***ORALIDAD***

***Providencia****: Sentencia de Segunda Instancia, martes 27 de octubre de 2015.*

***Radicación No****:**66001-31-05-004-2014-00038-01*

***Proceso****:**Ordinario Laboral.*

***Demandante****: Gladys del Carmen Flórez de Echeverri*

***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:*** *en caso de estructurarse la invalidez o producirse el fallecimiento de un afiliado en vigencia de la Ley 860 o 797 ambas de 2003, respectivamente, en aplicación de dicho principio, procede conceder la gracia pensional, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, dado que dicho reconocimiento se hace con base en razones de justicia y proporcionalidad, al esfuerzo del causante que hubiese cotizado 300 o 150 semanas o más en tiempo anterior al tránsito legislativo, toda vez que cuando operado éste, tan sólo exigía 26 semanas al momento de la muerte en cualquier tiempo, si se encontrare cotizando, o 26 semanas en el último año, si hubiere dejado de cotizar, requisitos que si bien eran más benignos no los reúnen algunos afiliados, por haber terminado ya su ciclo laboral.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintisiete (27) días del mes de octubre de dos mil quince (2015), siendo las ocho de la mañana (8:30 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 propuesto por la parte demandante frente a la sentencia proferida el 16 de julio de 2014 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por ***Gladys del Carmen Flórez de Echeverri*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones****.*

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

I. ***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, ***Gladys del Carmen Flórez de Echeverri*,** pretende que en aplicación del principio de condición más beneficiosa, se declare que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes causada con el deceso del señor Miguel Ángel Echeverry Álvarez; en consecuencia, pide que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la prestación económica a partir del 22 de octubre de 2008, los intereses moratorios y en subsidio la indexación de las condenas, más las costas procesales.

Las preinsertas súplicas descansan en que ostentó la calidad de cónyuge del causante por más de 42 años, tiempo durante el cual dependió económicamente de él; que el señor Miguel Ángel Echeverry Álvarez falleció el 22 de octubre de 2008, momento en el que se encontraba afiliado al RPM administrador por el ISS; que para el momento de su fallecimiento, el causante tenía cotizadas 716,29 semanas al Sistema General de Pensiones; que tales aportes los efectuó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y que elevó la reclamación administrativa ante la entidad de seguridad social el 20 de noviembre de 2013, sin que a la fecha de presentación de la demanda hubiese obtenido respuesta.

La ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el asegurado fallecido no dejó causada a favor de sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes, por cuanto no acreditó la densidad de semanas exigidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de mérito las que denominó “Falta de causa incumplimiento de requisitos legales mínimos”, “Improcedencia condena por intereses mora en la forma pretendida”, “Pago eventual y compensación”, “Exoneración de condena por buena fe” y “Prescripción”.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira negó las pretensiones de la demanda, tras considerar que el señor Miguel Ángel Echeverry Álvarez no dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes, toda vez que no sufragó al sistema pensional, 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, concluyendo que no es dable dar aplicación a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, dado que la norma de recibo es la que se encuentra vigente al momento del deceso del causante.

Inconforme con la decisión, la demandante interpuso recurso de apelación, arguyendo que en sentencia de 15 de febrero de 2011 la Sala de Casación Laboral dispuso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en asunto de similares condiciones a las aquí planteadas, motivo por el cual solicita se revoque la decisión adoptada por la a-quo y se proceda a despachar favorablemente las pretensiones invocadas en el libelo.

II. ***Del problema jurídico.***

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

*¿Resuelta procedente la pensión de sobrevivientes conforme al Acuerdo 049 de 1990, en aplicación de la condición más beneficiosa cuando el óbito del asegurado se produjo en vigencia de la Ley 797 de 2003?*

 *¿Demostró la demandante ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama?*

***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 el recurso, 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 recurrente, con la advertencia de que sus exposiciones se contraerán a lo que fue motivo de apelación (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 de fondo, previa las siguientes:

III. ***CONSIDERACIONES:***

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

Son hechos no controvertidos en esta segunda instancia, que el óbito de Miguel Ángel Echeverry Álvarez ocurrió el 22 de octubre de 2008, según se colige del Registro Civil de defunción expedido por la Notaria 26 del Círculo de Bogotá, (fl.11); que la demandante y el afiliado fallecido contrajeron matrimonio católico el 22 de enero de 1966, en Turbana, Bolivar (fl.13); y que aquel cotizó al sistema pensional un total de 763.86 semanas, de las cuales, 759.57 lo fueron desde el 1º de enero de 1967 hasta el 31 de marzo de 1992, (fl.72).

