***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 23 de noviembre de 2017

**Radicación No**:66001-31-05-002-2015-00372-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Nelly Tabares de Cardona

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: Pensión de sobrevivientes – Condición más beneficiosa:** El derecho a lapensión de sobrevivientes se rige por el cuerpo legal que se encuentre vigente al momento del fallecimiento del causante. No obstante lo anterior, es posible que en desarrollo de principios como el de condición más beneficiosa o el de progresividad, esa regla general cambie y se acuda a un sistema pensional o normatividad anterior.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy veintitrés (23) de noviembre 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 Tercera de Decisión Laboral 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 de la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Nelly Tabares de Cardona*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones***.

1. ***ANTECEDENTES***

Pretende la demandante que se declare (i) que el señor Jesús Alberto Cardona Cardona, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes,y (ii) que a ella en calidad de cónyuge supérstite de aquel, le asiste el derecho al 100 % del beneficio pensional. En consecuencia, pide que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la prestación desde el 6 de enero de 1996, junto con los intereses moratorios del canon 141 de la Ley 100/93 a partir de la ejecutoria de la sentencia, más las costas del proceso.

Como fundamento a tales pedimentos, expone que el señor Jesús Alberto Cardona Cardona falleció el 6 de enero de 1996, calenda para la cual se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el antiguo ISS, contando con más de 300 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994. Indica que ella y el asegurado contrajeron matrimonio el 17 de diciembre de 1950 y convivieron hasta el momento del deceso de aquel; que el 12 de junio de 1996 presentó reclamación administrativa tendiente a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, no obstante dicha solicitud fue resuelta negativamente a través de la Resolución No. 5875 de 1996, por no reunir el afiliado las semanas exigidas en el artículo 46 de la Ley 100/93, sin embargo, se le reconoció la calidad de beneficiaria del causante. Refiere que el 23 de octubre de 2014 solicitó la revocatoria directa del acto administrativo en mención, sin que a la fecha ésta haya sido resuelta.

Admitida la demanda, Colpensiones a través de apoderada judicial allegó escrito de contestación, en el que aceptó lo relativo a la fecha del deceso del asegurado, su calidad de afiliado al ISS, la presentación de la reclamación administrativa y su solución desfavorable, la calidad de beneficiaria que ostenta la actora, y la solicitud de revocatoria directa. Frente a los demás hechos indicó que no le constaban. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de “Inexistencia del derecho”, “Cobro de lo no debido”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”, “Buena fe”, “Prescripción” y “Compensación”.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 5 de diciembre de 2016, accedió parcialmente a las pretensiones, declarando que el señor Jesús Alberto Cardona Cardona, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por haber sufragado más de 300 semanas al 1º de abril de 1994, según quedó consignado en la Resolución 5875 de 1996. Precisó igualmente, que la demandante ostentaba la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pues así lo asintió la entidad de seguridad social al reconocerle la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

Declaró parcialmente próspera la excepción de prescripción, y probada la de compensación, facultando a la entidad demandada a descontar el valor reconocido a la actora a título de indemnización sustitutiva. En consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar el beneficio pensional a partir del 7 de julio de 2012, a razón de 14 mesadas anuales, y la suma de $38`714.362 como retroactivo pensional causado hasta el 30 de noviembre de 2016, junto con los intereses de mora a partir de la ejecutoria de la sentencia. Condenó en costas a la parte vencida en un 70 %.

1. ***APELACIÓN Y CONSULTA***

El apoderado judicial del demandante estuvo inconforme con la fecha de disfrute de la prestación, pues a su juicio, ésta debió fijarse vencidos dos meses de presentada la solicitud de revocatoria directa, esto es, del 23 de octubre de 2014, junto con los intereses de mora, pues la entidad ya era conocedora de la jurisprudencia en torno a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

 Respecto del citado proveído se dispuso igualmente el grado jurisdiccional de consulta ante esta Sala, por haber sido la decisión adversa a los intereses de Colpensiones, entidad en la que el Estado es garante.

1. ***ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, 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 parte recurrente (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 lo que corresponda, previas las siguientes:

***CONSIDERACIONES***

En orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala deberá abordar los siguientes problemas jurídicos:

*¿Dejó causado el señor Jesús Alberto Cardona Cardona el derecho a la pensión de sobrevivientes, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa? En caso positivo,*

*¿Acreditó la señora Nelly Tabares de Cardona las condiciones necesarias para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada?*

*¿Hay lugar a imponer condena por concepto de retroactivo pensional e intereses moratorios?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Son supuestos fácticos no controvertidos en esta actuación: (i) que el señor Jesús Alberto Cardona Cardona falleció el 6 de enero de 1996, pues así se colige del registro civil de defunción obrante a folio 11; (ii) que aquel contrajo matrimonio católico con la demandante el día 17 de diciembre de 1950, según partida de matrimonio visible a folio 15, y (iii) que el Instituto de Seguros Sociales a través de la Resolución No. 005875 de 1996 le concedió a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por el deceso de su cónyuge, en cuantía de $ 914.962, calculada sobre un IBL de $ 164.352 y 405 semanas cotizadas, ver folio 12.

Partiendo de esas bases, se adentrará la Colegiatura a resolver el primero de los dilemas jurídicos planteados, consistente en determinar si el asegurado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios.

Para ello, es menester precisar que la normatividad aplicable, por regla general, a la pensión de sobrevivientes, es la vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, que para este caso era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, el cual exige una densidad mínima de 26 semanas en cualquier tiempo, siempre que el asegurado al momento del deceso hubiere estado efectuando cotizaciones al régimen, o que habiendo dejado de cotizar al sistema hubiere cotizado por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se produjo su deceso.

Siendo ello así, el afiliado Jesús Alberto Cardona Cardona no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes con fundamento en dicha disposición normativa, como quiera que para el día de su óbito no se encontraba cotizando al sistema y, además, tampoco colma 26 semanas dentro del año que precedió su deceso, puesto que su último aporte al sistema pensional data del 2 de julio de 1991 (fl.63).

No obstante lo anterior, como quiera que el asegurado fallecido había cotizado un total de 405 semanas de aportes al 1º de abril de 1994, es preciso el análisis en torno a si en favor de las pretensiones de la demandante juega el principio de la condición más beneficiosa.

Conviene enfatizar que dicha densidad de cotizaciones se extrae del contenido de la Resolución No. 5875 de 1996 y de la hoja de prueba para la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en donde se afirma de manera categórica que el asegurado a la fecha de su deceso había sufragado un total de 405 semanas al sistema en toda su vida laboral, siendo su último aporte el 2 de julio de 1991, manifestación ésta que goza de veracidad en virtud de la confianza legítima que emana de dicho acto.

Lo anterior, pese a que la historia laboral allegada por la entidad de seguridad social reporta un número de semanas inferior al reconocido en el acto administrativo de la referencia, pues de tiempo atrás esta Colegiatura ha optado el criterio según el cual por virtud del principio de la confianza legítima, en estos puntuales aspectos, debe adoptarse la información reportada en el acto administrativo, porque (i) el acto administrativo se encuentra por encima del reporte de semanas cotizadas en pensiones, de acuerdo a las categorías de las normas, (ii) éste no ha sido revocado ni modificado por la entidad que la expidió ni por otra entidad jurisdiccional, y por ende, goza de presunción de legalidad; (iii) no ha sido tachado de falsa y menos aún se ha alegado un error de digitación.

En lo que respecta a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, como fundamento de los pedimentos esta acción, 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 referido principio, fundadas 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, en sentencias: 22 de octubre de 2013, 8 de mayo y 25 de julio de 2012, radicaciones: 39229, 35319 y 38674, entre otras, sostuvo:

“*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*”

Es así como según reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa es perfectamente admisible para aquellos eventos en que el deceso del afiliado ocurre en vigencia de la Ley 100/93 original, permitiendo dar aplicación a lo dispuesto en el Ado. 049/90 aprobado por el Dto. 758 del mismo año. En sentencia del 6 de febrero de 2013, radicado 41877 el máximo órgano de cierre de esta especialidad laboral asentó:

*“Sobre el tema objeto de debate esta Sala ha reiterado que un afiliado al Seguro Social que ha cotizado las semanas exigidas por los artículos 6, 25 y 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es decir, 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del deceso o 300 en cualquier época, aunque fallezca en vigencia de la Ley 100 de 1993 y no reúna los requisitos exigidos en su artículo 46, esto es, 26 semanas de cotización según la citada normativa, sus beneficiarios tienen derecho a que se les aplique el principio de la condición más beneficiosa del artículo 53 de la Constitución Política”.*

Puestas así las cosas, resta añadir que, más que darle prosperidad a la pretensión de la parte actora con apoyo en el principio de la condición más beneficiosa, a lo que se acude realmente es a los más altos principios de proporcionalidad, equidad, igualdad, buena fe, confianza legítima y justicia, pues lo que se busca es evitar que los cambios legislativos transformen de manera arbitraria las expectativas legitimas que tienen los afiliados respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, haciendo un reconocimiento al esfuerzo de quienes han cotizado 300 o 150 semanas o más en tiempo anterior al tránsito legislativo, 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 reunía, por haber terminado ya su ciclo laboral.

De cara a lo anterior, con apoyo en la jurisprudencia citada, es del caso afirmar que el asegurado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus causahabientes, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, que en su canon 6º, en concordancia con el 25, por haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo.

Hay que añadir, por último, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicación 28893, no le puso límite temporal a la pensión de sobrevivientes causada con 300 semanas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, como sí lo hizo en relación con la causada con 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento, y más recientemente, en sentencia SL 2358 de 2017, en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa en la órbita de la Ley 797 de 2003.

De otra parte, en cuanto a la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que ostenta la demandante, cabe resaltar que ésta fue aceptada por la entidad de seguridad social, cuando mediante Resolución No. 005875 de 1996, le reconoció a la actora la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, por lo que hasta este punto se observa atino en las conclusiones de la a-quo.

En cuanto al monto de la prestación pensional, esta será equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, tal como se peticionó en la demanda inicial, y por 14 mesadas anuales, dado que la causación del derecho se dio con antelación al 31 de julio de 2011, por lo que en sede de consulta se confirmará este punto de la sentencia.

Ahora bien, en lo que respecta al recurso de apelación propuesto por la parte actora, la Sala dirá que pese a la desafortunada sustentación, se entiende que la inconformidad planteada por la recurrente gira en torno a la fecha a partir de la cual debe computarse el término de prescripción, pues considera que debe tomarse vencidos dos meses de la presentación de la solicitud de revocatoria directa, más no la de la demanda como lo consideró la a-quo.

Al respecto, es menester citar en primer lugar el marco normativo que regula la prescripción de las acciones derivadas de los derechos sociales, que no es otro que el canon 151 del CPTSS, que establece en su tenor literal:

*“Las acciones que emanan de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero solo por un lapso igual”*

De la norma glosada se extrae que las obligaciones laborales y de la seguridad social se extinguen superados tres años desde su exigibilidad y que existe la posibilidad de interrumpir ese lapso por una única vez, con el simple reclamo escrito. No autoriza la norma más de una interrupción, y de presentarse posteriores escritos, sin duda que los mismos no tendrán la virtualidad de paralizar el término extintivo.

No obstante lo anterior, es indispensable que se tome en cuenta la naturaleza de las obligaciones en discusión, pues existen obligaciones que se ejecutan de manera periódica y sucesiva, como lo son las mesadas pensionales, y cada pago regular que deba hacerse va a tener su propia exigibilidad, es decir, cada mesada cuenta con su propia calenda de exigibilidad y, por tanto, el periodo trienal de extinción por prescripción, se debe contar independiente para cada uno de esos pagos. Así lo sostuvo en pronunciamiento reciente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4222 de 2017.

De tal suerte que cada mesada, al tener una exigibilidad única, tiene su propio lapso trienal de prescripción y, por lo tanto, podrá interrumpirse el medio extintivo frente a cada una de las mesadas, lo que habilita a que el usuario del sistema de seguridad social pueda presentar varios escritos reclamando el reconocimiento y pago, interrumpiendo con ello –*por una única vez para cada mesada*- la prescripción de las mesadas que se encuentren cobijadas en los tres años anteriores al reclamo.

Así las cosas, en el sub-lite, la interrupción de la prescripción debe entenderse surtida con el escrito de revocatoria directa presentado por la demandante el 23 de octubre de 2014, según se acepta en la contestación al hecho decimoprimero de la demanda, debiendo entonces colegirse que las mesadas causadas en los 3 años anteriores al mismo, esto es entre el 23 de octubre de 2014 y la misma fecha de 2011, no fueron afectadas por el fenómeno extintivo de la prescripción, sufriendo tal extinción las mesadas causadas con antelación al 22 de octubre de 2011.

En consecuencia, se deberá modificar el ordinal 3º de la providencia atacada en cuanto a la fecha a partir de la cual se declara el derecho al retroactivo pensional y el respectivo valor de la condena a cargo de Colpensiones por tal concepto, desde el desde el 23 de octubre de 2011 y hasta el 31 de octubre de 2017, la cual se ve reflejada en el cuadro siguiente:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| 2011 | $535.600 | 3,266 | $1.749.270 |
| 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 | 14 | $9.652.356 |
| 2017 | $737.717 | 11 | $8.114.887 |
| TOTAL  | **$53.348.213** |

Finalmente, respecto al ataque que se dirige contra la fecha a partir de la cual se impusieron los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, la Sala al igual que la sentenciadora de primer grado, concluye que los mismos son procedentes a partir de la ejecutoria de la sentencia, en consideración a que la prevalencia del derecho acá declarado, surge por una interpretación constitucional favorable.

Es ese el marco frente al cual el órgano de cierre de la especialidad laboral, en un caso análogo de interpretación constitucional favorable, indicó que 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*”. (Sent.02 de octubre de 2013. Rad. 44.454 Cas. Laboral). Por ende, no prospera este segmento de la apelación.

En cuanto a la condena en costas que son de rigor para quien resulte vencido en juicio, la Sala absolverá a la entidad demandada de su pago, en ambas instancias, por las razones antes expuestas.

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. **Revocar**el ordinal 3º dela sentencia proferida el 5 de diciembre de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia. En su lugar: **Declara** parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con antelación al 23 de octubre de 2011, en consecuencia, **Condena** a Colpensiones a reconocer y pagar en favor de la señora Nelly Tabares de Cardona, la suma de $ 53`348.213 por concepto de retroactivo pensional causado desde el 23 de octubre de 2011 y hasta el 31 de octubre de 2017, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución total.
2. **Revocar** el ordinal 6º de la sentencia referida, y en su lugar, absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones del pago de las costas procesales de primera instancia.
3. Confirma todo lo demás.
4. Sin costas en esta instancia.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrada Magistrada

* Salva voto -

**ANEXO**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| 2011 | $535.600 | 3,266 | $1.749.270 |
| 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 | 14 | $9.652.356 |
| 2017 | $737.717 | 11 | $8.114.887 |
| TOTAL  | **$53.348.213** |