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.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 28 de junio de 2018

Radicación No: 66001-31-05-003-2015-00039-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Gloria Patricia Castaño Rico

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / MUERTE DEL ASEGURADO EN VIGENCIA DE LEY 797-2003 / ACUERDO 049 / SENTENCIA SU-05-18 / ULTRACTIVIDAD- Sólo frente a personas vulnerables / TEST DE PROCEDENCIA- Cinco Hipótesis / NO SUPERADO / CONFIRMA /** En efecto, es de memorar que la Sala por mayoría de sus integrantes, en similares casos y ocasiones pretéritas, ha acogido tal aplicación ultractiva, cuando el afiliado fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003, siguiendo la postura amplia del principio de la condición más favorable, trazada por la Corte Constitucional, antes de que emitiera la Sentencia SU 005 de 13 de febrero de 2018, por medio de la cual introdujo sustanciales ajustes a este tópico, los que necesariamente revertirán en esta decisión.

(…)

Respaldó, también, las limitaciones que la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en el ámbito de esos dos tránsitos legislativos, fijando su temporalidad, hasta pasados sólo tres (3) años a partir de la promulgación de la Ley 797 de 2003, e implícitamente, la temporalidad del Acuerdo 049, en lo relativo a las 150 semanas, hasta el 31 de marzo de 2000 (apartado 198).

(viii) Sin embargo, otorgó alcances constitucionales a la simple expectativa por no ofrecerse el cambio legislativo de manera abrupta, únicamente, cuando se tratan de personas vulnerables de acuerdo con un test de procedencia diseñado al efecto (aparado 118). “Si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del tutelante, amerita protección constitucional” (aparado final 164).

(…)

Al elaborar el test de procedencia de la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758, de hogaño, o normas anteriores (apartados 118 a 123), estableció cinco (5) hipótesis, cada una necesaria y en conjunto suficientes; cuatro (4) de ellas dependen directamente del o la demandante, y la otra, atinente a la actividad, en vida del causante de la prestación, esto es, en cuanto a su imposibilidad de sufragar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones, (a pesar de su esfuerzo concreto) de completar el número de semanas de aportes que exige la normativa vigente, y que no obedezca a una decisión propia de incumplimiento (apartado122).

(…)

Puestas así las cosas, procede la Sala a resolver con base en los elementos de prueba que militan en el plenario, empezando por el penúltimo ítem del test de procedencia, si bien, en algunos casos juzgados en la sentencia SU-005 de 2018, se releva del mismo, por ser novedosa su introducción, infiriendo su existencia de las condiciones de edad y pobreza del causante al momento de su muerte (apartado 212), inferencia que no se ofrece con el afiliado Arles de Jesús Medina Echeverri, quien tras su vinculación como dependiente, estado en que logró aglutinar más de 300 semanas antes de 1994, se dedicó de manera independiente a ejercer la ocupación de comerciante, provisto de la venta de vehículos automotores, tal como lo indicaron los deponentes Gabriel de Jesús Martínez Ríos y María Olga Moscoso, esta última, quien fungió como empleada del servicio doméstico en la casa de habitación de la pareja durante 17 años.

En tales circunstancias, no se observa excusa alguna, para que se pueda predicar la imposibilidad de que el asegurado pudiera sufragar al sistema general de pensiones, aspecto que por sí solo daría lugar a la insatisfacción del test de procedencia.

 **AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.), las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala de Decisión No. 4 de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, declaran formalmente abierta la audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el día 9 de agosto de 2017, dentro del proceso que promueve la señora Gloria Patricia Castaño Rico contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, trámite al cual se vinculó en calidad de litisconsortes necesarios, a Manuela y a Diana Alexandra Medina Castaño.

*IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES*

1. *INTRODUCCIÓN*

Pretende la demandante que se declare que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes generada con ocasión del deceso del señor Arles de Jesús Medina Echeverry, y en consecuencia, se condene a la entidad convocada al proceso a reconocer y pagar dicha prestación pensional a partir del 16 de septiembre de 2016, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, junto con el retroactivo, los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100/93, y las costas del proceso a su favor.

Colpensiones, en forma oportuna a través de apoderado judicial allegó contestación, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, al considerar que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues no reunió la densidad de semanas exigidas en la Ley 797 de 2003, que gobierna el asunto. En su defensa, propuso como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación demandada y prescripción.

Dentro del trámite del proceso, la a-quo dispuso vincular a las hijas del causante, Manuela y Diana Alexandra Medina Castaño, a la fecha, mayores de edad, quienes allegaron escrito coadyuvando los hechos y pretensiones planteadas en el libelo inicial y manifestando que no es su intención intervenir en el proceso a reclamar derecho alguno, pues cuentan con independencia económica.

*II. SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo dictado el 9 de agosto de 2017, en el que declaró que el señor Medina Echeverri no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus causahabientes, puesto que no acreditó 50 semanas de cotización dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de su deceso, como lo exige el artículo 46 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, ni tampoco por virtud de la condición más beneficiosa, puesto que ninguna cotización se reporta dentro del año anterior al cambio legislativo generado el 29 de enero de 2003.

Por ende, negó las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción propuesta por la entidad demandada y que denominó Inexistencia de la obligación demandada. Por último, condenó en costas procesales a la parte vencida en juicio.

Inconforme con la decisión, la demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se acceda a las pretensiones de la demanda, acudiendo a la interpretación más favorable establecida por la Corte Constitucional, que ha sido apoyado por algunos de los integrantes de esta Corporación.

***CONSIDERACIONES***

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes problemas jurídicos:

*¿El Acuerdo 049 de 1990, posee efectos ultra-activos, cuando el óbito del afiliado se produjo en vigencia de la Ley 797 de 2003?,*

*¿Satisfacen la demandante el test de procedencia expuesto en la Sentencia de Unificación SU 005 de 2018, en caso de ser afirmativa la respuesta al anterior dilema?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

*Ab-initio*, es menester recordar, que tal como lo ha puntualizado la Corte Constitucional, en su reciente decisión unificadora SU-005 de 2018, sobre la materia que concita el interés de esta Sala, que el mecanismo judicial principal e idóneo para la garantía de los derechos que ampara el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes es el proceso ordinario laboral que regula el CPTSS, y donde es posible exigir del juez el cumplimiento del deber que le impone el artículo 48, de asumir: “*la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”* (apartados 117 y 125).

Ahora bien, el punto álgido de la controversia, versa en torno a la aplicación ultractiva del acuerdo 049/90, aprobado por el decreto 758 de hogaño, toda vez, que el óbito del cónyuge de la demandante y padre de las vinculadas, se produjo en vigencia de la Ley 797 de 2003, misma que modificara los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, sin que hubiese sufragado 50 semanas en vigencia de la primera, ni 26 semanas al amparo de la segunda, puesto que su última cotización al sistema pensional data del 23 de junio de 1992; empero sí había reunido más de 300 semanas, bajo la égida del acuerdo 049 de 1990, cuerpo normativo del que pretende, la actora, derivar su gracia pensional de sobrevivientes, a través del principio de la condición más beneficiosa.

En efecto, es de memorar que la Sala por mayoría de sus integrantes, en similares casos y ocasiones pretéritas, ha acogido tal aplicación ultractiva, cuando el afiliado fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003, siguiendo la postura amplia del principio de la condición más favorable, trazada por la Corte Constitucional, antes de que emitiera la Sentencia SU 005 de 13 de febrero de 2018, por medio de la cual introdujo sustanciales ajustes a este tópico, los que necesariamente revertirán en esta decisión.

En efecto, el ajuste más grande que tuvo que hacer a su posición amplia, tiene que ver con el Acto Legislativo 01 de 2005, mismo, que no había considerado con antelación, en el tránsito entre el Acuerdo 049 a la Ley 797 de 2003, por lo que:

1. reconoce que su lectura anterior desconoce el cambio introducido por la reforma constitucional, que si bien, no elimina el principio de la condición más beneficiosa si exige, de manera necesaria, una modulación o ajuste (apartado 179).
2. Colige, el Tribunal Constitucional que el principio de la condición más beneficiosa, tiene su arraigo o venero en las voces finales del artículo 53 superior (apartado 133). “*Este principio protege las expectativas legítimas, ante cambios normativos abruptos que impongan requisitos adicionales que impidan o dificulten en extremo la consolidación de un derecho, frente al cual una persona tiene confianza en su consolidación*” (apartado 134).
3. Así las cosas, replantea la figura de la expectativa legítima, sin modificarla cuando el tránsito legislativo es abrupto, cuál sucede entre la Ley 100 de 1993, y su norma inmediatamente anterior Acuerdo 049 de 1990; o entre la Ley 797 de 2003, y su inmediatamente anterior Ley 100 de 1993. Dijo que la expectativa creada por la normativa anterior, había generado un grado de certeza e inminencia en la consolidación del derecho, susceptible de ser protegido ante el cambio abrupto que suponía la entrada en vigencia de la nueva Ley (apartado 197).

*(iv)* Su innovación jurisprudencial radica en considerar que mientras ese cambio legislativo no sea abrupto, como acontece entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 797 de 2003, no se da una expectativa legítima, sino una simple expectativa (apartado 200).

Al efecto, advierte, que las expectativas para acceder a la pensión de sobrevivientes, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, restando sólo la muerte del afiliado, en vigencia de la Ley 797 de 2003, deben tenerse por meras expectativas, y no como expectativas legítimas (apartado 202),

 *(v)* Por lo tanto, los fallos que se cimentaron, en el pasado, cuando el cambio legislativo no era abrupto, son desproporcionados por no avenirse al Acto Legislativo 01 de 2005, el cual dispuso que los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia son los prescritos por las Leyes del sistema general de pensiones (aparado 174). “*Este cambio resalta la importancia de dar prevalencia al efecto general inmediato del sistema, sin que ello suponga desconocer la existencia de expectativas legítimas amparables por un tiempo determinado, pero no de manera definitiva, menos aún sin una fuente propia de financiación, que lo haría insostenible”*.(176)

*(vi)* Con la mentada sub-regla, consideró que el derecho viviente en la jurisdicción ordinaria, ceñida a ese postulado, lejos de resultar constitucionalmente irrazonable es acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005; luego, la condición más beneficiosa, no da lugar a la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, u otros regímenes anteriores, so pretexto de que el afiliado haya reunido la densidad mínima de cotizaciones allí exigidas, aunada a la muerte, de aquel, tras la expedición de la Ley 797 de 2003.

Óptica diferente es la ofrecida en el tránsito normativo, inmediato, entre el comentado estatuto 049, y la Ley 100 de 1993, así como entre ésta y la Ley 797 de 2003, puesto que en estas dos órbitas legales, avaló tanto la ultraactividad del Acuerdo 049 de 1990, como, del texto primigenio de la Ley 100, respectivamente (apartados: 163, 197 a 202 de la providencia).

 *(vii)* Respaldó, también, las limitaciones que la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en el ámbito de esos dos tránsitos legislativos, fijando su temporalidad, hasta pasados sólo tres (3) años a partir de la promulgación de la Ley 797 de 2003, e implícitamente, la temporalidad del Acuerdo 049, en lo relativo a las 150 semanas, hasta el 31 de marzo de 2000 (apartado 198).

*(viii)* Sin embargo, otorgó alcances constitucionales a la simple expectativa por no ofrecerse el cambio legislativo de manera abrupta, únicamente, cuando se tratan de personas vulnerables de acuerdo con un test de procedencia diseñado al efecto (aparado 118). “*Si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del tutelante, amerita protección constitucional*” (aparado final 164).

Por lo que concluye, que la interpretación de la Sala Laboral es constitucional, razonable y válida, cuando se trata de personas que no cumplen con las condiciones del Test de procedencia objeto de unificación, “*pero deja de serlo cuando la persona frente a quien se va aplicar la regla tiene este cúmulo de circunstancias que permiten realizar una aplicación distinta con el fin de garantizar sus derechos fundamentales*” (apartados 130 y 203 a 206).

 *(ix)* En la última específica situación, catalogó la posición del órgano de cierre ordinario, “*desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas”*, enfrente del reclamo de la pensión de sobrevivientes, al negarle a este segmento de la población la aplicación ultraactiva del Acuerdo 049 o decreto 0758 de 1990, o de estatutos anteriores, en cuanto al requisito de semanas, de un afiliado que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003 (apartado 164).

Al efecto, señaló que “*en estos casos, los fines que persigue el Acto Legislativo 01 de 2005 –hacer viable el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad y de igualdad para todos los cotizantes- tienen un menor peso en comparación con la muy severa afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas de las personas vulnerables. Por tanto, sólo respecto de estas personas resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 –o regímenes anteriores- en cuanto al primer requisito, semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque el segundo requisito, la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003…”*(apartado 300).

*(x)* Al elaborar el test de procedencia de la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758, de hogaño, o normas anteriores (apartados 118 a 123), estableció cinco (5) hipótesis, cada una necesaria y en conjunto suficientes; cuatro (4) de ellas dependen directamente del o la demandante, y la otra, atinente a la actividad, en vida del causante de la prestación, esto es, en cuanto a su imposibilidad de sufragar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones, (a pesar de su esfuerzo concreto) de completar el número de semanas de aportes que exige la normativa vigente, y que no obedezca a una decisión propia de incumplimiento (apartado122).

“*…En todo caso [*se refiere a la superación del test de procedencia*], implica para este una carga de suficiente argumentación, tendiente a demostrar por qué ese cumulo de factores y circunstancias colocan al tutelante en una determinada situación de vulnerabilidad, que corresponde a la debida acreditación de cada una de las 5 condiciones a que se ha hecho referencia*” (apartado 127).

 Lo dicho por cuanto: “*[s]ólo para los efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se considerarán como personas vulnerable aquellos individuos que hayan superado el Test de procedencia…Para estas personas, las sentencias de tutela tendrán efecto declarativo del derecho, y sólo se podrá ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela*” (apartado 165).

 ***El caso concreto***:

Son supuestos fácticos no controvertidos en esta actuación: (i) que el señor Arles de Jesús Medina Echeverri falleció el 16 de septiembre de 2005, según el registro civil de defunción obrante a folio 16; (ii) sufragó en toda su vida laboral un total de 408.29 semanas de aportes al régimen de prima media entre 11 de julio de 1984 y el 23 de junio de 1992, es decir, todas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, según se extracta de la historia laboral que obra a fl.21, y (iii) que la demandante y el asegurado fallecido procrearon a Manuela y Diana Alexandra Castaño Medina, en la actualidad mayores de edad, según folios 84 y 108.

De otro lado, el requisito de la convivencia entre el de cujus y la demandante quedó superado con las declaraciones de Gabriel de Jesús Martínez Ríos, María Olga Moscoso y María Lucelly Naranjo Hoyos rendidas en el curso del proceso, quienes de manera clara, precisa y coherente, manifestaron al unísono que la pareja convivió durante muchos años, que procreó dos hijas, de 19 y 30 años en la actualidad; que primero, estuvieron domiciliados en el Municipio de Mistrató y luego se trasladaron a Pereira; y que la convivencia se mantuvo vigente hasta la fecha del deceso del asegurado.

 Cómo es sabido la parte demandante debe evidenciar tanto aisladamente como en su conjunto, las cinco hipótesis que hacen viable el test de procedencia, en aras de que en esos eventos, no en otros, se pueda dar aplicación ultractiva al acuerdo 049 de 1990, cuando el óbito del asegurado se produjo en vigencia de la ley 797 de 2003, aunado a una densidad no menor a 300 semanas o 150 (condicionadas), antes de que entrara a regir la Ley 100 de 1993.

Iterase, tal excepcionalidad surge por mandato del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual le introdujo reformas trascendentales a los artículos 48 y 334 (parágrafo) de la constitución política, por lo que si el test fallara al no satisfacerse una cualquiera de las cinco hipótesis, se daría al traste con la aspiración de la peticionaria, a pesar de que no se conociera antes tal test, por cuanto de lo que se trata es de dar cumplimiento a la Constitución, efecto que es general e inmediato y no condicional a otras circunstancias, como por ejemplo, haber dejado, la Corte Constitucional, Tribunales y jueces, a un lado, estas consideraciones de orden superior en fallos precedentes.

Por ello, mediante actividad oficiosa esta Sala decretó el interrogatorio de parte de la demandante, en orden a conocer si superaba el test de procedencia diseñado al efecto por la Corte Constitucional. No obstante, llegado el día y la hora señalada para la práctica del mismo, no se hizo presente la parte interesada ni su apoderada judicial, amén de que tampoco justificó su inasistencia dentro de los tres días siguientes.

Puestas así las cosas, procede la Sala a resolver con base en los elementos de prueba que militan en el plenario, empezando por el penúltimo ítem del test de procedencia, si bien, en algunos casos juzgados en la sentencia SU-005 de 2018, se releva del mismo, por ser novedosa su introducción, infiriendo su existencia de las condiciones de edad y pobreza del causante al momento de su muerte (apartado 212), inferencia que no se ofrece con el afiliado Arles de Jesús Medina Echeverri, quien tras su vinculación como dependiente, estado en que logró aglutinar más de 300 semanas antes de 1994, se dedicó de manera independiente a ejercer la ocupación de comerciante, provisto de la venta de vehículos automotores, tal como lo indicaron los deponentes Gabriel de Jesús Martínez Ríos y María Olga Moscoso, esta última, quien fungió como empleada del servicio doméstico en la casa de habitación de la pareja durante 17 años.

En tales circunstancias, no se observa excusa alguna, para que se pueda predicar la imposibilidad de que el asegurado pudiera sufragar al sistema general de pensiones, aspecto que por sí solo daría lugar a la insatisfacción del test de procedencia.

Y, es que si se dejara a un lado, la anterior consideración, se observa que la demandante, tampoco, satisface el test, en lo que esto respecta, puesto que la actora, pese a que figura en el Sisben, con un puntaje de 29.55, cuenta en la actualidad con 51 años de edad, no evidencian problemas de salud, sin que se hubiese acreditado dentro del proceso que se encuentra en situación de pobreza extrema, pues debe entenderse que cuenta con la ayuda de sus dos hijas adultas, con deber legal de brindarle alimentos, tal cual lo juzgó la Corte Constitucional, en varios de los casos fallados en la Sentencia SU-005 de 2018.

Por lo tanto, se infiere que la demandante no sufrió afectación al mínimo vital, por la ausencia de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Así como tampoco, evidenciaron tal afectación al mínimo vital, las dos hijas del afiliado, en la actualidad mayores de edad, quienes mediante escrito allegado al despacho, manifestaron que cuentan con independencia económica y no tienen intereses de reclamar derecho alguna a la pensión de sobrevivientes, razón por la cual están por fuera de satisfacer el test de procedencia dicho.

Y, es que finalmente, no puede soslayarse, que en contra de la satisfacción del último punto del test de procedencia, obra que la actora, apenas acudió a la reclamación administrativa, pasados casi seis años de acaecido el deceso de Arles de Jesús Medina Echeverri, obteniendo respuesta negativa a tal reclamo mediante Resolución GNR 10500 del 28 de noviembre de 2012; lo que se profundiza aún más, si se repara, que entre este hecho y la presentación de la demanda transcurrieron un lapso de más de dos años [fl.13], lo que bien pone de presente la ausencia de diligencia en adelantar la solicitudes administrativas o judiciales, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y con ello se echan de menos las respuestas afirmativas al test de procedencia elaborado por la Corte Constitucional.

En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento pensional implorado. Por lo que se confirmará la sentencia apelada.

Sin costas en ambas instancias, dado que la base de la decisión se funda en a sentencia SU 005 de 2018, emitida por la Corte Constitucional, después del pronunciamiento de la a-quo.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** Sala de decisión No. 4 administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. **Confirma** la sentencia proferida el 9 de agosto de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia.
2. Sin costas en ambas instancias.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

 Magistrado Magistrada

 -Salva voto -