Así las cosas, teniendo en cuenta la fecha del óbito de Miguel Ángel Echeverri Álvarez, la normativa de recibo en esta actuación es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que para los afiliados al sistema de seguridad social, exige que haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años que anteriores a su deceso y para quien reclame la prestación en calidad de cónyuge o compañera supérstite, una convivencia con el causante por espacio no inferior a los 5 años anteriores al deceso.

En ese orden de ideas, reparado el haber de aportes válido para pensión obrante a folio 72, se tiene que el señor Miguel Ángel Echeverri Álvarez, sufragó al sistema pensional entre el 22 de octubre de 2005 y ese mismo día y mes del año 2008, es decir, en los tres años que antecedieron su muerte, tan sólo 4.29 semanas, de modo que no satisfizo las exigencias del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y resulta lógico que tampoco colme la densidad de semanas exigidas en el primigenio artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que clama 26 semanas en el año inmediatamente anterior al deceso.

No obstante, teniendo en cuenta que el asegurado aglutinó más de 300 semanas al 1º de abril de 1994, menester resulta, previamente, convenir por mayoría, que cuando el inciso 3º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, disciplina que *“[l]os requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones”,* es entendido que, cuando sale avante la condición más beneficiosa, son de recibo como tales, los reglamentos del antiguo Instituto de Seguros Sociales, anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto según las voces del inciso 2º del artículo 31 de esta última ley, serán aplicables a este régimen (Prima Media con Prestación Definida), las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del ISS, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley.

De tal suerte, que no fue la intención del Constituyente de 2005, excluir el principio de la condición más beneficiosa, ni los principios de equidad, igualdad, proporcionalidad, etc., manejados por la jurisprudencia con antelación al comentado Acto Legislativo, y menos, que la susodicha inaplicación sobrevenga por la remisión que el Acto Legislativo, hace a las leyes del Sistema General de Pensiones, por cuanto como ya se ha dicho, del mismo, para los efectos de la condición más beneficiosa, habrá de remitirse necesariamente a los reglamentos del ISS, con precedencia a la Ley 100 de 1993, situación que avala el inciso final de su artículo 31.

Así las cosas, independientemente, de que el fallecimiento haya tenido lugar en vigencia de la ley 100 de 1993 o de la Ley 797 de 2003, lo relevante es que de haberse cumplido la densidad de aportes exigida para esa calenda, la misma resultaría superior a la exigida por las leyes citadas, esto es, 26 semanas (al momento de producirse la muerte o del año inmediatamente anterior, dependiendo de si se encontraba cotizando o no), o 50 semanas dentro de los 3 años a la fecha del óbito.

En casos similares, esta Sala por mayoría de sus integrantes, ha admitido una interpretación favorable a la manera de analizar el tránsito legislativo entre el acuerdo 049 o decreto 758 de 1990, y la ley 797 o 860 de 2003, en materia de pensión de invalidez o sobrevivencia, aunque de por medio, se encuentre la expedición de la ley 100 de 1993, por cuanto la ruptura de la sucesión normativa, es apenas aparente, como quiera que las leyes 100, 797 y 860, integran un solo haz normativo, en el moderno sistema pensional creado con la primera de las leyes mencionadas, que de alguna manera se opone a lo que regía con antelación al 1º de abril de 1994, posición que si bien no es la seguida por la jurisprudencia patria, ha decantado el órgano de cierre, en torno al precedente judicial, en sentencia de 3 de julio de 2013, lo siguiente:

*“[l]os jueces de instancia, en ejercicio de su independencia judicial, pueden separarse de la jurisprudencia que produce la Corte como tribunal de casación, si lo consideran no solamente fundado sino necesario. Esta misma Sala, en sentencia del 23 de enero de 2003, Rad. 18970, al respecto puntualizó:*

*….*

*Lo anterior no significa que los jueces estén coaccionados a acoger como suya la doctrina de las altas cortes, pues a más que constitucionalmente están liberados de esa imposición, lo razonable es que si encuentran nuevos argumentos o elementos de juicio que los lleven al convencimiento de que la situación jurídica propuesta es contraria a la solución ofrecida por la doctrina jurisprudencial se orienten en sus decisiones por la regla lógica que estimen adecuada”* (Revista Jurisprudencia y Doctrina No. 502-p.1808).

Así las cosas para la Sala mayoritaria, en el entendimiento de la sucesión normativa, todo cambio, que se haga a las pensiones de invalidez y sobrevivencia en la órbita de la ley 100 de 1993, posee un referente especial para aquél sector de la población que ya había realizado, con anterioridad al 1º de abril de 1994, un aporte significativo a sus pensiones, muy por encima de lo que regula la nueva ley de la seguridad social, empero, que al momento de ocurrir el siniestro o riesgo (después de la citada fecha), eran personas que habían cesado o rebajado sus aportes, ora porque habían concluido su ciclo laboral, o sencillamente, por cuanto por razones de su edad, no habían podido reubicarse en el mercado laboral.

