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 26 de abril de 2018*

***Radicación No****:**66001-31-05-004-2015-00649-01*

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

***Demandante****: Liliana del Socorro García Quintero*

***Demandado:*** *Porvenir S.A.*

***Llamado en garantía:*** *Bbva Seguros de Vida Colombia S.A.*

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

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

***Tema: PENSIÓN SOBREVIVIENTE / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN / NIEGA / CONFIRMA -*** Claro como quedó con lo dicho, especialmente, con la jurisprudencia memorada, ha de concluirse que el principio de la condición más beneficiosa es el medio interpretativo, con el cual se amparan aquellas expectativas legítimas o situaciones jurídicas consolidadas, cuando no se estableció un medio legal de protección de las mismas, y para su aplicación, es indispensable –entratándose de prestaciones de sobrevivientes o de invalidez- que en vigencia de la norma anterior respecto de la cual se pretende su aplicación, se hayan cumplido a plenitud los presupuestos objetivos–densidad de cotizaciones o similares- y que el riesgo se materialice con posterioridad a la pérdida de vigencia de aquella, sin que se cumplan las condiciones establecidas en la normatividad vigente al momento del cambio legal.

Con estas sub-reglas, se dispondrá la Judicatura a analizar el caso puntual, atendiendo el recurso propuesto y de una vez debe decirse que la respuesta que se brindará al interrogante jurídico es negativa, amén que el causante Jhonatan Torres García no efectuó ninguna cotización y ni siquiera estaba afiliado al sistema pensional, cuando estaba vigente la Ley 100 de 1993 en su versión original, pues su afiliación al sistema pensional apenas se dio para el ciclo de octubre de 2008 como se observa en la solicitud de vinculación visible a folio 96, lo que necesariamente implica, la imposibilidad de pedir que se aplique en el caso puntual la mencionada norma, pues nunca le fue aplicable ni rigió la situación pensional del fallecido.

Claramente, como ya se dijo, no es que el beneficiario pueda escoger que norma regula su caso puntual, sino que, debe haber alcanzado los presupuestos de una legislación determinada, que perdió vigencia, para que se active la protección especial a su expectativa legitima, brindada por el principio de la condición más beneficiosa.

Así las cosas, se itera, el afiliado fallecido no dejó causado el derecho pensional a sus beneficiarios, razón por la cual, tal como lo hizo la a-quo, se deben negar las pretensiones, quedando relevada la Colegiatura de estudiar el segundo de los dilemas jurídicos planteados.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por el portavoz judicial de la parte actora contra la sentencia dictada el 12 de junio de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Liliana del Socorro García Quintero*** contra la ***AFP Porvenir S.A. y BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.***

**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 la actora es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de su hijo Jhonatan Torres García y, en consecuencia, pide que se condene a la sociedad demandada a reconocer y pagar la misma a partir del 10 de agosto de 2009, así como los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

Para así pedir, refiere que el 09 de agosto de 2009 falleció el señor Jhonatan Torres García hijo de la demandante, que el fallecido había nacido el 12 de septiembre de 1990, que para el momento de su deceso estaba cotizando por cuenta del empleador Austin Reed Manufacturas y Cía. Ltda., que al momento de su deceso vivía en la misma casa con su progenitora a quien le contribuía para satisfacer necesidades básicas, que el 01 de septiembre de 2009 solicitó el reconocimiento de la prestación, que la entidad le informó que realizaría el estudio de la misma, que la entidad negó la prestación pensional por insuficiencia de cotizaciones, pues al momento del deceso apenas contaba con 43 semanas y la normatividad exigía que se hubieren aportado 50 semanas en los tres años anteriores al deceso, que ese número de semanas es suficiente para que se aplique el artículo 46 de la Ley 100 original, porque corresponden al último año de vida del demandante.

Admitida la demanda se dio traslado a la entidad demandada, la cual allegó respuesta por medio de portavoz judicial en la que se pronunció respecto a los hechos de la demanda, aceptando únicamente los alusivos a la reclamación pensional y la respuesta negativa de la entidad. Respecto a los restantes los niega o estima que no le constan. Se opone a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Inexistencia del derecho reclamado”, “Buena fe”, “Prescripción” e “Inexistencia de la obligación de pagar intereses o indexaciones”.

***SENTENCIA***

Evacuadas las etapas correspondientes, la a-quo emitió sentencia que desestimó las pretensiones de la demanda, al encontrar que el deceso del joven Jhonatan ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, en la cual se exigen un total de 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores, contando el fallecido con apenas 43 semanas en ese interregno. Indica que tampoco es posible que se aplique la Ley 100 de 1993 en su redacción original, por cuanto el afiliado no alcanzó a cotizar ni una semana en vigencia de dicha norma.

Además de lo anterior, encontró que en caso de aplicarse la normatividad anterior, en todo caso no estaba acreditada la dependencia económica de la demandante respecto a su hijo, pues los testigos no fueron claros en tal aspecto.

***APELACIÓN***

El portavoz judicial de la parte actora estuvo inconforme con el fallo, por lo que se alzó contra el mismo, argumentando que la dependencia sí quedó evidenciada con los testigos traídos, quienes dieron cuenta de que el joven Jhonatan sí ayudaba, de manera sustancial, con la manutención de la demandante y de sus restantes hijos.

En cuanto a la normatividad aplicable, indica que la jurisprudencia sobre el tema ha sido constante y abundante, sin que se haya negado en alguno de los estadios jurisprudenciales, la posibilidad de aplicar la normatividad anterior. Ello, en aplicación de la Carta Política, canon 53, que establece el principio de favorabilidad.

***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.***

Deberá la Sala analizar los siguientes interrogantes jurídicos:

¿Dejó causado el afiliado Jhonatan Torres García el derecho pensional de sobrevivientes al momento de su deceso?

En caso de que la pregunta anterior tenga respuesta positiva, deberá la Sala resolver la siguiente pregunta:

¿Acreditó la demandante las condiciones exigidas por la Ley para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de su hijo?

**Solución de los problemas jurídicos.**

**Causación del derecho.**

Como regla general, se tiene que la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado. Sin embargo, tal regla, no es irrompible, sino que en ciertos casos, es perfectamente posible que, cuando bajo un régimen legal anterior, se logró cumplir con la densidad de cotizaciones exigidas en ese cuerpo legal, el cambio normativo no puede afectar tal expectativa razonable, así el riesgo se materialice en vigencia de otra norma. Tal posibilidad se desprende del principio de la condición más beneficiosa, que protege las expectativas legítimas frente a las cuales el legislador, ante un cabio normativo, no estableció otro mecanismo de protección, como un régimen de transición.

Sin embargo, la aplicación del aludido principio no proviene de la mera transición legal, sino que es necesario y forzoso para poderse invocar su aplicación, que en vigencia de la normatividad derogada, se hubiere cumplido con todas las exigencias de cotizaciones que la misma exigía, pues de lo contrario, ninguna expectativa legitima se estaría protegiendo y, simplemente, se estaría aplicando ultra activamente una norma sin vigencia, desconociéndose con ello el principio de retrospectividad de la ley laboral y de seguridad social, contenido en el canon 16 del CL, en virtud del cual, una nueva norma produce efecto general inmediato, sin tener efectos retroactivos, pero tampoco permitiendo la aplicación posterior de una norma derogada.

Lo anterior, implica que no es posible pedir la aplicación de cualquier régimen anterior, sino solamente de aquel en vigencia del cual se cumplieron las cotizaciones necesarias para que se consolidara el derecho.

El tema fue tratado de manera amplia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento reciente, indicando las características que ostenta el principio de la condición más beneficiosa, siendo pertinente, para una mejor comprensión de esta decisión, citar algunos apartes del mismo:

*“5. El destinatario posee una situación jurídica concreta - expectativa legítima-*

*En pensiones de siniestro, como las de invalidez y sobrevivientes, no es fácil establecer qué es una situación jurídica concreta. Empero, se ha entendido por la Jurisprudencia que la situación es concreta si se cumple en estos casos con la densidad de semanas de cotización, dentro del plazo estrictamente exigido por la normatividad aplicable*

*Así, por ejemplo en el régimen de los seguros sociales obligatorios, la situación es concreta si el afiliado cotizó 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, dado que la norma exigía ese número de semanas de cotización en todo el tiempo.*

*Con la vigencia de la Ley 100 de 1993, en parte puede existir una definición de situación concreta a estos efectos, dado que la norma precisa tal situación dependiendo de la cotización efectiva” (SL 4650 de 2017).*

Claro como quedó con lo dicho, especialmente, con la jurisprudencia memorada, ha de concluirse que el principio de la condición más beneficiosa es el medio interpretativo, con el cual se amparan aquellas expectativas legítimas o situaciones jurídicas consolidadas, cuando no se estableció un medio legal de protección de las mismas, y para su aplicación, es indispensable –entratándose de prestaciones de sobrevivientes o de invalidez- que en vigencia de la norma anterior respecto de la cual se pretende su aplicación, se hayan cumplido a plenitud los presupuestos objetivos –densidad de cotizaciones o similares- y que el riesgo se materialice con posterioridad a la pérdida de vigencia de aquella, sin que se cumplan las condiciones establecidas en la normatividad vigente al momento del cambio legal.

Con estas sub-reglas, se dispondrá la Judicatura a analizar el caso puntual, atendiendo el recurso propuesto y de una vez debe decirse que la respuesta que se brindará al interrogante jurídico es negativa, amén que el causante Jhonatan Torres García no efectuó ninguna cotización y ni siquiera estaba afiliado al sistema pensional, cuando estaba vigente la Ley 100 de 1993 en su versión original, pues su afiliación al sistema pensional apenas se dio para el ciclo de octubre de 2008 como se observa en la solicitud de vinculación visible a folio 96, lo que necesariamente implica, la imposibilidad de pedir que se aplique en el caso puntual la mencionada norma, pues nunca le fue aplicable ni rigió la situación pensional del fallecido.

Claramente, como ya se dijo, no es que el beneficiario pueda escoger que norma regula su caso puntual, sino que, debe haber alcanzado los presupuestos de una legislación determinada, que perdió vigencia, para que se active la protección especial a su expectativa legitima, brindada por el principio de la condición más beneficiosa.

Así las cosas, se itera, el afiliado fallecido no dejó causado el derecho pensional a sus beneficiarios, razón por la cual, tal como lo hizo la a-quo, se deben negar las pretensiones, quedando relevada la Colegiatura de estudiar el segundo de los dilemas jurídicos planteados.

Las costas en esta sede correrán por cuenta de la parte apelante.

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. Confirmar*** la sentencia proferida el 12 de junio de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

***2.* Costas** en esta instancia a cargo de la parte actora**.**

***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