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 26 de julio de 2018.

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00065-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María Sofía Hinestroza de Posada

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / MUERTE EN VIGENCIA LEY 797 / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / SENTENCIA SU-005 DE 2018 / TEST DE PROCEDENCIA / NO SE CUMPLE / CONFIRMA POR RAZONES DIFERENTES / NIEGA /**

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, 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 12 de septiembre de 1988; empero sí había reunido más de 300 semanas, bajo la égida del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año, norma que regulaba la situación pensional del afiliado y de la cual se pretende derivar la 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.

(…)

(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).

(…)

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, o normas anteriores, 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.

(…)

Puestas así las cosas, al verificar el mentado test constitucional de procedencia, encuentra la Sala que la demandante no lo satisface, puesto que pese a que frisa en los 65 años de edad, no se encuentra inscrita en el Sisben ni en otro programa que acredite extrema pobreza, desplazamiento, etc…

Aunado a ello, cuenta con tres hijos adultos, 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, de lo que se colige que la demandante no sufrió afectación al mínimo vital, por la ausencia de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

***ORALIDAD***

 **AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (9:45 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 abierto el acto con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el día 21 de septiembre de 9 de agosto de 2017, dentro del proceso ordinario laboral que promueve la señora María Sofía Hinestroza de Posada contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

*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 de su cónyuge José Oscar Posada Restrepo, y en consecuencia, se condene a la entidad convocada al proceso a reconocer y pagar dicha prestación pensional a partir del 23 de octubre de 2003, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100/93, y las costas del proceso a su favor.

Sustenta tales pedimentos, en que su cónyuge según registro civil de matrimonio, estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 1º de julio de 1971 al 23 de octubre de 2003, fecha en que falleció; que cotizó al sistema pensional un total de 863 semanas hasta el 12 de septiembre de 1988, cuando cesó definitivamente en sus cotizaciones; que la pareja convivió en forma ininterrumpida y permanente bajo el mismo techo en la ciudad de Armenia por un lapso de 32 años hasta el día de su deceso; que dentro del vínculo matrimonial procrearon tres hijos, quienes actualmente son mayores de edad; que el 12 de octubre de 2016 la demandante presentó ante la entidad demandada solicitud de pensión de sobrevivientes, empero, le fue negada mediante Resolución GNR 359800 de ese mismo año, la cual quedó en firme.

Colpensiones, en forma oportuna a través de apoderada 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. En su defensa, propuso como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y prescripción.

*II. SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo dictado el 21 de septiembre de 2017, en el que declaró que el señor Posada Restrepo 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 condenó a la parte actora en costas procesales en juicio en un 100% de las causadas.

Inconforme con la decisión, el vocero judicial de 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, 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 12 de septiembre de 1988; empero sí había reunido más de 300 semanas, bajo la égida del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año, norma que regulaba la situación pensional del afiliado y de la cual se pretende derivar la 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 o normas anteriores 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).
4. Su innovación jurisprudencial radica en considerar que mientras ese cambio legislativo no sea abrupto, como acontece entre el Acuerdo 049 de 1990 o normas anteriores 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 o normas anteriores, 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 José Oscar Posada Restrepo falleció el 23 de octubre de 2003, según el registro civil de defunción obrante a folio 23; (ii) sufragó en toda su vida laboral un total de 863.86 semanas de aportes al régimen de prima media entre 1º de octubre de 1973 y el 12 de septiembre de 1988, es decir, todas antes de la entrada en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, según se extracta de la historia laboral que obra a fl.64, y (iii) que la demandante y el asegurado fallecido procrearon tres hijos, José Fernando, Oscar Alberto y Gloria Cristina, en la actualidad mayores de edad, según folios 29 a 31.

De otro lado, el requisito de la convivencia entre el de cujus y la demandante quedó superado con la aceptación que hizo la entidad de seguridad demandada a través de la Resolución GNR 17089 de 2014, al reconocerle a la señora María Sofía Hinestroza, en calidad de cónyuge supérstite del afiliado, la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Luego dicho punto, no era objeto de debate, tal como lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral, entre otras, en sentencia SL 1886 de 2015.

 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, o normas anteriores, 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.

Puestas así las cosas, al verificar el mentado test constitucional de procedencia, encuentra la Sala que la demandante no lo satisface, puesto que pese a que frisa en los 65 años de edad, no se encuentra inscrita en el Sisben ni en otro programa que acredite extrema pobreza, desplazamiento, etc…

Aunado a ello, cuenta con tres hijos adultos, 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, de lo que se colige que la demandante no sufrió afectación al mínimo vital, por la ausencia de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Y aun aunque se hiciera abstracción de lo anterior, 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 10 años de acaecido el deceso del señor José Oscar Posada Restrepo, obteniendo respuesta negativa a tal reclamo mediante Resolución GNR 2043956 del 2013; y que esta acción judicial sólo fue presentada el 10 de febrero de 2017, 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. Con ello, se echan de menos las respuestas afirmativas al test de procedencia elaborado por la Corte Constitucional, cada uno necesarios y en conjunto suficientes, según los propios términos de esa Corporación.

Por lo tanto, se infiere que la demandante no pertenece al grupo vulnerable de que trata el test constitucional de procedencia de la pensión de sobrevivientes, en orden a permitirse en el sub-lite, la ultra actividad del Acuerdo 049 de 1990 o norma anterior, habiéndose presentado el óbito del asegurado en vigencia de la Ley 797 de 2003.

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

 Sin costas en ambas instancias, dado que la base de la decisión se funda en la 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. **Confirmar por razones diferentes** la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2017 por el Juzgado Cuarto 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 -