Sobre el particular, 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 a los principios de proporcionalidad, equidad, igualdad, etc., 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.

En términos similares se pronunció recientemente la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2015, en la que respecto a este tema, sostuvo que ante la inexistencia de un régimen de transición y de los principios de buena fe, confianza legítima y favorabilidad, es posible dar aplicación a una norma anterior, como es el caso del Acuerdo 049 de 1990, si el afiliado realizó cotizaciones en vigencia de esa norma jurídica, cuando una posterior resulte desfavorable a su derecho a acceder a la pensión, pues dicha regla, fue estatuida con el fin el proteger el principio de favorabilidad que en materia laboral ha reconocido el ordenamiento superior en el artículo 53 de la Constitución Política, la cual, a su vez 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 objetivo de obtener la pensión, o de causar la prestación de sobrevivientes a sus familiares.

Recaba igualmente esa alta 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.

Prospera, entonces, la viabilidad del comentado principio de la condición más beneficiosa, máxime que en su apoyo confluyen también, los principios de proporcionalidad, equidad e igualdad.

En pos de lo anterior, teniendo en cuenta que al 1º de abril de 1994 el de cujus encumbraba un total de 759.57 semanas al sistema pensional, bien puede afirmarse que dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios adquirieran la pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, en cuanto al requisito de la convivencia, para ostentar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada, le correspondía a Gladys del Carmen Flórez de Echeverry, en calidad de conyugue, acreditar no menos de 5 años de convivencia con Miguel Ángel Echeverry Álvarez, anteriores al deceso de éste.

Al respecto se escucharon las declaraciones de Yadira del Carmen Vargas Vélez, Elsa Carolina Norbman Álvarez y Sixta Tulia Echeverri Álvarez.

La primera, Yadira del Carmen Vargas Vélez sostuvo que realizó estudios con la demandante en la ciudad de Cartagena, que la conoce desde hace muchos años, y que tiene conocimiento de que se casó con el señor Miguel Ángel Echeverri hace casi 50 años, que tuvieron tres hijos, mayores de edad en la actualidad, Martha, Guillo y Miguel, quien sufre de esquizofrenia; que siempre vivieron juntos hasta el día del deceso de aquel y nunca se llegaron a separar; que tuvo una relación muy cercana a la pareja Echeverri- Flórez, tanto que ella y su esposo fueron los padrinos de la boda y viceversa, que se veían dos veces al año, que acostumbraban a reunirse en diciembre en la casa de alguna de ellas; que la pareja también residió en Barranquilla; que el causante falleció en la Clínica Cardio en Bogotá, el 22 de octubre de 2008 a causa de un tumor en la pierna; que asistió a su sepelio y que la demandante no trabajó, pues su hija mayor, Martha, ha sido quien siempre les ha colaborado para el sostenimiento del hogar, incluso antes de que el señor Miguel Ángel Echeverri falleciera, pues éste permaneció enfermo durante diez años, sin poder trabajar; finalmente agrega que nunca les conoció relación sentimental distinta a la pareja.

Por su parte, Elsa Carolina Norbman Álvarez, en calidad de prima hermana del causante, que conoció a la demandante el día en que se casó con su primo; que la pareja vivió en la ciudad de Bogotá, donde nació su primera hija; que luego se devolvieron para Barranquilla y allí nacieron sus otros dos hijos; que siempre permanecieron juntos hasta el deceso del asegurado y que nunca se llegaron a separar; que el señor Miguel Ángel Echeverri fue administrador de empresas, trabajó en Avianca, y luego en una fábrica de aceites; que tuvo un problema en una pierna y no podía caminar, que su hija Marha era quien veía por ellos; que los visitaba cada año en Bogotá, porque iba a visitar a un hermano suyo que reside también allá, o que se llamaban por teléfono; y que el de cujus nunca tuvo hijos extramatrimoniales u otra relación sentimental.

Finalmente, Sixta Tulia Echeverri Álvarez, hermana del afiliado fallecido, refirió que la demandante laboró como docente y que después de dar a luz a su primera hija no volvió a laborar; que la pareja Echeverri – Flórez tuvo tres hijos; que su hermano se accidentó en un carro, recibiendo un golpe en la cadera, lo que le desencadenó un tumor en la pierna, que le ocasionó la muerte; que antes de fallecer su hermano residía en Bogotá, con su esposa y su segundo hijo Miguel, quien empezó a mostrar problemas comportamentales y fue diagnosticado con esquizofrenia. Aduce vivió cinco años en Bogotá, aproximadamente desde el 2002 o 2003 y que visitaba o llamaba con frecuencia a la pareja. Refiere que su hermano fue gerente de “Grasas modernas” y que tuvo un negocio que no le dio buenos resultados, que estuvo incapacitado para trabajar por unos 10 años y que Martha, la mayor, era quien asumía la carga del hogar; que asistió al sepelio y que los gastos fúnebres los cubrió Martha y su esposo.

Vista la prueba testimonial recaudada, la Sala concluye que la demandante es beneficiaria de la prestación solicitada, como quiera que de ella se desprende que la actora sostuvo en calidad de cónyuge, una convivencia ininterrumpida con el de cujus, la cual perduró desde que éstos contrajeron matrimonio por rito católico y hasta el día del deceso del asegurado, por lo que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes peticionada.

Tal reconocimiento se hará a partir del 22 de octubre de 2008, fecha del óbito del asegurado, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, según se peticionó en la demanda, y por 14 mesadas anuales, conforme el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 001 de 2005, toda vez que el derecho a la pensión de sobrevivientes se causó con antelación al 31 de julio de 2011.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por la entidad accionada, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa data del 20 de noviembre de 2013 (ver folio 46), y que la demanda fue presentada el 27 de enero de 2014 (ver folio 10), se encuentran afectadas por dicho medio exceptivo las mesadas causadas con antelación al 20 de noviembre de 2010, por lo que así se declarará.

En consecuencia, el valor del retroactivo pensional desde el 20 de noviembre de 2010 y hasta el 30 de septiembre de 2015, es de $ 39`968.100, conforme se ilustra en el cuadro elaborado por la Sala, el cual se pone de presente a los asistentes y hará parte integrante del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia.

En lo que toca a los intereses moratorios, debe decirse que su imposición sólo resulta procedente a partir de la ejecutoria de la sentencia, en la medida en que como lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral, entre otras, en sentencias del 2 de octubre de 2013, y 3 de septiembre de 2014 radicación 44454 y 50.259, respectivamente, su exoneración sólo opera mientras el derecho pensional está en discusión.

Así pues, se impondrá condena por este concepto, a partir de la ejecutoria de la presente providencia y hasta tanto la entidad demandada cancele las mesadas adeudadas.

Dadas las resultas del proceso, se declararán no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

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.

Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad del recurso. Las de primer se impondrán en un 100% a cargo de la demandada y en favor de la demandante.

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 16 de julio de 2014por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de ***Gladys del Carmen Flórez Echeverri*** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones** **Colpensiones**, en su lugar:
2. ***Declara*** que a la señora ***Gladys del Carmen Flórez Echeverri*** le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes, a partir del 22 de octubre de 2008, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del principio de la condición más beneficiosa.
3. ***Condena***a la ***Administradora Colombiana de Pensiones******Colpensiones*** a pagar ala señora ***Gladys del Carmen Flórez Echeverri***, la pensión de sobrevivientes a partir del 20 de noviembre de 2010, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, y por catorce mesadas anuales.
4. ***Condena***a la ***Administradora Colombiana de Pensiones******Colpensiones*** a pagar a***Gladys del Carmen Flórez Echeverri***, la suma de $ 39`968.100, por concepto del retroactivo pensional causado entre el 20 de noviembre de 2010 y el 30 de septiembre de 2015.
5. **Declara** parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con antelación al 20 de noviembre de 2010.
6. **Condena**a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** a pagar a***Gladys del Carmen Flórez Echeverri,*** los intereses moratorios que se causen a partir de la ejecutoria de esta providencia.
7. **Autoriza** a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** descontarde 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.
8. Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad del recurso. Las de primer se impondrán en un 100% a cargo de la demandada y en favor de la demandante.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

 Magistrada Magistrado

 -Salva el voto-

**EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA**

Secretaria

**RETROACTIVO PENSIONAL**

**ANEXO No. 1**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **SMMLV** | **MESADAS** | **TOTAL** |
| 2010 | $ 515.000 | 2,36 | $ 1`215.400 |
| 2011 | $ 535.600 | 14 | $ 7`498.400 |
| 2012 | $ 566.700 | 14 | $ 7´933.800 |
| 2013 | $ 589.500 | 14 | $ 8´253.000 |
| 2014 | $ 616.000 | 14 | $ 8´624.000 |
| 2015 | $ 644.350 | 10 | $ 6`443.500 |
|  |  | **TOTAL** | **$39`968.100** |

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado