***ORALIDAD***

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

**Radicación No**:66001-31-05-005-2014-00333-01

**Proceso**: Ordinario Laboral.

**Demandante**: María Cristina Meneses Álzate

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar:**

CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA/ Presupuestos/ Fallecimiento del asegurado se produjo en vigencia de la Ley 797 de 2003

“(…) como regla general, la norma rectora en casos de pensión de sobrevivientes es la (…) vigente al momento del deceso del asegurado, de modo que, en el sub-lite, lo es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que reformó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exige una densidad mínima de 50 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso del asegurado; condición ésta que no satisfizo el de cujus,(…)

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 juega el principio de la condición más beneficiosa.”

“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 447,1429 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 (…)”

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE/ Prueba de la convivencia como requisito para acceder a la prestación

“Para el efecto, se escucharon las declaraciones de Martha Isabel Reyes Meneses y María Hurtiana Marín Paredes, quienes al unísono, de manera clara, coherente y precisa, indicaron que la demandante y el señor Espinosa convivieron por espacio entre 18 y 20 años, sin que mediara separación alguna, compartiendo lugar de habitación y manifestándose ante la sociedad como una pareja; dichos estos que en realidad de verdad no abren lugar a dudas sobre la convivencia de la pareja y que solamente se rompió esta unión con el deceso del señor Néstor Marcel.”

Cita: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 25 de julio de 2012 -rad. 38674-.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los dieciocho (18) días del mes de febrero de dos mil dieciséis (2016), siendo las once y quince minutos de la mañana (11:15 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 29 de enero de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por ***María Cristina Meneses Álzate*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones******Colpensiones****.*

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

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 actora pidió que se le declarara como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con el deceso del señor Néstor Marcel Espinosa Villegas y, en consecuencia se le pagara la misma a partir del 11 de agosto de 2011 con el respectivo retroactivo, más los intereses por mora y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que el señor Néstor Marcel Espinosa Villegas era afiliado a Colpensiones, que falleció el 11 de agosto de 2011, que el 19 de octubre se elevò reclamación de la pensión de sobrevivencia, que tal pedido fue negado; que el causante había cotizado más de 300 semanas al sistema pensional y que la demandante convivió con él por más de cinco años.

Una vez admitida la demanda, se dispuso el traslado a la demandada, entidad que allegó respuesta por intermedio de procurador judicial, en la que se pronunció frente a los hechos de la demanda, aceptando la afiliación del causante, su deceso el 11 de agosto de 2011, la reclamación y la respuesta de la entidad. Frente a los restantes dijo no constarle. Se opone a la prosperidad de las pretensiones planteadas y formuló como medios exceptivos de fondo los de “”Inexistencia de la obligación”, “Improcedencia de reconocimiento de intereses moratorios”, “Cobro de lo no debido”, “Prescripción” y “Buena fe”.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 29 de enero de 2015, condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la actora la pensión de sobrevivientes a partir del 11 de agosto de 2011, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y por trece mesadas anuales. Impuso como retroactivo pensional la suma de $ 26.055.813. Declaró probada la excepción de improcedencia del reconocimiento de los intereses de mora. Para así decidir, indicó que si bien el actor no dejó causado el derecho conforme a la normatividad vigente, por condición más beneficiosa es perfectamente aplicable tal prestación pensional, al haber cotizado más de 300 semanas en vigencia del Acuerdo 049 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:

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

*¿La demandante es beneficiaria de la prestación pensional 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, 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 deceso del señor Nertos Marcel Espionosa Villegas ocurrió el 11 de agosto de 2011 (fl. 16) y (ii) que el afiliado cotizó un total de 447,1429 semanas en toda su vida laboral desde el 02 de marzo de 1977 hasta el 5 de agosto de 1985 (fl. 46 y ss).

Lo primero es indicar que, como regla general, la norma rectora en casos de pensión de sobrevivientes es la que vigente al momento del deceso del asegurado, de modo que, en el sub-lite, lo es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que reformó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exige una densidad mínima de 50 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso del asegurado; condición ésta que no satisfizo el de cujus, por cuanto efectuó su último aporte al sistema general de pensiones en el años de 1985, tal como se colige del reporte de semanas cotizadas obrante a folio 46.

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 juega el principio de la condición más beneficiosa.

Las altas Cortes se han encargado del tema, precisando que el mencionado principio, se funda justamente en la expectativa legítima que la situación le envuelve a su beneficiario, al haber el asegurado alcanzado, en vigencia de una sistema normativo, una densidad de cotizaciones que le permitirían solventar el riesgo de muerte o de invalidez, situación que no puede simplemente desaparecer por un cambio normativo. Vale la pena traer a cuento un pronunciamiento constante 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 posición sobre el tema de la condición más beneficiosa, se fundamenta –también- en elementos jurídicos tomados del derecho internacional como el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT o el artículo 30 del Convenio 128 de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes.

En cuanto al sustento normativo patrio, el aludido principio se afinca en el artículo 53 del Texto Superior, el cual tiene total validez y eficacia en materia de seguridad social, tal como lo indica el 272 de la Ley 100 de 1993.

En lo que toca al principio de la sostenibilidad financiera del sistema de la seguridad social, instaurada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que podría servir como tesis contraria a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se descarta su afectación en la señalada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con los siguientes argumentos:

*“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”.*

Estos son pues los fundamentos legales y jurisprudenciales que sustentan la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, aunque se han delimitado a los casos de transición legislativa entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

En relación con el mismo tema, pero ya implicando una transición legislativa 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.

Adicional a todo el análisis jurisprudencial efectuado, 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, tal como lo estableció con precisión la juzgadora de primera instancia.

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 447,1429 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 Meneses Álzate, acreditar no menos de 5 años de convivencia con el señor Néstor Marcel Espinosa Villegas, inmediatamente anteriores a su deceso.

Para el efecto, se escucharon las declaraciones de Martha Isabel Reyes Meneses y María Hurtiana Marín Paredes, quienes al unísono, de manera clara, coherente y precisa, indicaron que la demandante y el señor Espinosa convivieron por espacio entre 18 y 20 años, sin que mediara separación alguna, compartiendo lugar de habitación y manifestándose ante la sociedad como una pareja; dichos estos que en realidad de verdad no abren lugar a dudas sobre la convivencia de la pareja y que solamente se rompió esta unión con el deceso del señor Néstor Marcel.

Lo anterior conlleva, ineludiblemente, a que a la actora le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, desde el 11 de agosto de 2011.

Valga precisar que la excepción de prescripción propuesta, no está llamada a prosperar, tal como lo dispuso en las consideraciones de la providencia la Jueza a-quo, siendo por tanto pertinente corregir la parte resolutiva de la decisión en tal sentido amén que allí se dijo que se declaraba parcialmente probada, aunque sin que se le fijaran consecuencias.

En aras de concretar las condenas, el valor del retroactivo pensional a que tiene derecho la actora, desde el 11 de agosto de 2011 y hasta el 31 de enero de 2016, es decir, incluyendo las mesadas causadas hasta la emisión de esta providencia, la cual asciende a $ 35.120.033, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.

En definitiva, se corregirá el numeral 1º y se modificará el ordinal 5º de la sentencia consultada, en el sentido de actualizar el valor de la condena a la fecha de esta providencia.

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. ***Corregir*** el ordinal 1º de la sentencia proferida el 29 de enero de 2015, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de que la excepción de prescripción se declara no probada.
2. ***Modifica*** el ordinal 2º de la, en el sentido de que el retroactivo pensional causado entre el 11 de agosto de 2011 y el 31 de enero de 2016, es decir, incluyendo las mesadas causadas hasta la emisión de esta providencia, asciende a $ 35.120.033, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.
3. ***Confirma*** en 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

**ANEXO I**

**RETROACTIVO PENSIONAL**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  |
|  |  |  |  |
|  |  |  |  |
|  |  |  |  |
|  |  |  |  |
|  | | |  |

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente