***ORALIDAD:***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 18 de febrero de 2016

**Radicación No**:66001–31-05–005-2014-00218-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Omaira Valencia Hernández

**Demandado**:Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

**Juzgado de origen**: Quinto Laboral del Circuito de Pereira – Risaralda

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares

**Tema a tratar**:

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES/ Causación del derecho/ Término requerido de convivencia

“(…) el señor Luis David Moreno, presentó una pérdida de capacidad laboral del 63.5 % con fecha de estructuración del 26 de junio de 2007, de origen común. De otra parte, que el asegurado cotizó de forma ininterrumpida entre el 1º de mayo de 2005 y el 26 de junio de 2007 -fecha de estructuración de la invalidez- un total de 85 semanas, que corresponden a las mismas de los tres años inmediatamente anteriores a su estado invalidante.”

“(…) la demandante acreditó con suficiente claridad la convivencia que sostuvo con el señor Luis David Moreno por más de 40 años, sin que se tenga noticia alguna de separación o rompimiento de ese vínculo, el cual además se sostuvo hasta el fallecimiento de éste. Tal tema, lo puntualizaron con precisión los testimonios de María Nubia Moreno Valencia (hija del de cujus) y Luis Marino Salazar (amigo y vecino), quienes relataron de manera clara, coherente y precisa que la pareja Moreno- Valencia siempre se mantuvo unida, que vivió bajo el mismo techo, brindándose ayuda mutua; que procreó cinco hijos (…) y que la causa de la muerte del causante fue una neumonía.”

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto, que tiene por objeto tramitar el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 5 de febrero de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por ***Omaira Valencia Hernández*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones*.**

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

1. ***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado 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 ***Omaira Valencia Hernández***, pretende que se reconozca el derecho a la pensión de invalidez del señor Luis David Moreno, y como consecuencia de ello, se le conceda a ella, en calidad de cónyuge supérstite de aquel, la pensión de sobrevivientes a partir del 26 de junio de 2007, más el retroactivo pensional, los intereses de mora y las costas procesales.

Las aludidas pretensiones, tienen como fundamento los siguientes supuestos fácticos: que el 2 de diciembre de 1967 contrajo matrimonio católico con el señor Luis David Moreno y que siempre convivió con él bajo el mismo techo, compartiendo lecho y mesa, y brindándose apoyo mutuo durante 47 años; que dependía económicamente de su cónyuge, puesto que era quien le proporcionaba el alimento, la vivienda, el vestido entre otras; que aquel falleció el 2 de agosto de 2011, momento para la cual acreditaba un total de 195.86 semanas en toda su vida laboral al régimen de prima media con prestación definida; que el 28 de junio de 2013 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, como consecuencia del deceso de su cónyuge, sin que a la fecha de presentación de demandada hubiese obtenido respuesta.

***Colpensiones,*** a través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el señor Luis David Moreno no dejó acreditados los requisitos legales para que la demandante solicitara la pensión de sobrevivientes, máxime cuando ésta no ha demostrado su calidad de beneficiaria. Propuso como excepciones de fondo “Inexistencia de la obligación demandada”, “Cobro de lo no debido” y “Prescripción”.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

Con sentencia del 5 de febrero de 2015, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, declaró que el señor Luis David Moreno dejó causada la pensión de invalidez de origen común, desde el 26 de junio de 2007 y hasta el 2 de agosto de 2011, fecha de su deceso, razón por la que ordenó a Colpensiones cancelar a nombre del causante un retroactivo pensional por valor de $ 27`948.300, que hará parte de la masa sucesoral. Así mismo, condenó a la demandada a reconocer y pagar en favor de Omaira Valencia Hernández la pensión vitalicia de sobrevivientes, a partir del 2 de agosto de 2011, en cuantía de 1SMLMV, junto con los intereses moratorios a partir del 29 de octubre de 2013, dado que aquella acreditó ser beneficiaria de la prestación conforme los requisitos exigidos en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Dispuso el pago de un retroactivo equivalente a $ 28`668.750, correspondiente a las mesadas causadas hasta el 31 de enero de 2015.

Contra la anterior decisión, no se interpuso recurso de apelación, sin embargo, al haber sido condenada la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta frente a la misma.

***2.1 Del problema jurídico:***

*¿Tiene el señor Luis David Moreno derecho a la pensión de invalidez? en caso positivo*

*¿Acreditó la actora la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama?*

* 1. ***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 para alegar, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia.

