioridad

a la Ley 100, quedarían por fuera de la protección legal.

Prospera, entonces, la pretensión de la parte actora al amparo de los comentados principios.

De manera pues que, como al 1º de abril de 1994 el causante había sufragado al sistema pensional un total de 411 semanas de aportes, se afirma que dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedan a la pensión de sobrevivientes.

En torno a la calidad de beneficiaria de la señora María Argenis Cárdenas Valencia, habrá que decir la misma aparece acreditada en la Resolución GNR 369280 del 26 de diciembre de 2013 (ver fl.30), a través de la cual la entidad demandada resolvió de manera desfavorable la solicitud pensional de la actora, informándole que como beneficiaria, al tenor de lo preceptuado en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, tiene la opción de reclamar la indemnización sustitutiva de la prestación por sobrevivencia, pues el asegurado fallecido no sufragó la densidad de semanas requeridas para dejar causado el derecho.

Ahora bien, en vista de la demandante instauró la acción judicial pretendiendo el reconocimiento y pago del 100 % de la prestación de sobrevivientes a partir del 11 de julio de 2012, fecha del óbito del asegurado, y que para dicha calenda el joven Víctor Alfonso Ortiz Cárdenas, hijo del causante contaba con 15 años de edad, tal cual se acredita con la copia del certificado del registro civil de nacimiento obrante a folio \_\_ del cuaderno de segunda instancia, situación que consecuencialmente le otorga el derecho a concurrir como beneficiario de la pensión de sobrevivientes, de conformidad con el literal c) del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se procederá así:

Se hará el reconocimiento de la prestación pensional a la demandante en proporción igual al 50 %, a partir del 11 de julio de 2012, fecha del óbito del asegurado, y hasta el 28 de abril de 2015, calenda para la cual Víctor Alfonso Ortiz Cárdenas arribó a la mayoría de edad, sin perjuicio de que con posterioridad a esa fecha se acreciente en un 100 % siempre que el joven beneficiario no acredite el cumplimiento de los requisitos legales que le permitan la extensión de su derecho hasta los 25 años de edad.

No se dispondrá la entrega del valor del retroactivo al joven Víctor Alfonso Ortiz Cárdenas, habida cuenta que este ningún pronunciamiento hizo en la contestación de la demanda a través de curadora ad-litem para pretender y reclamar el derecho que le asiste, amén de que por contar actualmente con la mayoría de edad puede reclamar directamente ante la entidad de seguridad social.

El monto de la prestación será el equivalente a 1 SMLMV, toda vez que al realizarse la liquidación respectiva se obtiene una cantidad inferior a esta, y por trece mesadas anuales de conformidad con el inciso 8º del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que el derecho a la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Respecto de la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, encuentra la Sala que la misma no está llamada a prosperar, como quiera que en los términos del [art. 151 del C.P.L.S.S.], no transcurrieron más de tres años desde que la respectiva obligación se hizo exigible, amén que la demanda fue incoada el 26 de marzo de 2014 (ver fl.13).

Efectuado el cálculo general del retroactivo pensional causado a favor de la demandante, desde el 11 de julio de 2012 y el 28 de abril de 2015, se tiene que el mismo asciende a la suma $ 10`702.825, tal como se ilustra en el cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta final que se levante con ocasión de esta diligencia.

En cuanto a los intereses moratorios, éstos se deben a partir de la sentencia, por haberse la entidad de seguridad social, apegado a la minuciosa aplicación de la ley (sentencia 2 de octubre de 2013, radicación 44454 y 3 de septiembre de 2014 radicación 50.259), por lo que su exoneración frente al pago de dichos réditos sólo opera mientras el derecho pensional está en discusión (sentencia 3 de septiembre de 2014, radicación 50.259).

Por último, se autoriza a Colpensiones para descontar de las condenas impuestas, los aportes con destino al sistema general de seguridad social en salud.

En consecuencia, se revocará la decisión impugnada, para en su lugar impartir las condenas en la forma antes establecida.

Costas en ambas instancias a cargo de la entidad demandada y a favor de la demadante.

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

***FALLA***

1. ***Revoca*** la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2014 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de ***María Argenis Cárdenas Valencia*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones****,* en el que se vinculó a***Víctor Alfonso Ortiz Cárdenas***a través de curador ad-litem.

***Declara*** que a ***María Argenis Cárdenas Valencia*** le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud de los principios de condición más beneficiosa y favorabilidad, en proporción igual al 50 % a partir del 11 de julio de 2012, y hasta el 28 de abril de 2015, calenda para la cual Víctor Alfonso Ortiz Cárdenas arribó a la mayoría de edad, sin perjuicio de que con posterioridad se acreciente en un 100 % la prestación siempre que el joven beneficiario no cumpla los requisitos legales que permitan la extensión de su derecho hasta los 25 años de edad.

1. ***Condena*** a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** a pagar a ***María Argenis Cárdenas Valencia***, la suma de $ 10`702.825 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 11 de julio de 2012 y el 28 de abril de 2015.
2. **Condena** a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** a pagar a ***María Argenis Cárdenas Valencia,*** los intereses moratorios que se causen a partir de la ejecutoria de esta providencia y hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación.
3. **Autoriza** a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** descontar de las condenas impuestas, los aportes con destino al sistema general de seguridad social en salud, que serán puestos a disposición de la EPS a la que se encuentre afiliada la actora.
4. **Declara** no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.
5. Costas en ambas instancias a cargo de la entidad demandada y a favor de la demandante.

La anterior decisión queda notificada ***en estrados.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

* Salva voto -

**Leonardo Cortés Pérez**

Secretario

*MAGISTRADO:* ***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

*Pereira, veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis [2016].*

***SALVAMENTO DE VOTO:***

Disiento totalmente de la decisión mayoritaria de reconocer la pensión de sobrevivientes al actor con base en la figura de la condición más beneficiosa toda vez que, a pesar que la causante falleció el 11 de julio de 2012, sin que para ese momento se tuvieran cotizadas 50 semanas dentro de los tres años anteriores, la sentencia, para conceder el derecho, dice aplicar el principio de la condición más beneficiosa, saltando de la ley 797 de 2003, vigente al momento del deceso, al acuerdo 049 de 1990.

Tal forma de utilizar la figura en mención está tajantemente proscrita por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, quien, en sentencias proferidas en los procesos radicados con los Nos. 39804, 44509, 57442, 44612 y 45306 esta última de 10 de septiembre de 2014, entre otras muchas más, ha reiterado en su Sala de casación Laboral su posición sobre la aplicación de la figura de la condición más beneficiosa, en el sentido de sostener que ésta no permite que se acuda por los juzgadores al uso de las disposiciones contenidas en cualquier legislación anterior que resulte más favorable, como aquí lo hace la mayoría de la Sala pasando de la ley 797 de 2003 al acuerdo 049 de 1990. En efecto, dijo la Corte.

*“…Por lo demás, no es procedente la aplicación de la condición más beneficiosa para acudir al Acuerdo 049 de 1990, pues dicho principio no se constituye en una patente de corso que habilite a quien no cumple los requisitos de la normatividad que le es aplicable, a efectuar una búsqueda histórica en la legislaciones anteriores para ver cual se ajusta a su situación, pues, esto desconoce el principio según el cual las leyes sociales son de aplicación inmediata y en principio rigen hacia el futuro.”*.

Es más, de manera explícita la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientísima sentencia de 18 de febrero de 2015, radicación No. 46412 con ponencia del doctor Rigoberto Echeverri Bueno, se refirió a la forma equivocada en que se pretende aplicar el principio de la condición más beneficiosa, en los siguientes términos:

“… en virtud del principio de la condición más beneficiosa, no le está permitido al juez realizar un examen histórico de las leyes anteriores a fin de determinar la más ventajosa de entre ellas para el caso particular, en lo que tiene que ver con las exigencias para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues lo cierto es que el mencionado principio constitucional **lo que autoriza es la aplicación de la norma inmediatamente anterior frente a la nueva**, en el evento de que se cumplan las exigencias de la misma, de suerte que, ante un evento que se encuentra regulado por Ley 797 de 2003 , tal como acontece en el presente asunto, no es posible la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.”

Y esta opinión del Alto Tribunal debe respetarse, teniendo en cuenta que tres decisiones uniformes, proferidas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, que en los términos de la Corte Constitucional en la parte resolutiva de la sentencia C-836 de 2001 al declarar exequible el artículo 4º de la ley 169 de 1896, obliga a **los jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, a seguir la línea**, salvo una poderosa argumentación en contrario que no percibo en la providencia de la que ahora me aparto.

Es que el soporte que utiliza la sala mayoritaria, a mi juicio no tiene suficiente peso, pues sostener que lo relevante es que las 300 semanas cotizadas en vigencia del acuerdo 049 de 1990 en cualquier caso resultan superiores a las 26 ó 50 semanas que se exigen en la ley 100 original o en la 797 de 2003 para dejar causado el derecho, es un argumento que desconoce que las pensiones de sobrevivientes e invalidez no se financian con una larga capitalización, sino que apelan a la exigencia de una moderada fidelidad.

Adicional a los claros argumentos de nuestro órgano de cierre, considero que no hay lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa en el presente caso, básicamente por la orden constitucional, establecida en el artículo 1º del acto legislativo 01 de 2005, de aseguramiento de la sostenibilidad financiera del sistema.

Fue tan claro el ánimo de esta disposición de otorgar prestaciones basadas en cálculos actuariales serios y reales que en su inciso 3º, tal vez previendo la tendencia de algún sector de los funcionarios de la jurisdicción laboral a conceder prestaciones del sistema con base en reglas anteriores a la ley 100 de 1993, como en efecto lo viene haciendo la mayoría de esta Sala, dispuso:

“...Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del sistema general de pensiones.”

Y como quiera que antes de la ley 100 de 1993 no existía un sistema general de pensiones sino una serie de regímenes desarticulados que precisamente llevaron al legislador a la expedición de lo que se ha dado en llamar el sistema de seguridad social, resulta obvio que tal disposición ordena a los operadores judiciales otorgar esas pensiones de invalidez y sobrevivientes, única y exclusivamente cuando se acrediten los requisitos que en ella se establecieron y no los de las anteriores legislaciones.

Lo que implica que por lo menos, a partir de la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, reconocer pensiones de sobrevivientes con base en los requisitos previstos antes de la ley 100 de 1993 (verbi gratia acuerdo 049 de 1990), por fallecimientos ocurridos después de 29 de julio de 2005, constituye una clara y consciente inaplicación de la Constitución Nacional.

En el presente caso el causante falleció el 11 de julio de 2012, o sea, en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, de allí que, pretender aplicar la legislación anterior a la ley 100 de 1993, esto es, aquella que existía cuando no había sistema general de pensiones, para otorgar pensiones de sobrevivientes, implica un irrespeto a nuestra Carta Fundamental, sin que sea posible sostener que el principio de la condición más beneficiosa debe prevalecer sobre el expreso texto constitucional, pues es precisamente la Carta Política la que determina las condiciones en que las reglas de derecho pueden ser aplicadas y, en los casos de invalidez y sobrevivientes, fue contundente en precisar que sólo deben concederse las pensiones con base en los requisitos previstos luego de creado el Sistema de Seguridad Social y no con fundamento en las normas preexistentes.

En mi criterio, no le está permitido a los jueces desconocer el Estado de derecho propio del sistema democrático, prescindiendo de lo dispuesto en las leyes vigentes, o incluso como en este caso, prescindiendo de un Acto Legislativo, para hacer prevalecer normas anteriores Constitucionalmente derogadas, en pos de aplicar particulares razones de equidad en cada caso concreto.

Existen razones adicionales que me llevan a desconocer el uso de la figura de la condición más beneficiosa en esta clase de asuntos, pero como quiera que, lo esgrimido hasta acá, además de peso constitucional, tiene sustento en la actual posición de la Corte Suprema de Justicia, innecesaria resulta su presentación.

Vale la pena hacer notar que conceder la pensión de sobrevivientes en estos casos, de cumplir COLPENSIONES con su ineludible deber de cuidar el patrimonio de la entidad, conllevaría un largo trámite en casación, surtido el cual, la coherencia del sistema llevaría a la permanencia de la jurisprudencia que en esta providencia se desconoce.

Dejo así salvado mi voto.

***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

Magistrado