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 04 de mayo de 2017.

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

**Radicación No**:66001-31-05-002-2015-00262-01

**Demandante**: Olga Arango Bermúdez

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Segundo 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. PRUEBA CUANDO SE RECONOCE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA.** No obstante lo anterior, existen asuntos en que tal debate probatorio puede superarse, cuando la misma entidad de seguridad social, bien en la respuesta a la demanda ora en la investigación administrativa que adelantó y que permitió el reconocimiento de una indemnización sustitutiva, aceptó la condición de beneficiario, conforme a las exigencias legales.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los cuatro (4) días del mes de mayo de dos mil diecisiete (2017), 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 de Decisión Laboral No. 03 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 frente a la sentencia proferida el 06 de abril de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por ***Olga Arango Bermúdez*** 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 pide por la actora que en virtud de los principios de condición más beneficiosa y progresividad, se le declare como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de su cónyuge Álvaro de Jesús Parra León y, en consecuencia se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes desde el 01 de octubre de 2007, con el correspondiente retroactivo y los intereses de mora de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como sustento factico de tales pedidos, se relata que la demandante contrajo matrimonio con el señora Parra León el 30 de julio de 1977, que siempre convivieron bajo el mismo techo, que el señor Álvaro de Jesús Parra León falleció el 01 de octubre de 2007, que la demandante estuvo con él hasta los últimos momentos de su vida, que el 12 de septiembre de 2014 la señora Arango Bermúdez elevó reclamación pensional, que mediante Resolución GNR 15064 del 23 de enero de 2015 Colpensiones negó la pensión, que el sustento de tal negativa fue que el causante no cumplió con 50 semanas en los tres años anteriores, que se reconocieron 841 semanas cotizadas, que el causante inició su vida laboral el 04 de noviembre de 1970, que siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el señor Parra León cotizó 730,42 semanas.

Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la entidad demandada, la cual allegó respuesta por medio de procuradora judicial que aceptó la calenda del deceso del afiliado, la reclamación pensional, la negativa de la entidad, las razones para renegar el derecho, el número de semanas cotizado por el señor Álvaro de Jesús y la fecha de inicio de la vida laboral del fallecido. Frente a los restantes indica que no le constan. Se opone a las pretensiones de la demanda y presenta como excepciones de fondo las de “Inexistencia del derecho”, “Cobro de lo no debido”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”, “Prescripción” y “Compensación”.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

Evacuadas las etapas procesales correspondientes, la a quo dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la demanda, pues encontró que el causante en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 alcanzó a cotizar más de las 300 semanas que esa norma exigía y, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, dejó causado el derecho a sus causahabientes. En cuanto a la calidad de beneficiaria de la demandante, estimó que la misma no está en discusión, pues la entidad la reconoció como beneficiaria al entregarle la indemnización sustitutiva. Ordenó compensar del valor del retroactivo liquidado la suma de $6.300.847 que se reconoció como indemnización sustitutiva.

***III. APELACIÒN.***

El portavoz judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación respecto a la providencia, en lo tocante a la compensación que ordenó la a-quo frente a la indemnización sustitutiva, puesto que la demandante nunca fue a reclamar tal suma de dinero.

Concedido el recurso, 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.

***Del problema jurídico.***

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

*¿Dejó causado con su deceso el señor Álvaro de Jesús Parra León la pensión de sobrevivientes a favor de su cónyuge?*

*¿Está acreditada la calidad de beneficiaria de la demandante para acceder a la pensión de sobrevivientes?*

*¿Hay lugar a compensar la indemnización sustitutiva reconocida por la entidad demandada?*

***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 el señor Álvaro de Jesús Parra León falleció el 01 de octubre de 2007, tal como se acredita con el registro civil de defunción visible a folio 15 de la actuación; (ii) que el mencionada sufragó un total de 840,86 semanas en toda su vida, a partir del 04 de noviembre de 1970, conforme a la historia laboral visible a folios 176 y ss.; (iii) que antes de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 cotizó 773,73 semanas al régimen de prima media; (iv) que la demandante y el fallecido estaban casados desde el 30 de julio de 1977, lo que se acreditó con el registro de matrimonio visible a folio 14 y (v) mediante la Resolución 000599 de 2009, la entidad demandada reconoció a favor de la actora la indemnización sustitutiva en cuantía de $6.300.847, al encontrar que se acreditó la calidad de beneficiaria conforme al canon 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003.

Partiendo de esas bases, se adentrará la Colegiatura a resolver el primero de los dilemas jurídicos planteados, esto es, determinar si el 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 no efectuó ninguna cotización.

 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 de las pretensiones de la 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 el señor Parra León antes del 1º de abril de 1994 cotizó un total de 773,73 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 la demandante ostenta la condición de beneficiario de la prestación pensional de sobrevivientes.

Pues bien, como se dijo al inicio, son hechos irrebatibles que la demandante y el fallecido estaban unidos por vínculo matrimonial desde 1977, sin que se tenga notifica alguna de su rompimiento o separación legal, amén que el registro civil de matrimonio no da noticia de ello. Sin embargo, la sola existencia de la unión matrimonial no implica per se el reconocimiento de la calidad de beneficiario, sino que es menester tener certeza de que existió convivencia por un lapso que mínimo equivalga a 5 años. No obstante lo anterior, existen asuntos en que tal debate probatorio puede superarse, cuando la misma entidad de seguridad social, bien en la respuesta a la demanda ora en la investigación administrativa que adelantó y que permitió el reconocimiento de una indemnización sustitutiva, aceptó la condición de beneficiario, conforme a las exigencias legales.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha sostenido una línea pacifica que esta Sala acoge plenamente y que, para mejor comprensión de la decisión, se permitirá transcribir uno de los apartes de tales pronunciamientos:

*“De esa suerte, la exigencia legal de convivencia de la actora con el causante fue verificada y aceptada expresamente por la entidad de seguridad social para otorgarle la indemnización sustitutiva de la pensión, en defecto de la prestación que aquí reclama. Luego, como lo ha indicado la Corte, no resulta para nada atinado que se reconozca tal condición familiar con el causante para efectos de la mentada indemnización, pero se le desconozca para el reconocimiento de la pensión, cuando ella constituye el mismo presupuesto fáctico para las dos prestaciones” (SL 11564 de 2015).*

En este caso, como se dijo al inicio de las consideraciones, a la señora Olga Arango Bermúdez, mediante acto administrativo, se le reconoció la calidad de beneficiaria de la indemnización sustitutiva, lo que implica que el tema fue aceptado por la misma entidad y, por tanto, debe tenerse por acreditada su calidad de cónyuge beneficiaria de la prestación pensional.

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 y los réditos moratorios únicamente si no se da cumplimiento a esta orden.

En lo tocante al tema de la compensación, que motivó la apelación de la parte demandante, ha de decirse que mediante Resolución 000599 de 2009 se reconoció a la actora la suma de $6.300.847 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, disponiendo en ese entonces el ISS, que el dinero se pagara con cargo a la Cta. 00000034059419 del Banco Popular, a partir del 01 de marzo de 2009. Como no existía constancia de si el pago se había efectuado o no, esta Sala haciendo uso de sus facultades oficiosas, requirió a la entidad bancaria para que informara tal situación, recibiéndose respuesta en la que se informa que el dinero fue devuelto a la entidad de seguridad social.

Del anterior recuento, fácil resulta concluir que no hay lugar a ordenar la compensación, pues en verdad no se le pago a la demandante suma alguna que debiera compensarse.

Así las cosas, se observa que deberá revocarse parcialmente la sentencia revisada, en sus numerales 3 y 5 y en su lugar disponer lo pertinente.

Frente a las costas en esta esta instancia, las mismas serán a cargo de Colpensiones, por la prosperidad del recurso de la parte actora.

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 06 de abril de 2016, por el Juzgado Segundo 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 quinto de la sentencia referida y en su lugar declarar no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones.
3. **Confirma** en todo lo demás.
4. **Costas** en esta instancia a favor de la parte actora.

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

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÙLVEDA**

Magistrada Magistrada

 -Aclara voto- -Salva voto-