***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 14 de abril de 2016.

**Radicación No**:66001-31-05-002-2013-00725-01

**Proceso**: Ordinario Laboral.

**Demandante**: María Lilia Chiquito Montoya

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Segundo 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.

**LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, MEDIANTE SENTENCIA SL4069-2020, RADICACIÓN Nº 75220, DE FECHA 21 DE OCTUBRE DE 2020, QUE PUEDE SER CONSULTADA EN LA PÁGINA WEB DE DICHA CORPORACIÓN, CASÓ EL PRESENTE FALLO Y “EN SEDE DE INSTANCIA” REVOCÓ LA SENTENCIA PROFERIDA EL 28 DE NOVIEMBRE DE 2014 POR EL JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD Y, EN SU LUGAR, ABSOLVIÓ A COLPENSIONES DE TODAS LAS PRETENSIONES.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, a los catorce (14) 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 grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 28 de octubre de 2014 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por ***María Lilia Chiquito Montoya*** quien actúa en nombre propio y de su hija menor Anyel Mellisa Loaiza 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 accionante demandó a Colpensiones para que, previos los trámites del proceso ordinario, se declare que ella y la menor Anyel Melissa Loaiza Chiquito tiene derecho a la pensión de sobrevivientes a partir del 18 de abril de 2008, junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las sumas reconocidas, más las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que el señor Jesús Antonio Loaiza Echeverri falleció el 18 de abril de 2008, habiendo sufragado al sistema pensional un total de 577 semanas entre el 15 de diciembre de 1979 y el 28 de febrero de 1998, de las cuales 516,70 lo fueron con antelación al 1º de abril de 1994; que convivió con el causante en calidad de compañera permanente por un lapso de 10 años anteriores a su deceso, de manera continua e ininterrumpida y, que producto de su relación sentimental nació la menor Anyel Melissa Loaiza Chiquito. Refiere que el 17 de febrero de 2010 solicitó al antiguo ISS el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, misma que fue resuelta desfavorablemente a través de la resolución Nº 04459 de 2010, argumentándose que el afiliado no dejó causado el derecho a favor de sus beneficiarios por no tener acreditadas 50 semanas de cotización dentro de los tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, y que en razón de ello se le reconoció a su hija menor, la indemnización sustitutiva de la pensión en cuantía equivalente a $5.587.262, sin que a la fecha haya cobrado dicha suma.

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 y, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión. Frente a los demás adujo no constarle. Se opuso a las pretensiones y en su defensa, propuso las excepciones de “Inexistencia del derecho a la pensión de sobrevivientes”, “Cobro de lo no debido” y “Prescripción”.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 28 de octubre de 2014, condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a María Liliana Chiquito Montoya y a la menor Anyel Melissa Loaiza Chiquito, la pensión de sobrevivientes a partir del 16 de enero de 2011 y 18 de abril de 2008, respectivamente, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, en proporción igual a un 50 % para cada una, y por catorce mesadas anuales. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con antelación al 16 de enero de 2011, respecto de la compañera permanente del causante. Autorizó descontar del retroactivo pensional correspondiente, el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en el evento de que la misma haya sido cobrada por la beneficiaria. Negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a la entidad demandada en un 85 %.

Para así concluir, tuvo como fundamento el precedente jurisprudencial sentado por la mayoría de los integrantes de esta Corporación, respecto de la viabilidad de la aplicación de la condición más beneficiosa para aquellas personas que no reúnan la densidad de semanas al amparo del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, empero, sí las acreditan a la luz del Acuerdo 049 de 1990 o Decreto 758 de 1990, situación que en el caso de autos satisfizo el asegurado, por cuanto si bien no acreditó 50 semanas en los tres años anteriores a su deceso, sufragó más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Aunó a sus argumentaciones el principio de progresividad en material de seguridad social, y la inexistencia de un régimen de transición en los casos de pensión de invalidez o sobrevivencia. De otra parte, con base en las pruebas testimoniales allegadas a la actuación encontró acreditado el requisito subjetivo de convivencia establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1990.

Respecto del citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta ante esta Sala y surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia, se procede a desatarlo.

***Del problema jurídico.***

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

*¿Dejó causada con su deceso el señor Jesús Antonio Loaiza Echeverri la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios?*

*¿Tienen derecho la señora María Lilia Chiquito Montoya y la menor de edad Anyel Melissa Loaiza Chiquito 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***

Para empezar, se pone de presente que son supuestos fácticos no controvertidos en esta instancia: (i) que el óbito del asegurado, Jesús Antonio Loaiza Echeverry ocurrió el 18 de abril de 2008 (ver folio 30); (ii) que aquel sufragó al sistema pensional un total de 593.86 semanas en toda su vida laboral, desde el 15 de diciembre de 1979 y hasta el 30 de septiembre de 1999, de las cuales 516.85 lo fueron antes del 1º de abril de 1994, (ver folio 99 y ss.) y (iii) que a la menor Anyel Melissa Loaiza Chiquito le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a través de la Resolución No. 04459 de 2010 (ver folio 22).

Así las cosas, para la fecha en que el causante falleció, 18 de abril de 2008, 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 septiembre de 1999, tal como se colige del reporte de semanas cotizadas obrante a folio 99.

 Bajo esas circunstancias, dado que el asegurado al 1º de abril de 1994, 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 en este caso se reúnen las condiciones antes previstas, dado que al 1º de abril de 1994 el causante había sufragado al sistema pensional un total de 515.85 semanas de aportes, es evidente que la decisión de la Jueza a-quo es acertada, al concluir que aquel dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes, por lo que en sede de consulta se confirmará este fragmento de la providencia.

Ahora bien, en torno al requisito de la convivencia para ostentar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes peticionada, al tenor de lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, le correspondía a la señora María Lilia Chiquito Montoya, acreditar no menos de 5 años de convivencia con el señor Jesús Antonio Loaiza Echeverry, anteriores a su deceso.

Para tal efecto, se escucharon las declaraciones de Mallerly Arias Montoya, María Liliana Ospina Serna y Jorge Mario García Hernández, quienes relataron que la pareja convivió ininterrumpidamente desde el año 98 y hasta antes de que se produjera el deceso del asegurado, sin que tuvieran noticia alguna de su rompimiento o separación; que se comportaban como pareja ante la sociedad, que procrearon a la menor Anyel Melissa y que su último lugar de residencia fue el dorado, en Cuba, donde convivían con la madre, la hermana y el sobrino de la demandante. Depusieron que el causante fue asesinado en Santa Rosa de Cabal presuntamente en ejecución de sus labores como vigilante y que las exequias se realizaron en Sacro Santo.

Acorde con lo anterior, la Sala concluye que acertó la Jueza de primer grado al declarar que en el caso bajo examen se satisfacen las exigencias del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y que la señora María Lilia Chiquito Montoya es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama, puesto que se acreditó un periodo de convivencia que supera con creces los cinco años que exige la norma en cuestión.

En cuanto a la menor Anyel Melissa, en calidad de hija menor del causante, al tenor de lo preceptuado en la norma aplicable al caso, es beneficiaria del causante, tal y como lo aceptó la entidad demandada al haberle reconocido la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, a través de la resolución No. 04459 de 2010, ver folio 22.

Así las cosas, al obrar tal aceptación expresa de la demandada, al momento de resolver la solicitud de reconocimiento de la pensión que le fue invocada, es menester, entonces, reconocer a la menor, su derecho a la pensión de sobrevivientes en un 50%, hasta que cumpla la mayoría de edad o eventualmente hasta los 25 años siempre que acredite el cumplimiento de los requisitos legales para ello, tal cual lo determinó la Jueza a-quo, concurriendo en el otro 50 % la demandante.

El monto de la prestación será el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, tal como se solicitó en la demanda, y por 14 mesadas anuales, en virtud del parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005.

De otra parte, dado que la entidad accionada propuso oportunamente la excepción de prescripción, bien hizo la sentenciadora de primer grado al declararla parcialmente probada respecto de las mesadas causadas con antelación al 16 de enero de 2011, respecto de la beneficiaria María Lilia Chiquito, habida consideración de que la acción judicial fue instaurada ese mismo día y mes del año 2014 y la solicitud pensional fue radicada ante la entidad de seguridad social el 17 de febrero de 2010, siéndole notificada la respuesta a la peticionaria el 31 de agosto de 2010 (ver fl. 24 vto).

No se predica lo mismo respecto de la menor Anyel Melissa Loaiza Chiquito, pues como es sabido, en tratándose de menores de edad, el término de prescripción de los derechos reclamados se suspende hasta tanto cumplan la mayoría de edad, por lo que en el caso de autos el reconocimiento de la prestación es procedente a partir de la fecha del fallecimiento del causante, esto es, el 18 de abril de 2008, tal cual lo dispuso la a-quo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que a través de la Resolución No. 04459 de 2010, a la menor le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, tal como lo consideró la a-quo, procede la autorización a la entidad de seguridad social para descontar del retroactivo pensional a que haya lugar, el valor de la indemnización sustitutiva en caso de haber sido cancelada a la beneficiaria.

En definitiva, se confirmará en su integridad la sentencia consultada. Sin costas en esta instancia.

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. ***Confirma*** la sentencia proferida el 28 de octubre de 2014, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral que ***María Lilia Chiquito Montoya***, en nombre propio y en representación de su hija menor ***Anyel Melissa Loaiza Chiquito*** le promueve a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.***
2. Sin costas en esta instancia.

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 -

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

*Pereira, catorce (14) 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 18 de abril de 2008, 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 la causante falleció el 18 de abril de 2008, 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