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 Secretaría de esta Sala.

***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 11 de enero de 2018

**Radicación No**:66001-31-05-005-2015-00509-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Ana de Jesús Corrales Pérez

**Demandado:** Colpensiones

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

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

Tema: **CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA. ACUERDO 049 DE 1990. CONTABILIZACIÓN DE SEMANAS – 300 SEMANAS ANTERIORES A LA LEY 100 DE 1993 EN CUALQUIER TIEMPO / 150 DENTRO DE LOS 6 AÑOS ANTERIORES AL FALLECIMIENTO / SANCIÓN MORATORIA -** . La sentencia glosada claramente fija que las 300 semanas exigidas, deben haber sido cotizadas con antelación al 01 de abril de 1994, fecha en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir y, frente a la hipótesis de las 150 semanas en los 6 años anteriores, exige como primera medida que la estructuración de la invalidez ocurra en el período de los 6 años que subsiguieron la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, hasta el 31 de marzo de 2000.

(…)

Así las cosas, como en este caso el señor JdeDSM antes del 1º de abril de 1994 había cotizado un total de 498.14 semanas al sistema de pensiones, es evidente que en aplicación del aludido principio, debe entenderse que se dejó causado el derecho pensional, conforme a las pautas del Acuerdo 049 de 1990, que en su canon 6º, en concordancia con el 25, establece que deben ser 300 semanas en cualquier tiempo, densidad ampliamente superada.

Por último, ha de estimarse que el órgano de cierre de esta especialidad laboral en sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicación 28893, no le puso límite temporal a la pensión de sobrevivientes causada con 300 semanas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, como sí lo hizo en relación con la causada con 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento, y más recientemente, en sentencia SL 2358 de 2017, en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa en la órbita de la Ley 797 de 2003.

(…)

No obstante lo anterior, el reconocimiento de la prestación pensional en este caso, sólo es procedente a partir de la ejecutoria de esta sentencia, en razón a que la prevalencia del derecho acá declarado, surge por una interpretación constitucional favorable.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy once (11) de enero de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 23 de febrero de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Ana de Jesús Corrales Pérez*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.***

1. ***ANTECEDENTES***

Persigue la demandante que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se declare que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes generada con ocasión del deceso de su compañero permanente, Juan de Dios Serna Marulanda, conforme a los postulados del Acuerdo 049 de 1990. En consecuencia, pide que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la prestación desde el 11 de marzo de 2008, junto con los intereses moratorios del canon 141 de la Ley 100/93, o en subsidio, la indexación de las condenas, y las costas del proceso.

Como fundamento a tales pedimentos, relata que convivió con el señor Juan de Dios Serna Marulanda por más de 30 años, en calidad de compañeros permanentes; que de dicha unión nació Mary Luz Serna Corrales el 20 de agosto de 1982; que aquel falleció el 11 de marzo de 2008, calenda para la cual se encontraba afiliado al ISS y contaba con un total de 498 semanas cotizadas entre el 6 de marzo de 1978 y el 21 de septiembre de 1987. Indica que el 13 de enero de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión ante la entidad de seguridad social, la cual fue resuelta negativamente mediante Resolución GNR 133520 de 2015, por no haber cotizado las afiliadas 50 semanas en los tres años anteriores a su deceso.

Admitida la demanda, Colpensiones allegó a través de apoderado judicial escrito de contestación, aceptando los hechos relacionados con la fecha del deceso del asegurado, la presentación de la solicitud pensional y su solución desfavorable, el número de semanas cotizadas al sistema. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues no cumple con la densidad de semanas que exige la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de “Cosa Juzgada”, “Inexistencia de la obligación” y “Prescripción

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 23 de febrero del año en curso, accedió a las pretensiones declarando que el señor Juan de Dios Serna Marulanda dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes con apoyo en el Acuerdo 049 de 1990, aplicable por virtud del principio de la condición más beneficiosa, por haber cotizado más de 300 semanas antes del 1º de abril de 1994. Acto seguido, con base en las pruebas testimoniales recopiladas, declaró a la señora Ana de Jesús Corrales Pérez, beneficiaria de la prestación pensional en calidad de cónyuge supérstite, por haber acreditado más de 5 años de convivencia con el asegurado fallecido. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con antelación al 8 de octubre de 2009, pues la reclamación data de día y mes del 2012.

En consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar en pro de la actora la pensión de sobrevivientes a partir del 8 de octubre de 2009 en cuantía de un salario mínimo y con derecho a 14 mesadas anuales. Como retroactivo impuso la suma de $60`798.531, junto con los intereses de mora a partir del de la ejecutoria de la sentencia y hasta el pago total de la obligación.

1. ***APELACIÓN Y CONSULTA***

La vocera judicial de la entidad demandada se alzó contra la decisión, arguyendo que no debía acudirse a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pues el deceso del afiliado ocurrió en vigencia de la Ley 797 de 2003, y por ende, es esta la normatividad que regula la situación pensional deprecada.

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

1. ***ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte recurrente (art. 66 A CPLSS.).

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

***CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

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

*¿Dejó causado el señor Serna Marulanda el derecho a la pensión de sobrevivientes, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa? En caso positivo,*

*¿Acreditó la señora Ana de Jesús Corrales Pérez las condiciones necesarias para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada?*

*¿Hay lugar a imponer condena por concepto de retroactivo pensional e intereses moratorios?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Son supuestos fácticos no controvertidos en esta actuación: (i) que el señor Juan de Dios Serna Marulanda falleció el 11 de marzo de 2008, pues así se colige del registro civil de defunción obrante a folio 68; (ii) que aquel sufragó un total de 498.14 semanas de aportes al ISS entre el 6 de marzo de 1978 y el 21 de septiembre de 1987, es decir, todas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, según se extracta de la historia laboral que obra a fl.95; (iii) que la demandante y el asegurado fallecido procrearon a Mary Luz Serna Corrales, quien nació el 20 de agosto de 1982, según registro civil de nacimiento visible a folio 25.

Partiendo de esas bases, debe la Sala empezar por recordar que la pensión de sobrevivientes, por regla general, se regula por la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado. No obstante, tal regla no es inflexible y permite que, en eventos especiales, el asunto se regule por otra norma diferente. Uno de tales eventos, es la aplicación de la condición más beneficiosa, en virtud de la cual, cuando una persona bajo una normatividad anterior logró satisfacer los requisitos objetivos para alcanzar una prestación pensional (densidad de cotizaciones) y el riesgo se concreta en vigencia de otra legislación que endureció los supuestos legales, necesariamente se deberá reconocer el derecho con amparo en la norma anterior. Este principio constitucional, derivado del canon 53 superior, implica la ultra actividad de la norma, pues autoriza a que una norma derogada, regule un caso posterior a su vigencia.

En el caso puntual, la normatividad aplicable es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual exige para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, una densidad mínima de 50 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso del asegurado; condición ésta que no se satisfizo, pues en este interregno el afiliado no efectuó ninguna cotización.

 Bajo esas circunstancias, debe determinarse, en primer lugar, la posibilidad de acudir al Acuerdo 049 de 1990 cuando el fallecimiento ocurrió en vigencia de la Ley 797 de 2003 y, de encontrarse procedente, entrar a analizar si el asegurado bajo aquella normatividad cumplió las condiciones exigidas, puntualmente la densidad de cotizaciones.

Y es de abordarse bajo esta perspectiva, en la medida en que para la mayoría de esta Sala, resulta posible acudir al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por la vía de la condición más beneficiosa, pese a que la muerte del afiliado se presentó en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Ello, por cuanto con todo el material jurisprudencial, en especial, recogido en la sentencia de tutela SU-442 de 2016 del órgano de cierre constitucional, se decanta 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 también se remite es a los principios de favorabilidad, 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.

Al respecto, esa alta magistratura dijo:

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

“*la condición más beneficiosa se desarrolla sobre la base de la certeza, pues el operador jurídico sabe cuál es la norma vigente y cuál, por ende, debería aplicar. Lo que sucede es que, al comprobar que dicha actuación tendría unos efectos desproporcionadamente injustos en un caso particular, acude a una excepción resolviendo la situación con una norma derogada*”.

Lo anterior, para dejar sentado que la tesis favorable a la condición más beneficiosa se ve robustecida por sustentarse en expectativas legítimas, las cuales no admiten límites en el tiempo, por manera que su ejercicio no implica necesariamente la aplicación de la norma sucesivamente anterior, sobre el fundamento de que este principio se basa en la certeza y no en la duda.

En lo que toca con el principio de la sostenibilidad financiera del sistema de la seguridad social, introducido 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”.*

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

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

Así las cosas, como en este caso el señor Juan de Dios Serna Marulanda antes del 1º de abril de 1994 había cotizado un total de 498.14 semanas al sistema de pensiones, es evidente que en aplicación del aludido principio, debe entenderse que se dejó causado el derecho pensional, conforme a las pautas del Acuerdo 049 de 1990, que en su canon 6º, en concordancia con el 25, establece que deben ser 300 semanas en cualquier tiempo, densidad ampliamente superada.

Por último, ha de estimarse que el órgano de cierre de esta especialidad laboral en sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicación 28893, no le puso límite temporal a la pensión de sobrevivientes causada con 300 semanas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, como sí lo hizo en relación con la causada con 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento, y más recientemente, en sentencia SL 2358 de 2017, en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa en la órbita de la Ley 797 de 2003.

Superado ese primer escollo, se adentrara la Sala en determinar si la demandante ostenta la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada, la cual está supeditada a que se evidencie que hubo convivencia con el afiliado fallecido durante -mínimo- los cinco años que antecedieron su deceso.

Para tal efecto, los declarantes Fabio de Jesús García y Francelly Gómez Tobar, relataron de manera clara y coherente que por razones de vecindad conocían hace más de 30 años a la pareja conformada por la actora y el señor Serna Marulanda, que hacían vida marital desde hacía muchos años y procrearon una hija, llamada Mary Luz, que en la actualidad tiene más de 30 años de edad; que el de cujus trabajó en el parque principal de la Virginia, Risaralda vendiendo dulces en un carrito que tenía, mientras que la demandante toda la vida se dedicó a las labores del hogar; que la pareja nunca se separó, que convivieron bajo el mismo techo y siempre se comportaron como esposos. Manifestaron también que el señor Serna Marulanda sufría de asfixia y que estuvo unos días hospitalizado en Pereira antes de fallecer.

Dicha prueba testimonial permite dar por sentado que la demandante, en calidad de compañera permanente, hizo vida marital con el de cujus por un lapso superior a cinco años anteriores al su deceso, por lo que se observa atino en la conclusión de la a-quo, en cuanto la tuvo como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

No obstante lo anterior, el reconocimiento de la prestación pensional en este caso, sólo es procedente a partir de la ejecutoria de esta sentencia, en razón a que la prevalencia del derecho acá declarado, surge por una interpretación constitucional favorable.

Es ese el marco frente al cual el órgano de cierre de la especialidad laboral, en un caso análogo de interpretación constitucional favorable, indicó que se está en frente de un evento en que las actuaciones de las administradoras de pensiones, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, “*encuentran plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que le es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir*”. (Sent.02 de octubre de 2013. Rad. 44.454 Cas. Laboral).

Y si bien, tal planteamiento lo hizo para exonerar el reconocimiento de intereses moratorios, tal postura tiene plena cabida para negar igualmente el retroactivo pensional y las costas del proceso.

Por ende, se revocará parcialmente la sentencia de primer grado, absolviendo a Colpensiones del pago del retroactivo pensional, los intereses de mora y las costas procesales de primer grado. Lo anterior, en virtud del grado de consulta que opera en favor de la entidad demandada.

Respecto del valor de la mesada pensional, ésta será equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, tal como se peticionó en la demanda.

Las costas en esta instancia estarán a cargo de la entidad recurrente y en favor de la demandante, dada su solución desfavorable.

En mérito de lo expuesto, el ***H. 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. **Revocar** parcialmente los ordinales 2º y 3º de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de indicar que la pensión de sobrevivientes en favor de la señora Ana de Jesús Corrales Pérez sea reconocida a partir de la ejecutoria de esta providencia, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.
2. **Revocar** los ordinales 4º, 5º y 6º de la sentencia referida, y en su lugar, absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones del pago del retroactivo pensional, los intereses moratorios y las costas procesales de primera instancia.
3. Confirma todo lo demás.
4. Costas en esta instancia a cargo de la entidad recurrente y en favor de la demandante.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrada Magistrada

* Salva voto -

**Alonso Gaviria Ocampo**

 Secretario