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

1. ***CONSIDERACIONES***

***3.1 Desarrollo de la problemática planteada.***

Se encuentra por fuera de toda discusión (i) que la demandante contrajo matrimonio católico con el extinto Luis David Moreno el 2 de diciembre de 1957, pues así se colige del el registro civil de matrimonio obrante a folio 21; (ii) que el deceso del afiliado ocurrió el 2 de agosto de 2011, según el certificado de defunción visible a folio 22 del expediente, y (iii) que el asegurado había elevado solicitud pensional de invalidez ante la entidad de seguridad social el 9 de octubre de 2008, siéndole negada tras el incumplimiento del requisito de la fidelidad al sistema.

Así las cosas, cumple a la Sala determinar si el asegurado fallecido reunió en vida las exigencias legales para tener derecho a la pensión de invalidez, y en caso positivo, si es procedente la sustitución pensional a favor de la actora.

En primer lugar, con arreglo en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, los presupuestos para acceder a la pensión de invalidez se contraen a: tener un porcentaje de invalidez superior al 50 % y 50 semanas sufragadas al sistema pensional, dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado invalidante.

Pues bien, conforme se advierte en la Resolución No. 00275 del 2009, el antiguo ISS dejó sentado que el señor Luis David Moreno, presentó una pérdida de capacidad laboral del 63.5 % con fecha de estructuración del 26 de junio de 2007, de origen común. De otra parte, que el asegurado cotizó de forma ininterrumpida entre el 1º de mayo de 2005 y el 26 de junio de 2007 – fecha de estructuración de la invalidez- un total de 85 semanas, que corresponden a las mismas de los tres años inmediatamente anteriores a su estado invalidante.

Ahora bien, en torno al tema del requisito de fidelidad al sistema que contemplaba la norma, debe recordarse que tal exigencia fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-428 del 2009, de modo que, tal pronunciamiento se retrotrae a la entrada en vigor de la norma expulsada del ordenamiento jurídico, resultando entonces inaplicable a eventos anteriores a su pronunciamiento, puesto que vulnera el derecho a la igualdad de los afiliados que, tanto antes como después, se ven afectados con una norma de carácter regresiva, tal cual lo ha venido predicando el órgano de cierre de la especialidad laboral (sentencia con radicación 46825 de 2012).

Por ende, acertó la a-quo al inaplicar el requisito de fidelidad al sistema, toda vez que el órgano guardián de la Constitución, lo declaró inexequible, es decir, lo expulsó del ordenamiento jurídico por ser contrario a la Carta Magna.

Se colige entonces que el asegurado tenía causado el derecho a la pensión de invalidez, pues acreditó los requisitos legales requeridos para tal efecto, de modo que resultaba procedente su reconocimiento a partir del 26 de junio de 2007, fecha de estructuración de invalidez y hasta el 1º de agosto de 2011, día anterior a su deceso, por lo que se confirmará este punto de la providencia consultada.

En cuanto al valor de la mesada pensional, se tendrá el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, pues el causante sufragó en toda su vida laboral sobre esa base salarial y, por 14 mesadas anuales, conforme a los postulados del parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005, pues su monto no excede los 3 SMLMV y además, la misma se causó antes del 31 de julio de 2011.

Previo a la liquidación del retroactivo pensional correspondiente, es menester advertir que la excepción de prescripción, recayó sobre las mesadas causadas con antelación al 31 de marzo de 2011, en tanto que la reclamación administrativa se radicó el 9 de octubre de 2008, siendo notificada al peticionario el 9 de marzo de 2009, y sólo hasta el 31 de marzo de 2014 se instauró la acción judicial, de modo que, en los términos del artículo 151 del C.P.T y S.S. y 488 del C.S.T, transcurrieron más de tres años en instaurar la acción encaminada a reclamar el derecho.

 Ahora bien, teniendo en cuenta que la aq-uo no abordó los efectos de dicho medio exceptivo, el valor del retroactivo pensional a que fue condenada la entidad accionada sufrirá una modificación, como quiera que la sentencia está siendo analizada en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones.

En ese sentido, el monto de la condena será de $ 2`710.136, correspondiente a las mesadas causadas entre el 31 de marzo y el 1 de agosto de 2011, suma que hará parte de la masa sucesoral. Se modificará por ende el ordinal 3º de la sentencia de primer grado.

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, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, le correspondía a la señora Omaira Valencia Hernández acreditar no menos de 5 años de convivencia con el extinto Luis David Moreno anteriores a su deceso.

Al respecto, se tiene que la demandante acreditó con suficiente claridad la convivencia que sostuvo con el señor Luis David Moreno por más de 40 años, sin que se tenga noticia alguna de separación o rompimiento de ese vínculo, el cual además se sostuvo hasta el fallecimiento de éste. Tal tema, lo puntualizaron con precisión los testimonios de María Nubia Moreno Valencia (hija del de cujus) y Luis Marino Salazar (amigo y vecino), quienes relataron de manera clara, coherente y precisa que la pareja Moreno- Valencia siempre se mantuvo unida, que vivió bajo el mismo techo, brindándose ayuda mutua; que procreó cinco hijos de nombres, Gloria Lilia, Alba Marina, Luis Martin, José Norberto y Nubia, y que la causa de la muerte del causante fue una neumonía.

Luego entonces, sin dubitación debe concluirse que la actora acredita con suficiencia, la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional que reclama.

Respecto de la excepción de prescripción, encuentra la Sala que la misma no está llamada a prosperar, como quiera que no transcurrieron más de tres años desde que la respectiva obligación se hizo exigible y la interposición de la demanda, la cual se itera, tuvo lugar el 31 de marzo de 2014 (fl.31).

Se tiene entonces que el valor del retroactivo pensional que deberá cancelar Colpensiones en favor de Omaira Valencia Hernández, asciende a $ 37`713.330, que corresponde a las mesadas causadas entre el 2 de agosto de 2011 y el 31 de enero de 2016, es decir, incluyendo el valor de las mesadas causadas hasta la emisión de esta providencia. Se modificará este punto de la providencia, atendiendo las resultas en esta instancia.

Finalmente, en relación con la condena al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Ley 717 de 2001 fija un término de máximo de 2 meses para resolver las solicitudes sobre pensión de sobrevivientes e incluirse en nómina al beneficiario, vencidos los cuales, empezarán a correr tales réditos (Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 4 de junio de 2008, MP Eduardo López Villegas y SL 9769 del 16 de julio de 2014, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo).

Se tiene que la demandante presentó la reclamación administrativa tendiente al reconocimiento de la pensión el 28 de junio de 2013 (fl.13), por lo que la administradora de pensiones debió resolver la gracia pensional, dentro de los 2 meses siguientes a esa calenda, sin que emitiera pronunciamiento de fondo alguno a la solicitud, motivo por el cual, los intereses se generaría a partir del 28 de agosto de 2013 y no del 28 de octubre de esa anualidad, como erradamente lo concluyó la jueza de primer grado.

Sin embargo, como la parte actora ninguna inconformidad expresó frente a la imposición de dichos réditos moratorios, atendiendo la no *reformatio in pejus,* dado que el proceso se conoce en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, se mantendrá incólume la condena impuesta en sede de primer grado.

 Sin costas de la instancia.

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. ***Modificar*** el ordinal 3º de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones a cancelar el retroactivo correspondiente a la pensión de invalidez del señor Luis David Moreno, en cuantía de $ 2`710.136, causado entre el 31 de marzo y el 1º de agosto de 2011, pues las mesadas causadas con antelación a ese periodo se encuentran prescritas. Dicha suma deberá hacer parte de la masa sucesoral del causante.
2. ***Modifica*** el ordinal 6º de la sentencia, en cuanto a que el valor del retroactivo pensional que deberá cancelar Colpensiones en pro de la actora, asciende a $ 37`713.330, que corresponde a las mesadas causadas desde el 2 de agosto de 2011 al 31 de enero de 2016, sin perjuicio de que se sigan generando hasta su solución.
3. ***Confirma*** todo lo demás.

***4.*** Sin costas en esta instancia.

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

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

 Magistrada Magistrado

**Leonardo Cortéz Pérez**

Secretario

**ANEXO No. 1**

**RETROACTIVO PENSIONAL**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS**  | **TOTAL**  |
| 2011 | $535.600 | 5,96 | $3.192.176 |
| 2012 | $566.700 | 14 | $7.933.800 |
| 2013 | $589.500 | 14 | $8.253.000 |
| 2014 | $616.000 | 14 | $8.624.000 |
| 2015 | $644.350 | 14 | $9.020.900 |
| 2016 | $689.454 | 1 | $689.454 |
| **TOTAL**  | ***$37.713.330*** |

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente