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 la Secretaría de esta Sala.

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 18 de enero de 2017*

***Radicación No****:**66001-31-05-005-2016-00201-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral*

***Demandante****: Julia Rosa Valencia Rendón*

***Demandado:*** *Colpensiones*

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

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

***Tema a tratar: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. SE RECONOCIÓ EL 100% AL MENOR HIJO / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA- CÓNYUGE NO ACREDITÓ CONVIVENCIA / SE CONFIRMA -*** *No obstante lo anterior, el asunto bien puede analizarse bajo la egida del principio de la condición más beneficiosa, en virtud del cual es posible que, si bajo una normatividad anterior, el afiliado logró cumplir las condiciones de cotización allí exigidas, es posible que su derecho se rija por esa norma anterior, así el riesgo se consolide en vigencia de otra norma posterior. Este principio constitucional, derivado del canon 53 superior, implica la ultra actividad de la norma, pues autoriza a que una norma derogada, regule un caso posterior a su vigencia.*

Respecto al primero de los problemas planteados, debe decirse que por regla general, la pensión de sobrevivientes se rige por la legislación vigente al momento del causante. Por ello, en este caso, la prestación, en principio, debería regirse por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que exige, en caso del deceso de un afiliado, que cuente con un total de 50 semanas en los tres años anteriores al deceso lapso en el cual el afiliado Montoya, conforme a la historia laboral aportada por la entidad demandada –fls. 100 y ss- apenas cotizó 1.58 semanas, suma claramente inferior a la exigida.

No obstante lo anterior, el asunto bien puede analizarse bajo la egida del principio de la condición más beneficiosa, en virtud del cual es posible que, si bajo una normatividad anterior, el afiliado logró cumplir las condiciones de cotización allí exigidas, es posible que su derecho se rija por esa norma anterior, así el riesgo se consolide en vigencia de otra norma posterior. Este principio constitucional, derivado del canon 53 superior, implica la ultra actividad de la norma, pues autoriza a que una norma derogada, regule un caso posterior a su vigencia.

Y es de abordarse bajo esta perspectiva, en la medida en que para la mayoría de esta Sala, resulta posible acudir al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por la vía de la condición más beneficiosa, pese a que el riesgo se materializó en vigencia de la Ley 797 de 2003. Tal conclusión, se ha afincado esencialmente en la permanente línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, recientemente reiterada y unificada en la sentencia SU-442 de 2016

(…)

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió, en los términos antes anotados, con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años. Y como la norma exige convivencia, no importa si se dio en el marco de una relación matrimonial o de hecho, pues ambas tienen igual tratamiento por la ley, pudiendo incluso darse la convivencia una parte, en el marco de una unión de hecho y otra por vínculos jurídicos o viceversa. Ello, obviamente, sin perjuicio de la convivencia separada por razones justificadas, caso que ha sido ampliamente analizado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral.

Pues bien, dígase que la demandante no acreditó tal calidad, pues no se ocupó de traer ningún medio de convicción al proceso, para poder inferir que convivió con el fallecido en los 5 años anteriores al deceso. La sola acreditación del vínculo marital, no acredita que al momento del deceso del afiliado estuvieren haciendo vida marital o que a pesar de haberse separado de hecho, siguieron unidos por nexos de solidaridad y ayuda, carga que es precisamente la que le incumbía a la interesada. Además, tal como lo dijo la a quo, tal condición no fue reconocida por la entidad demanda, pues en los actos administrativos emitidos ante las solicitudes de la demandante, no reconoció esa condición.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018), siendo las siete y treinta de la mañana (07:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 09 de marzo de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Julia Rosa Valencia Rendón*** en su propio nombre y en representación de su hijo menor ***Santiago Montoya Valencia*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***ANTECEDENTES***

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, dígase que se persigue en la demanda que se declare que el señor Luis Aldemar Montoya dejó causado el derecho a pensión de sobrevivientes, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, que se declare a la señora Valencia Rendón como beneficiaria de la prestación en calidad de cónyuge y al menor Montoya Valencia, en calidad de hijo. En consecuencia, pide que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la prestación desde la fecha de deceso del afiliado, con la debida indexación y las costas del proceso.

Como sustento fáctico de las suplicas referidas, se relata que el señor Luis Aldemar Montoya falleció el 17 de diciembre de 2011, que para esta época no estaba cotizando al sistema de seguridad social, que la demandante en nombre propio y el de su hijo menor se presentó a reclamar la prestación pensional, que la entidad negó el derecho, porque el afiliado apenas contaba con 3 semanas en los 3 años anteriores a su deceso, que en septiembre de 2014 se elevó petición pidiendo un nuevo estudio y que se tuvieran en cuenta otras semanas que no aparecían en la historia laboral, que la entidad reconoció que el demandante en vida su vida laboral cotizó 837 semana, pero apenas 3,72 corresponden a los tres años anteriores al deceso, por lo que nuevamente negó la prestación, que posteriormente se solicitó la revocatoria directa de tal pronunciamiento, que la entidad negó la misma, indicando la improcedencia de aplicar el Acuerdo 049 de 1990, que al 01 de abril de 1994 contaba con un total de 480,42 semanas.

Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la entidad demandada, la cual allegó respuesta por intermedio de procuradora judicial, la que se pronunció respecto a los hechos de la demanda aceptando la fecha de fallecimiento, la no calidad de activo del afiliado fallecido, la reclamación de la actora en su propio nombre y en representación de su hijo menor, la negativa de la entidad, la segunda reclamación, la nueva negativa, la solicitud de revocatoria directa, la negativa de la entidad y los argumentos allí expuestos. Frente a los restantes indican que no le constan. Se opuso a las pretensiones de la demanda y excepcionó de fondo “Inexistencia de la obligación”, “Prescripción”, “Improcedencia de los intereses de mora” y “Buena fe”.

***SENTENCIA***

Agotados los ritos procesales, la señora Jueza profirió sentencia en la que accedió a las pretensiones de la demanda a favor del menor Montoya Valencia. En primera medida, entró a analizar la posibilidad de aplicar, por condición más beneficiosa, el Acuerdo 049 de 1990, atendiendo que el deceso del afiliado se dio en vigencia de la Ley 797 de 2003, encontrando que sí es posible tal aplicación, conforme a la jurisprudencia y en aplicación de la principialistica propia del sistema de seguridad social. Posteriormente, entró a analizar la calidad de beneficiarios encontrando que está plenamente acreditada la condición de hijo menor del afiliado que ostenta Santiago Montoya Valencia. En cuanto a la demandante Valencia Rendón, encuentra que ella tenía el deber de demostrar convivencia en, al menos los 5 años anteriores al deceso del señor Aldemar, lo que no hizo pues no trajo ninguna prueba al respecto, más que el registro civil de matrimonio, el cual evidencia la existencia del vínculo legal, más no la convivencia y tal condición no fue reconocida por la entidad.

Por tal motivo reconoció el 100% de la prestación al menor y dispuso el pago del retroactivo pensional, a razón de 13 mesadas anuales, en cuantía del salario mínimo y debidamente indexado.

La decisión no fue apelada, por lo que al ser adversa a los intereses de la demandada, en la que es garante el Estado y totalmente desfavorable a la codemandante, se dispuso el grado de consulta.

***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 demandante (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***

***Del problema jurídico.***

Corresponde a la Sala analizar, en primer lugar, si el señor Luís Aldemar Montoya dejó causado el derecho pensional y, como segundo punto, si los demandantes cumplen las condiciones para ser tenidos como beneficiarios de la prestación pensional.

Respecto al primero de los problemas planteados, debe decirse que por regla general, la pensión de sobrevivientes se rige por la legislación vigente al momento del causante. Por ello, en este caso, la prestación, en principio, debería regirse por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que exige, en caso del deceso de un afiliado, que cuente con un total de 50 semanas en los tres años anteriores al deceso lapso en el cual el afiliado Montoya, conforme a la historia laboral aportada por la entidad demandada –fls. 100 y ss- apenas cotizó 1.58 semanas, suma claramente inferior a la exigida.

No obstante lo anterior, el asunto bien puede analizarse bajo la egida del principio de la condición más beneficiosa, en virtud del cual es posible que, si bajo una normatividad anterior, el afiliado logró cumplir las condiciones de cotización allí exigidas, es posible que su derecho se rija por esa norma anterior, así el riesgo se consolide en vigencia de otra norma posterior. Este principio constitucional, derivado del canon 53 superior, implica la ultra actividad de la norma, pues autoriza a que una norma derogada, regule un caso posterior a su vigencia.

Y es de abordarse bajo esta perspectiva, en la medida en que para la mayoría de esta Sala, resulta posible acudir al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por la vía de la condición más beneficiosa, pese a que el riesgo se materializó en vigencia de la Ley 797 de 2003. Tal conclusión, se ha afincado esencialmente en la permanente línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, recientemente reiterada y unificada en la sentencia SU-442 de 2016 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 la citada Corporación en el fallo que se viene citando, 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*”.

Conforme al material jurisprudencial glosado, se decanta 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 también se remite es a los principios de favorabilidad, 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.

Por ello, es evidente que sí es posible aplicar el Acuerdo 049 de 1990 para determinar si el señor Montoya dejó causado el derecho pensional para sus causahabientes. Tal análisis, apoyado en la historia laboral visible a folio 100, evidentemente permite colegir que antes del 01 de abril de 1994 contaba con 479.42 semanas, cifra claramente superior a las 300 semanas que exigía el canon 6º, en concordancia con el 25, del Acuerdo 049 de 1990, por lo que en vigencia de la aludida normatividad, el señor Luis Aldemar Montoya dejó causado el derecho pensional de sobrevivientes.

Resuelto el primero de los cuestionamientos, se adentrará la Sala a resolver el segundo de los puntos de debate, esto es, la calidad de beneficiarios de los demandantes.

Frente al menor Santiago Montoya Valencia, se tiene que a la demanda se adosó copia de su registro civil de nacimiento –fl. 11- en el cual consta que este nació el 13 agosto de 2003 y efectivamente que es hijo del afiliado fallecido, además, se evidencia que es menor de edad, razón por la cual, claramente tiene las condiciones legales para ser beneficiario de la prestación pensional.

Respecto a la calidad de beneficiaria que alega la señora Julia Rosa Valencia Rendón, es necesario estudiarlo a la luz del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por la regla 13 de la Ley 797 de 2003.

Los literales a y b de dicha norma regulan la vocación de beneficiario que tiene el cónyuge o el compañero permanente, la cual está supeditada a que se evidencie que hubo una convivencia de –mínimo- cinco años que antecedieron al deceso del afiliado o del pensionado.

Contempló el legislador varias hipótesis fácticas que se pueden dar, ajustadas a la realidad social y que regulan casos de convivencia simultanea o de la existencia de varios beneficiarios de la prestación: (i) cuando existan dos o más compañeros permanentes con vocación de beneficiarios, la pensión se repartirá entre ellos, a prorrata del tiempo de convivencia (inc. 2 lit. b); (ii) cuando exista convivencia simultánea de un cónyuge y un compañero permanente, según el texto legal, la pensión se otorgaría al cónyuge, sin embargo, tal consecuencia jurídica fue revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008, encontrándose que no puede excluirse al compañero permanente que acredite haber tenido convivencia con el causante en el mismo tiempo, razón por la cual la consecuencia es que se divida la pensión en proporción al tiempo convivido; (iii) se contempla la posibilidad de que no exista convivencia simultánea, que el vínculo marital siga vigente, pero se haya roto de hecho la convivencia y, además, exista una convivencia del afiliado o pensionado con otro compañero permanente, caso en el cual le corresponderá a éste una parte de la pensión en proporción al tiempo de convivencia y el resto le corresponderá al cónyuge, siempre que *“ante la falta de convivencia al momento de la muerte, el solicitante demuestre que se hace acreedor a la protección, en cuanto, tras la separación de hecho, efectivamente siguió haciendo parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y, por esta razón, su partida definitiva le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención”.* (Sentencia SL 16949).

De todas estas hipótesis, lo que se extracta es que la pensión de sobrevivientes, premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad o el ánimo de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia o, en caso de separación de facto, permanezca el ánimo de colaboración y ayuda entre los cónyuges. No puede llamarse convivencia –únicamente- a aquella ayuda material o económica que por cualquier circunstancia una persona brinda a otra, pues el concepto de vida en pareja trasciende lo meramente económico y engloba conceptos afectivos, espirituales, morales y físicos, que ineludiblemente permitan colegir que dos personas hacen o hicieron una vida en común.

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió, en los términos antes anotados, con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años. Y como la norma exige convivencia, no importa si se dio en el marco de una relación matrimonial o de hecho, pues ambas tienen igual tratamiento por la ley, pudiendo incluso darse la convivencia una parte, en el marco de una unión de hecho y otra por vínculos jurídicos o viceversa. Ello, obviamente, sin perjuicio de la convivencia separada por razones justificadas, caso que ha sido ampliamente analizado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral.

Pues bien, dígase que la demandante no acreditó tal calidad, pues no se ocupó de traer ningún medio de convicción al proceso, para poder inferir que convivió con el fallecido en los 5 años anteriores al deceso. La sola acreditación del vínculo marital, no acredita que al momento del deceso del afiliado estuvieren haciendo vida marital o que a pesar de haberse separado de hecho, siguieron unidos por nexos de solidaridad y ayuda, carga que es precisamente la que le incumbía a la interesada. Además, tal como lo dijo la a quo, tal condición no fue reconocida por la entidad demanda, pues en los actos administrativos emitidos ante las solicitudes de la demandante, no reconoció esa condición.

Así las cosas, claramente falló la demandante en la acreditación de su condición de beneficiaria, tal como lo dedujo la falladora de primer grado.

Finalmente, se analizará el tema del disfrute pensional, atendiendo el sustento legal de reconocimiento de la prestación.

Pues bien, se tiene que esta Sala ha pregonado en su mayoría, que en casos como el presente el reconocimiento se debe hacer 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 que tal argumento se ajusta perfectamente al tema del retroactivo pensional, 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.

Así las cosas, se deberán revocar los ordinales cuarto y quinto de la providencia consultada, para en su lugar decir que la prestación se reconoce a partir de la ejecutoria de esta sentencia. Atendiendo la modificación de las condenas impuestas y el origen de la prestación, estima esta Sala que tampoco hay lugar a condenar en costas, por lo que se revocará el ordinal 6º de la sentencia.

Sin costas por conocerse del asunto en grado jurisdiccional de consulta.

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 los ordinales 4º, 5º y 6º*** dela sentencia proferida el 09 de marzo de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, y en su lugar fijar el disfrute de la pensión de sobrevivientes a favor de Santiago Montoya Valencia a partir de la ejecutoria de esta providencia y se absuelve a Colpensiones de las costas procesales de primer grado.

**2.** **Confirmar** la sentencia en todo lo demás.

***3.* 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

**Alonso Gaviria Ocampo**

 Secretario