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 el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 02 de marzo de 2017.

**Proceso**: Ordinario Laboral – Revoca parcialmente sentencia que accedió a las pretensiones

**Radicación No**:66001-31-05-004-2015-00180-01

**Demandante**: Juan Carlos Betancur Marín

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.** Con todo el material jurisprudencial citado de que se ha hecho mérito, 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. **Convivencia. Concepto.** la convivencia trasciende el mero hecho de compartir un espacio material, y se justifica en la existencia de lazos espirituales y de ayuda mutua, que son los propios del concepto de familia, que ampara la pensión de sobrevivientes.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los dos (2) días del mes de marzo de dos mil diecisiete (2017), siendo las siete y treinta de la mañana (07:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala de Decisión Laboral No. 03 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 04 de marzo de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por ***Juan Carlos Betancur Marín*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones******Colpensiones****.*

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES***

***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 el actor pide que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de su cónyuge Amparo Mejía López, en aplicación de la Ley 100 de 1993 en su redacción original y, en consecuencia, que se imponga el pago de la correspondiente prestación desde el 26 de julio de 2012 con los respectivos intereses de mora y las costas procesales. En subsidio pide el reconocimiento de la prestación en iguales términos y fechas, pero amparados en el Acuerdo 049 de 1990.

Como sustento factico relata que la señora Amparo Mejía López falleció el 26 de julio de 2012, que estaba afiliada al régimen administrado por el ISS y actualmente por Colpensiones desde el 11 de agosto de 1983 y hasta su deceso, que el 22 de junio de 1996 contrajo matrimonio con el actor, que convivieron desde ese momento y hasta el momento del deceso de la señora Amparo, que en total cotizó 627 semanas, que al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 cotizó un total de 478 semanas, que el actor solicitó el 17 de diciembre de 2014 el reconocimiento de la prestación pensional a Colpensiones, que la misma fue negada por el argumento de que la causante no acreditó 50 semanas en los 3 años anteriores al deceso.

Admitida la demanda, se dispuso el traslado del caso a la sociedad demandada la cual allegó respuesta por intermedio de procuradora judicial, en la que acepta la fecha del deceso de la señora Mejía, el vínculo marital entre el demandante y la causante, la reclamación pensional y la negativa. Frente a los restantes hechos, afirma que no le constan. Se opone a las pretensiones de la demanda y formula como medios exceptivos de fondo los que denominó “Inexistencia de la obligación” y “Prescripción”.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

Evacuadas las etapas procesales correspondientes, la a quo dictó sentencia accediendo a las pretensiones subsidiarias de la demanda, esto es, concediendo la prestación pensional con apoyo en el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Para así decidir, se apoyó en múltiples pronunciamientos de esta Sala sobre el asunto y, al encontrar que la afiliada había cotizado más de 300 semanas con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que se acreditó con suficiencia que el demandante hizo vida en común con la fallecida desde el matrimonio de ambos, estimo que estaban dados los presupuestos para imponer a Colpensiones el reconocimiento y pago de la prestación desde el momento mismo del fallecimiento de la señora Amparo Mejía López, esto es el 26 de julio de 2012. Frente a los réditos moratorios, impone los mismos a partir de la ejecutoria de la sentencia, sino se procede con el pago.

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:

*¿Dejó causada con su deceso la señora Amparo Mejía López la pensión de sobrevivientes a favor de su cónyuge?*

*¿Acreditó el actor las calidades necesarias para tenerle como beneficiario de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de su cónyuge Mejía López?*

***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, 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 la señora Amparo Mejía López falleció el 26 de julio de 2012, tal como se acredita con el registro civil de defunción visible a folio 16 de la actuación; (ii) que la mencionada sufragó un total de 676,71 semanas al ISS entre el 11 de agosto de 1983 hasta el momento de su fallecimiento, tal como se acredita con la historia laboral visible a folios 93 y ss., (iii) que el demandante y la afiliada fallecida estaban casados desde el 22 de junio de 1996, lo que se acreditó con el registro de matrimonio visible a folio 23.

Partiendo de esas bases, se adentrará la Colegiatura a resolver el primero de los dilemas jurídicos planteados, esto es, determinar si la causante dejó el derecho pensional para sus causahabientes.

Es menester partir, por recordar que la normatividad aplicable, por regla general, a la pensión de sobrevivientes, es la vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, que pare este caso era el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual exige una densidad mínima de 50 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso del asegurado; condición ésta que no satisfizo en el caso puntual, pues en este interregno apenas cotizó 17,14 semanas.

 Bajo esas circunstancias, dado que la asegurada 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 de las pretensiones del demandante juega el principio de la condición más beneficiosa.

En ese orden, las altas Cortes han dimensionado la densidad de aportes exigidas en rigor de una norma anterior al del suceso de la muerte, en aras de atender el principio de la condición más beneficiosa, fundada justamente en la expectativa legítima que la situación le envuelve a su titular, en instantes en que en palabras 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 manera de razonar, para justificar la condición más beneficiosa entre la ley 100 de 1993 y el acuerdo 049 de 1990, posee para la Corte Suprema de Justicia, otros ingredientes jurídicos, tomados tanto del derecho internacional como interno, al traer a cuento el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT, el Convenio 128 de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, que dispone:

“*ART. 30.—La legislación nacional deberá, bajo condiciones prescritas, prever la conservación de los derechos en curso de adquisición respecto de las prestaciones contributivas de invalidez, vejez y sobrevivientes*”.

Al efecto, la alta Corporación hace notar que “*este convenio confiere un valor relevante a la preservación de “los derechos en curso de adquisición”, destacando con ello la obligación estatal de respetar aquellos requisitos que ya han sido consolidados por una persona, con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición*” (ob. cit.).

Por otra parte, también a manera ilustrativa, cita el Convenio 157 de la OIT, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social (1982), que versa sobre los llamados “derechos en curso de adquisición, en materia de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes”.

Así mismo, trae a cuento el artículo 2 de la declaración universal de los derechos humanos, y los convenios 100 y 101 sobre factores ilegítimos de discriminación, y remata con la legislación interna, artículo 13 superior, y 272 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al primero, predica:

 “*bajo la órbita del artículo 13 superior, imponer unas condiciones más exigentes a quien ha consolidado de hecho, bajo una determinada normativa, una “situación” de semanas cotizadas, que le confieren fundamento para reclamar ulteriormente una pensión de invalidez, o a sus sucesores una de sobrevivientes, constituye una forma de discriminación. Es decir, en este caso se está imponiendo un trato diferente, más gravoso, con un motivo no relevante, como lo es el hecho de que, no obstante su situación consolidada, deba acreditar adicionalmente mayores requisitos, en ausencia de los cuales no puede ser beneficiario de la respectiva pensión. Con otras apalabras, se estaría contraviniendo lo proclamado por el artículo 53 superior, que ordena reconocer “la situación más favorable” …”.*

Al paso que el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, establece que “los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia”. Y con ello pregona el órgano de cierre de la especialidad laboral, “*la propia Carta Fundamental extiende a la seguridad social, sin ninguna duda, los principios que, en su origen, son propios del derecho laboral*”.

En lo que toca al 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”.*

En estos puntuales aspectos, es preciso indicar en respaldo de la tesis favorable a la condición más beneficiosa, en materia de pensión de sobrevivencia o invalidez, gracias al salto de las Leyes 797 u 860 de 2003 al Acuerdo 049 de 1990, que la misma se ve robustecida, primero, por cuanto si se sustentan en la expectativa legítima, ésta no admite límite en el tiempo, además, recientemente la Corte Constitucional (sentencia T SU-442) 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*”.

En segundo lugar, resulta significativo el planteamiento del alto Tribunal Constitucional, en orden a que no sea estrictamente necesaria, en ejercicio de la condición más beneficiosa, la aplicación de la norma sucesivamente anterior, sobre el fundamento de que este principio se basa en la certeza y no en la duda.

Así lo expuso en sentencia de Tutela SU-442 de 2016 (18 de agosto), tras exponer que como órgano de cierre en materia constitucional tiene competencia para unificar la interpretación correspondiente (CP. 241), prosigue que a diferencia de los principios de favorabilidad e indubio pro operario, “*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*”.

Finalmente remata, en torno a la carga argumentativa del juez, 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*”.

Con todo el material jurisprudencial citado de que se ha hecho mérito, 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.

Así las cosas y como en este caso la señora Amparo Mejía López antes del 1º de abril de 1994 cotizó un total de 464,57 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.

Superado ese primer escollo, se adentrara la Sala en determinar si el demandante ostenta la condición de beneficiario de la prestación pensional de sobrevivientes.

Pues bien, se tiene certeza de que el señor Betancur Marín contrajo matrimonio con la causante el 22 de junio de 1996, siendo indispensable verificar, con apoyo en la prueba testimonial practicada, si desde ese momento y hasta el deceso de Mejía López, se presentó la convivencia exigida en la norma.

Para tal fin, la parte actora citó a declarar a César Augusto Betancur Marín, Luz Mary Mejía López, Beatriz Elena Betancur Marín y José Vicente Mejía Durán, quienes declararon de manera uniforme, que la pareja convivio por todo ese lapso, que el actor estuvo un tiempo en Estados Unidos solo, pero mientras estuvo viviendo allí, el ánimo de la pareja era de seguirse ayudando, al punto que organizó los papeles para llevarla a vivir y trabajar allí con él, lo que efectivamente hizo. También relatan que en los últimos momentos de vida de la señora Amparo, el actor estuvo presente, y se preocupaba mucho por ella, al punto que iba y venía de Estados Unidos a visitarla, ya que la afiliada se encontraba en Colombia para que sus familiares le otorgaran los cuidados paliativos del caso.

De estas versiones, claramente se puede develar que entre la pareja existió el ánimo de convivencia que exige la ley, indistintamente que por cuestiones laborales o de salud, no pudieran compartir espacios físicos, pues en realidad la convivencia trasciende el mero hecho de compartir un espacio material, y se justifica en la existencia de lazos espirituales y de ayuda mutua, que son los propios del concepto de familia, que ampara la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, se observa atino en la conclusión de la a-quo, en cuanto tuvo al demandante como beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

El reconocimiento se hará a partir de la ejecutoria de este proveído, tal cual se ha pregonado por el máximo órgano de la especialidad laboral cuando “en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la Seguridad Social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia” (Sent. 02 de octubre de 2013. Rad. 44.454 Cas. Laboral).

Y si bien tal argumentación se aduce para colegir que no resulta razonable imponer el pago de intereses porque la conducta de la entidad de seguridad social siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regia el derecho en controversia, considera esta Sala mayoritaria, que tal argumentación sirve, igualmente, de soporte para reconocer la gracia pensional solo a partir de la ejecutoria de la sentencia y no desde que se causó la misma, puesto que al reconocerse la prestación por vía constitucional favorable, 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.

En síntesis, se concederá la pensión de sobrevivientes en cuantía del salario mínimo, a partir de la ejecutoria de este fallo.

En cuanto a las costas en ambas instancias, por las mismas razones antes expuestas, se exonerará a la sociedad demandada de su pago.

Sin costas en esta sede por conocerse en consulta.

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. **Revocar parcialmente** el ordinal tercero la sentencia proferida el 04 de marzo de 2016, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia y, en su lugar disponer que la prestación se reconozca a partir de la ejecutoria de esta providencia.
2. **Revocar el** ordinal cuarto de la sentencia referida y en su lugar absolver a Colpensiones del pago del retroactivo pensional.
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 OLGA LUCIA HOYOS SEPÙLVEDA**

Magistrada Magistrada

 -Salva voto-

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario