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 la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 14 de junio de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-005-2016-00548-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Luz Mery Valencia Pareja

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / APLICACIÓN DEL ACUERDO 049 DE 1990 / FALLECIMIENTO ANTES DEL 31 DE MARZO DE 2000 / EL CONTEO DE LAS 150 SEMANAS EN LOS 6 AÑOS ANTERIORES AL DECESO PUEDE ABARCAR PERIODOS COTIZADOS ANTES DEL 1º DE ABRIL DE 1994.**

Si bien se ha decantado suficientemente que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la legislación vigente al momento del fallecimiento del afiliado, por excepción, es posible acudir a la legislación anterior con el fin de determinar la concesión o no de la gracia pensional, en aplicación del “Principio de la condición más beneficiosa”.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades acogió este principio, aplicándolo al comienzo en el tránsito del Acuerdo 049 de 1990 a la Ley 100 de 1993, cuando el óbito o el hecho incapacitante, según el caso, se dio en vigencia de la ley 100 original pero el causante o el trabajador afiliado no cotizó las 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la muerte o la invalidez, pero en cambio había cotizado 300 semanas en toda su vida laboral o 150 semanas en los 6 años anteriores al 1° de abril de 1994 y 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al óbito. Sobre este último punto es necesario precisar que en aquellos casos en los que el deceso ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, es factible efectuar la contabilización de las 150 semanas incluso si parte de los 6 años se halla antes de la entrada en vigencia de dicha ley.

Lo anterior encuentra sustento, entre otras, en la sentencia proferida por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia el 5 de agosto de 2015, rad. 53438, M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas…

… es necesario aclarar que cuando la Corte Constitucional avalaba el estudio de una pensión de sobrevivientes con base en el Acuerdo 049 de 1990, respecto de una persona que había fallecido en vigencia de la Ley 797 de 2003, indicaba que era el 31 de marzo de 2000 la fecha límite en la que se debían cumplir las 150 semanas, esto es, en los 6 años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ello con el fin de establecer una temporalidad para la aplicación del aludido principio en esos precisos eventos -que no cuando se acudía a la norma inmediatamente anterior a la Ley 100 de 1993-.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Me corresponde salvar mi voto porque a pesar de que el causante falleció el 18 de enero de 1996, esto es, más de un año después de haber entrado en vigencia el sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993, se optó por darle aplicación al acuerdo 049 de 1990 en desarrollo de la figura de la condición más beneficiosa, cuando de acuerdo a los últimos desarrollos jurisprudenciales ello ya no era posible, pues se había superado el año necesario para que se pudieran dejar cotizadas las 26 semanas que el nuevo sistema exige para el otorgamiento de la prestación reclamada.

Es que la ultractividad de la norma anterior, que representa la condición más beneficiosa, solo tiene justificación si opera en el lapso en el que el requisito previsto en la nueva norma se puede cumplir…

Como quiera que el punto de partida para aceptar, en los asuntos de invalidez y sobrevivencia, la aplicación de la mal llamada “condición más beneficiosa”, es la falta de consagración de un régimen de transición –figura que por definición siempre tiene un límite temporal–, claro resulta que dicho beneficio no puede tener una vigencia ilimitada, conclusión a la que recientemente llegó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4650 de 25 de enero de 2017 radicación Nº 45262 con ponencia de los Magistrados Fernando Castillo Cadena y Gerardo Botero Zuluaga.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 8:45 a.m. de hoy, viernes 14 de junio de 2019, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Luz Mery Valencia Pareja** en contra de **Colpensiones**; trámite al que fueron vinculadas **Ana Milena y Deisy Patricia Morales Valencia.**

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**S E N T E N C I A**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 23 de julio de 2018, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

De acuerdo a los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia y los fundamentos de la apelación, le corresponde a la Sala determinar: i) si para efectos de la contabilización de las 150 semanas exigidas en los 6 años anteriores al deceso de un trabajador *-en aquellos casos en los acude al principio de la condición más beneficiosa y aquel contaba con 150 semanas cotizadas en los 6 años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993-* es posible tener en cuenta las semanas cotizadas incluso antes del 1º de abril de 1994 y, en caso afirmativo, ii) si la señora Luz Mery Valencia tiene derecho a la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Morales Gaviria.

1. **La demanda y su contestación**

La citada demandante solicita que se condene a Colpensiones, previa declaración del derecho, a que le cancele la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de su esposo, Jaime Morales Gaviria, a partir del 18 de enero de 1996 y en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, debidamente indexada, más los intereses moratorios y las costas procesales.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que el 26 de septiembre de 1987 contrajo matrimonio con el señor Morales Gaviria, con quien convivió ininterrumpidamente hasta el 18 de enero de 1996, fecha en la que aquel falleció.

Refiere que mediante Resolución 5872 del 1º de enero de 1996 le fue negada la pensión de sobrevivientes que solicitó y, en su lugar, se reconoció la indemnización sustitutiva de dicha prestación, a ella y a las menores Deicy y Ana Milena Morales Valencia, como hijas del causante.

Afirma que el señor Morales Gaviria cotizó 150 semanas en los 6 años anteriores al 1º de abril de 1994 y la misma cantidad en los 6 años anteriores a su fallecimiento, razón por la cual el 9 de octubre de 2015 solicitó ante Colpensiones que se estudiara nuevamente su pensión de sobrevivientes, aplicando el principio de la condición más beneficiosa por cumplir los requisitos del Decreto 758 de 1990 y, lo cual fue denegado a través de la Resolución GNR 25493 del 25 de enero de 2016; acto que fuera confirmado a través de las Resoluciones GNR 70697 y VPB 23326, ambas de la misma anualidad.

Colpensiones contestó la demanda manifestando que no le constaba que la demandante hubiera presentado reclamación de la pensión de sobrevivientes en el año 1996 y que el señor Jaime Morales hubiera cotizado 150 semanas antes del 1º de abril de 1994 y la misma cantidad en los 6 años anteriores a su deceso. Frente a los demás hechos indicó que eran ciertos.

Se opuso seguidamente a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones perentorias de “Inexistencia de la obligación”, “Improcedencia del cobro de intereses moratorios” y “Prescripción”.

Al proceso fueron vinculadas las hijas de la pareja, Deicy y Ana Milena Morales Valencia, quienes procedieron a contestar la demanda, a través de la misma apoderada designada por su madre, manifestando que todos los hechos eran ciertos y que no se oponían a las pretensiones.

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento negó las pretensiones incoadas por la señora Luz Mery Valencia, a quien condenó al pago de las costas procesales.

Para así decidir la A-quo manifestó que si bien en el presente caso era dable efectuar el estudio de la pensión de sobrevivientes en virtud del principio de la condición más beneficiosa y conforme a los postulados del Acuerdo 049 de 1990 *–por haber fallecido el causante en vigencia del texto original del artículo 46 la Ley 100 de 1993-*, lo cierto es que este no dejó causada la gracia pensional, pues no contaba con más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, pese a que acreditaba 150 semanas en los 6 años anteriores al 1º de abril de 1994, carecía de la misma cantidad en los 6 años siguientes a esa calenda, esto es, hasta el 31 de marzo de 2000, conforme lo tiene establecido la jurisprudencia.

1. **Recurso de apelación**

El apoderado de la demandante apeló la decisión alegando que el límite temporal de 6 años establecido hasta el 31 de marzo de 2000 por la Corte Constitucional era para aquellos casos en los que el óbito se dio con posterioridad a esa calenda y se pretende la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, con fundamento en la condición más beneficiosa, situación que no se daba en el *sub lite*, pues el señor Jaime Morales falleció el 18 de enero de 1996, siendo posible contabilizar las 150 semanas en los 6 años anteriores a esa fecha.

1. **Consideraciones**
   1. **Supuestos fácticos probados**

No existe discusión alguna en el caso de marras respecto a los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Jaime Morales Gaviria falleció el 18 de enero de 1996 (fl. 29); *ii)* que cotizó 194,29 semanas en el I.S.S., entre el 13 de enero de 1989 y el 2 de junio de 1994, según se desprende del reporte de semanas cotizadas que milita en el infolio (fl. 105); iii) que la demandante solicitó el 9 de octubre de 2015 el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, misma que fue negada a través de la Resolución GNR 25493 del 25 de enero de 2016 (fl. 39 y s.s.) y, iv) que contra dicha resolución se interpusieron los recursos de ley y fue confirmada en todas sus partes mediante las Resoluciones GNR 70697 y VPB 23326 de 2016 (fls. 32 a 38).

Hasta aquí debe decirse que, en principio, la norma aplicable es la vigente para el momento del óbito del señor Morales Gaviria, que no es otra que la Ley 100 de 1993 en su texto original, la cual exige, entre otros, que él hubiera cotizado 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, requisito que no se cumplió según quedó demostrado y aceptado, reclamándose entonces que la pensión se reconozca en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

* 1. **Del principio de la condición más beneficiosa y las 150 semanas exigidas en los 6 años anteriores al fallecimiento**

Si bien se ha decantado suficientemente que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la legislación vigente al momento del fallecimiento del afiliado, por excepción, es posible acudir a la legislación anterior con el fin de determinar la concesión o no de la gracia pensional, en aplicación del *“Principio de la condición más beneficiosa*”.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades acogió este principio, aplicándolo al comienzo en el tránsito del Acuerdo 049 de 1990 a la Ley 100 de 1993, cuando el óbito o el hecho incapacitante, según el caso, se dio en vigencia de la ley 100 original pero el causante o el trabajador afiliado no cotizó las 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la muerte o la invalidez, pero en cambio había cotizado 300 semanas en toda su vida laboral o 150 semanas en los 6 años anteriores al 1° de abril de 1994 y 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al óbito. Sobre este último punto es necesario precisar que en aquellos casos en los que el deceso ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, es factible efectuar la contabilización de las 150 semanas incluso si parte de los 6 años se halla antes de la entrada en vigencia de dicha ley.

Lo anterior encuentra sustento, entre otras, en la sentencia proferida por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia el 5 de agosto de 2015, rad. 53438, M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas, en la que se abordó un asunto con aristas similares al presente y se señaló:

“Dos precisiones cabe hacer, entonces, sobre el criterio jurisprudencial vigente en torno a las ciento cincuenta (150) semanas, así: La primera, para quienes fallecen antes del 31 de marzo de 2000 pero después del 1º de abril de 1994, deben haber cumplido con esa densidad dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e igualmente esa misma densidad dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento, permitiéndose la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la Ley 100 de 1993; la segunda, para quienes fallecen después del 31 de marzo de 2000, deben haber satisfecho esa densidad dentro de los seis años anteriores al 1º de abril de 1994, e igualmente esa misma densidad entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000.

Sin embargo, el Tribunal, no obstante tener por acreditado que el causante falleció el 14 de agosto de 1997, exigió que las ciento cincuenta (150) semanas, distintas de las sufragadas dentro de los seis (6) años anteriores al 1º de abril de 1994, debían estar satisfechas entre el 1º de abril de 1994 y el 14 de agosto de 1997, y al no encontrarlas demostradas, consideró que dicha situación que no se avenía a la jurisprudencia de la Corte, para finalmente negar la pensión de sobrevivientes.

No advirtió el ad quem, y en ello consistió su error, que las ciento cincuenta (150) semanas cuyo segundo requisito exigió la Corte, tenían que estar cotizadas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento del causante. Y no está de más advertir, que de admitirse el criterio que tuvo en cuenta el Tribunal, ninguna persona fallecida, por ejemplo, entre el 1º de abril de 1994 y el 15 de marzo de 1997 aproximadamente, que no haya dejado trescientas (300) semanas cotizadas a 1º de abril de 1994, pero si ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis años anteriores a la última fecha mencionada, puede dejar cotizadas ese mismo número en el lapso inicialmente señalado, es decir entre el 1º de abril de 1994 y la fecha de su fallecimiento, y en ese caso no dejaría causado derecho a la pensión de sobreviviente.”

Este precedente, a su vez, se funda en distintos pronunciamientos del Alto Tribunal que han sostenido esta postura de manera pacífica, entre otros, el contenido en la sentencia emitida el 26 de diciembre de 2006, rad. 29042, M.P. Carlos Isaac Nader.

Ahora bien, es necesario aclarar que cuando la Corte Constitucional avalaba el estudio de una pensión de sobrevivientes con base en el Acuerdo 049 de 1990, *respecto de una persona que había fallecido en vigencia de la Ley 797 de 2003*, indicaba que era el 31 de marzo de 2000 la fecha límite en la que se debían cumplir las 150 semanas, esto es, en los 6 años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ello con el fin de establecer una temporalidad para la aplicación del aludido principio en esos precisos eventos -que no cuando se acudía a la norma inmediatamente anterior a la Ley 100 de 1993-.

* 1. **Caso concreto**

De conformidad con lo hasta aquí expuesto es evidente que erró la A-quo al exigir un requisito que a todas luces era imposible de cumplir al *de cujus*, quien habiendo fallecido el 18 de enero de 1996, nunca hubiera podido acreditar 150 semanas entre el 1º de abril de 1994 y dicha calenda. De esta manera, estima la Sala que el señor Jaime Morales Gaviria dejó causado el derecho para que sus beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes enmarcada en el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, toda vez que en los 6 años inmediatamente anteriores a la égida de la Ley General de Seguridad social acreditaba 185,5 semanas cotizadas, y en los 6 años anteriores al 18 de enero de 1996 *–que corren hasta el 18 de enero de 1990-* tenía 167,4.

Por otra parte, frente a la calidad de beneficiaria de dicha prestación bastará indicar que la misma fue reconocida y aceptada expresamente por el entonces I.S.S., cuando le concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes mediante la Resolución 005872 de 1996 (fl. 232), acto que al estar revestido de confianza legítima releva a esta Corporación, como lo ha hecho en otras ocasiones, de adentrarse en el estudio sobre tal aspecto.

Así las cosas, toda vez que ha quedado establecido que a la demandante le asiste derecho a la gracia pensional demandada a partir del deceso de su cónyuge, previo a establecer el retroactivo a reconocer es necesario hacer dos precisiones; la primera, es que al haberse presentado la reclamación administrativa que dio origen a la presente litis el 9 de octubre de 2015 (fl. 65), todas aquellas mesadas causadas con antelación al **9 de octubre de 2012** desaparecieron con ocasión de la prescripción, propuesta como excepción perentoria por la demandada. La segunda, es que las hijas de la pareja, Ana Milena y Deisy Valencia, alcanzaron la mayoría de edad el **28 de julio de 2006** y el **13 de agosto de 2009**, respectivamente, por lo que cualquier derecho que eventualmente les hubiera correspondido también se vio afectado por el fenómeno extintivo en mención; ello aunado al hecho de que se allanaron a las pretensiones de su madre y afirmaron, a través de la togada que vela por sus intereses, que no continuaron estudiando (fl. 181).

En ese orden de ideas, tal como se observa en la liquidación que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta que se levante con ocasión de la presente diligencia, el retroactivo que corresponde a la promotora de la litis, causado entre 9 de octubre de 2012 y el 31 de mayo de 2019, calculado con base en el salario mínimo legal y por 14 mesadas anuales, asciende a la suma de $63.053.052, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad y de los descuentos de ley. El aludido monto deberá ser indexado al momento del pago efectivo de la obligación.

Por otra parte, se autorizará a Colpensiones que descuente del retroactivo en mención el monto que reconoció el Instituto de Seguros Sociales por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, por a través de la Resolución 5872 del 1º de enero de 1996, debidamente indexado.

Se negará consecuentemente el reconocimiento de los intereses moratorios y las costas procesales atendiendo los pronunciamientos efectuados por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL8644 del 3 de septiembre de 2014, en la precisó lo siguiente:

*“Sobre este punto, la Sala tuvo la oportunidad de estudiar el tema y en un proceso con características similares al presente, fijó el criterio de que no hay lugar a imponer el pago de los intereses de mora de la L. 100/1993 art. 141, en aquellos casos en que el no reconocimiento de la pensión tiene una plena justificación, bien porque tenga un respaldo normativo o provenga de la aplicación acuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en su función propia de interpretar las normas sociales a la luz de los principios y objetivos de la seguridad social…”*

Conforme a lo hasta aquí discurrido, no se declarará la prosperidad de las demás excepciones propuestas por la demandada.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala de Decisión Laboral No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

1. **RESUELVE:**

**PRIMERO**.- **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Luz Mery Valencia Pareja** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** para, en su lugar,

**SEGUNDO.- DECLARAR** que la señora **Luz Mery Valencia Pareja** le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Morales Gaviria, quien dejó causada dicha prestación en virtud del principio de la condición más beneficiosa, a partir del 18 de enero de 1996, en cuantía del salario mínimo y por 14 mesadas anuales.

**TERCERO.- DECLARAR** probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de las mesadas causadas con antelación al 9 de octubre de 2012, y no probados los demás medios exceptivos.

**CUARTO.- CONDENAR** a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** a cancelar a favor de la señora **Luz Mery Valencia Pareja**, a título de retroactivo de la pensión de sobrevivientes causado entre el 9 de octubre de 2012 y el 31 de mayo de 2019, la suma de$63.053.052, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad y de los descuentos de ley. El retroactivo deberá ser debidamente indexado al momento del pago efectivo de la obligación.

**QUINTO.- AUTORIZAR** a Colpensiones que descuente del retroactivo ordenado en el ordinal anterior el monto que reconoció el Instituto de Seguros Sociales por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, a través de la Resolución 5872 del 1º de enero de 1996, debidamente indexado.

**SEXTO.- NEGAR** el reconocimiento de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

**SEPTIMO.-** Sin lugar a costas procesales en ninguna de las instancias **por concederse la prestación en virtud de una interpretación constitucional favorable.**

**Notificación surtida en estrados.**

**Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

Salva voto

**Retroactivo** **Luz Mery Valencia Pareja**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Desde** | **Hasta** | **Causadas** | **Valor mesada** | **Diferencia** | **Valor adeudado** |
| 09-oct-12 | 31-dic-12 | 3,7 | $ 566.700 | 566.700,00 | $ 2.096.790,00 |
| 01-ene-13 | 31-dic-13 | 14 | $ 589.500 | 589.500,00 | $ 8.253.000,00 |
| 01-ene-14 | 31-dic-14 | 14 | $ 616.000 | 616.000,00 | $ 8.624.000,00 |
| 01-ene-15 | 31-dic-15 | 14 | $ 644.350 | 644.350,00 | $ 9.020.900,00 |
| 01-ene-16 | 31-dic-16 | 14 | $ 689.454 | 689.454,00 | $ 9.652.356,00 |
| 01-ene-17 | 31-dic-17 | 14 | $ 737.717 | 737.717,00 | $ 10.328.038,00 |
| 01-ene-18 | 31-dic-18 | 14 | $ 781.242 | 781.242,00 | $ 10.937.388,00 |
| 01-ene-19 | 31-may-19 | 5 | $ 828.116 | 828.116,00 | $ 4.140.580,00 |
|  |  |  |  |  | $ 63.053.052,0 |

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

MAGISTRADO: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, catorce [14] de junio de dos mil diecinueve [2019].

**SALVAMENTO DE VOTO**

Me corresponde salvar mi voto porque a pesar de que el causante falleció el 18 de enero de 1996, esto es, más de un año después de haber entrado en vigencia el sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993, se optó por darle aplicación al acuerdo 049 de 1990 en desarrollo de la figura de la condición más beneficiosa, cuando de acuerdo a los últimos desarrollos jurisprudenciales ello ya no era posible, pues se había superado el año necesario para que se pudieran dejar cotizadas las 26 semanas que el nuevo sistema exige para el otorgamiento de la prestación reclamada.

Es que la ultractividad de la norma anterior, que representa la condición más beneficiosa, solo tiene justificación si opera en el lapso en el que el requisito previsto en la nueva norma se puede cumplir, como se explicará adelante.

Al respecto he venido sosteniendo lo siguiente:

**NORMATIVIDAD APLICABLE PARA LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

Es posición pacifica de la jurisprudencia considerar que la norma que rige las pensiones de invalidez y sobrevivientes es la vigente al momento en el que se produce el deceso del afiliado.

Excepcionalmente se ha permitido la aplicación de la legislación anterior en desarrollo de la denominada “condición más beneficiosa, respecto a la cual, para su aplicación, caben las siguientes precisiones.

1. **VIGENCIA DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA**

Como quiera que el punto de partida para aceptar, en los asuntos de invalidez y sobrevivencia, la aplicación de la mal llamada “condición más beneficiosa”, es la falta de consagración de un régimen de transición –figura que por definición siempre tiene un límite temporal–, claro resulta que dicho beneficio no puede tener una vigencia ilimitada, conclusión a la que recientemente llegó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4650 de 25 de enero de 2017 radicación Nº 45262 con ponencia de los Magistrados Fernando Castillo Cadena y Gerardo Botero Zuluaga.

En esa providencia, la Alta Magistratura, luego de señalar que la condición más beneficiosa es: a) Una excepción al principio de la retrospectividad, b) Que opera en la sucesión o tránsito legislativo, c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro, d) Entra en vigor a falta de un régimen de transición, e) Es aplicable a aquellos afiliados que tienen una expectativa legítima, al cumplir en su integridad la densidad de semanas exigidas en la Ley derogada, y f) Respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma; determinó que para dejar causada la pensión de sobrevivientes en desarrollo del mencionado principio de la condición más beneficiosa en tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, se debe acreditar como requisito sine qua non que el deceso se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y a partir de ese evento, en cada caso concreto se debe estudiar si el causante se encontraba en alguna de las cuatro circunstancias allí descritas para dejar causado el derecho.

**2. TEMPORALIDAD PARA LA APLICACIÓN DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.**

Así pues, la finalidad pronunciamiento jurisprudencial, a que se hizo alusión con anterioridad, es limitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, de manera tal que se permita el uso de la antigua legislación mientras corre el periodo prevista en la nueva ley para poder cumplir con el requisito que esta señala. Esto es, en el tránsito de ley 100 de 1993 a ley 797 de 2003, tres (3) años y en el tránsito de acuerdo 049 de 1990 a ley 100 de 1993 un (1) año. La razón es simple: mientras esos periodos están corriendo, si ocurre la contingencia, no es posible decir que se tuvo oportunidad de cumplir la exigencia de la nueva ley y por ello debe permitirse acudir a la anterior, pero corridos los mismo no existe justificación para no tener cumplido a cabalidad el número de semanas que la nueva legislación exige.

En otras palabras, a título de ejemplo en el paso de ley 100 de 1993 a ley 797 de 2003, se pone este límite (3 años), por la potísima razón de que es ese precisamente el lapso previsto en la nueva ley para poder acreditar el requisito de las 50 semanas, entendiéndose entonces que transcurridos esos tres años, no existe razón para que no se hayan realizado los aportes exigidos en la nueva normatividad y por ende, si el interesado no los efectuó, no hay lugar a mantener la vigencia de la ley anterior.

Ahora, si bien hasta el momento no existe interpretación que en similar sentido cobije el cambio normativo que se presentó entre el Acuerdo 049/90 y la Ley 100/93, considero que en ese evento, al tratarse de normas más antiguas, resulta igualmente procedente establecer la misma restricción y con los mismos parámetros señalados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, antes referida.

De tal manera que, siguiendo la misma lógica, al subsumir la anterior intelección, para aplicar el principio de la condición más beneficiosa, cuando se pretenda acudir al Acuerdo 049/90 y el afiliado no se encontrare cotizando, su fallecimiento debe presentarse dentro del año siguiente al cambio normativo o entrada en vigencia de la Ley 100/93, que corresponde al periodo en que esta establece la posibilidad de cumplir la densidad de cotizaciones -26 semanas- para entender causado el derecho.

No obstante, la anterior intelección no se aplicó en este caso sino que se continuó aceptando el viejo criterio de ultractividad del acuerdo 049 de 1990 basado en el margen de aportes de 150 semanas de cotización dentro de los seis años anteriores a la muerte del afiliado y a la vez dentro de los 6 años anteriores a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

Así las cosas, consideró que se debió confirmar en su totalidad la sentencia recurrida.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado