**Providencia**: **Sentencia de Segunda Instancia, 20 de septiembre de 2018**

**Radicación No**: 66001-31-05-005-2015-00038-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Jhon Jairo Molano Quintero

**Demandado:** Colpensiones

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

**Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares**

**Temas: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / PRESCRIPCIÓN MESADAS / INTERESES DE MORA EN CASO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / OBLIGACIÓN DE EFECTUAR APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

**E**l canon 151 del CPLSS y 488 del CL, establecen que las acciones emanadas de los derechos sociales prescriben en los tres años siguientes que se cuentan desde que la respectiva obligación se hace exigible. Cabe agregar además, que la extinción por prescripción de obligaciones como la que ocupa la atención de la Sala, esto es, de la pensión de sobrevivientes, está signada por la condición de tracto sucesivo que caracteriza la prestación, lo que significa que cada mesada, causada y exigible en forma periódica y continua, conserva total autonomía en relación con las demás y, en ese orden, la prescripción extintiva es predicable únicamente de las prestaciones no reclamadas en tiempo (Ver sentencia CSJ SL4222-2017). (…)

Dispone la Ley 717 de 2001 en su artículo 1º, un término de máximo de 2 meses para resolver las solicitudes sobre pensión de sobrevivientes e incluir en nómina al beneficiario, vencidos los cuales, empezarán a correr tales réditos. No obstante, en tratándose de pensiones de invalidez o sobrevivencia reconocidas en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, los intereses de mora sólo proceden sí habiéndose definido el derecho pensional en favor del afiliado o beneficiario, sea por vía administrativa ora por vía judicial, la entidad de seguridad social incumple su obligación de cancelar las mesadas pensionales a su cargo. (…)

… en cuanto a la solicitud de devolución del valor descontado sobre el retroactivo reconocido, por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, se considera que la misma no es procedente, en razón a que la entidad demandada realizó tales descuentos en complimiento a los postulados de carácter legal que así lo autorizan (inciso 2 del artículo 143 de la Ley 100/93, en concordancia con lo previsto por el inciso 3 artículo 42 del Decreto 692 de 1994 y el Decreto 510 de 2003), con el fin de que lo transfiera a la entidad administradora de salud que el reclamante escoja o al que se encuentre afiliado. No hay lugar, por tanto, a este reclamo.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

En Pereira, a los veinte (20) días del mes de septiembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho y quince de la mañana (08:15 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala 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 proferida el 13 de diciembre de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Jhon Jairo Molano Quintero*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

El demandante pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de las mesadas de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida con ocasión al deceso de su compañera María Gloria Marín Grajales, a partir del 12 de marzo de 1998, fecha del deceso de aquella, y hasta el 20 de febrero de 2010, calenda en que Colpensiones le reconoció la efectividad de la prestación pensional. Así mismo, que se declare improcedente el descuento que realizó la entidad demandada sobre el valor del retroactivo pensional reconocido, y en consecuencia, pide que se condene a la entidad demandada a cancelar $55`115.155 a título de retroactivo pensional, junto con los intereses de mora, a cancelar lo descontado por concepto de aportes a salud y, a las costas del proceso a su favor.

Como fundamento a sus pedimentos expone que la señora María Gloria Marín Grajales falleció el 12 de marzo de 1998; que la reclamación administrativa que presentó ante el extinto ISS, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, le fue resuelta en forma desfavorable a través de la Resolución No. 4128 de 1999. Indica que el 20 de febrero de 2014 presentó una solicitud de revocatoria directa del acto administrativo, motivo por el cual Colpensiones a través de la Resolución GNR 272819 de 2014, le reconoció la prestación pensional en mención a partir del 20 de febrero de 2014, sin cancelar los respectivos intereses de mora, empero, descontando la suma de $3`594.668 por concepto de aportes a salud.

Subsanada y admitida la demanda, se ordenó correr traslado a Colpensiones de esta última, sin embargo, guardó silencio. Posteriormente, se ordenó vincular al proceso a la hija de la causante de la prestación, Jhoana Marcela Molano Marín, y a la Procuraduría General de la Nación. La primera, guardó silencio dentro del término otorgado para descorrer el traslado, al paso que la segunda, intervino a través de la Agente del Ministerio Público para asuntos del Trabajo y de la Seguridad, en cumplimiento de las funciones y atribuciones legales otorgadas por la Constitución y la Ley, proponiendo como excepciones las de Prescripción y Cobro de lo no debido.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

La Jueza de conocimiento mediante fallo del 13 de diciembre de 2017, declaró probada la excepción de prescripción respecto al retroactivo pensional causado entre el 12 de marzo de 1998 y el 20 de febrero de 2010, al encontrar que transcurrió más del término trienal que establecen los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S. para instaurar la acción judicial, pues durante dicho lapso el demandante sólo presentó una única reclamación, el 23 de octubre de 1998-, y que fue resuelta a través de la Resolución No.4128 del 2000, concediéndole la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes al actor y a la menor Johana Marcela Molano Marín.

***III. CONSULTA***

Dado que la decisión fue adversa a los intereses del demandante, se remitió esa decisión para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, tal como lo manda el artículo 69 del C.P.T

***IV. 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. 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:

***V. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

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

*¿Hay lugar a reconocer el retroactivo pensional solicitado por el actor?*

*¿Es procedente la imposición de condena a título de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993? En caso positivo, ¿A partir de cuándo y en qué cuantía?*

*¿Procede la devolución de los descuentos efectuados sobre el valor del retroactivo pensional, a título de aportes al sistema de seguridad social en salud?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

No son objeto de controversia los siguientes supuestos fácticos: (i) que la señora María Gloria Marín Grajales falleció el 12 de marzo de 1998 –fl.67; (ii) que la entidad demandada través de la Resolución GNR 272819 de 2014, le reconoció al demandante en calidad de compañero permanente de la afiliada fallecida, la pensión de sobrevivientes con fundamento en el Acuerdo 049/90, aplicable por virtud del principio de la condición más beneficiosa, y con efectos fiscales a partir del 20 de febrero de 2010, reconociendo a título de retroactivo la suma de $28`312.536 correspondiente a las mesadas causadas hasta el 31 de diciembre de 2013 –fl.13 y ss-.

Determinada la existencia del derecho en favor del actor, debe adentrarse la Sala a estudiar si en virtud del paso del tiempo se extinguió la posibilidad de reclamar el retroactivo generado entre el 12 de marzo de 1998 y el 20 de febrero de 2010, o si existió algún acto que interrumpiera ese lapso.

Pues bien, debe decirse que el canon 151 del CPLSS y 488 del CL, establecen que las acciones emanadas de los derechos sociales prescriben en los tres años siguientes que se cuentan desde que la respectiva obligación se hace exigible.

Cabe agregar, que la extinción por prescripción de obligaciones como la que ocupa la atención de la Sala, la pensión de sobrevivientes, está signada por la condición de tracto sucesivo que caracteriza la prestación, lo que significa que cada mesada, causada y exigible en forma periódica y continua, conserva total autonomía en relación con las demás y, en ese orden, la prescripción extintiva es predicable únicamente de las mesadas no reclamadas en tiempo (Ver sentencia CSJ SL4222-2017). Sabido es que la pensión en sí no prescribe, sino las mesadas causadas y no reclamadas.

Aplicados esos razonamientos al caso bajo estudio, se tiene que el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible a partir el día 12 de marzo de 1998, cuando se produjo el deceso de la afiliada, por lo que a partir de ese momento empezó a correr el término de prescripción para sus mesadas.

El demandante presentó una primera reclamación el 23 de octubre de 1998, misma que fue resuelta desfavorablemente por el extinto ISS a través de la Resolución No. 4128 de 1999, por lo que el término de prescripción quedó suspendido hasta el 21 de diciembre de 1999, momento para el cual la entidad demandada notificó su respuesta al interesado, ver folio 29.

A partir de dicha fecha -21 de diciembre de 1999-, se reinició la contabilización del término trienal de prescripción previsto inicialmente, lo que nos lleva hasta el 20 de diciembre de 2002, calenda hasta la cual el demandante contaba para presentar su reclamo ante la justicia ordinaria laboral. No obstante, sólo instauró acción judicial el 29 de enero de 2015, según folio 9. Por lo que las mesadas causadas y no reclamadas entre el 12 de marzo de 1999 y el 21 de diciembre de 1999, quedaron cobijadas por el fenómeno extintivo de la prescripción.

En cuanto a las mesadas causadas con posterioridad y hasta el 20 de febrero de 2010, se tiene que aunque el demandante presentó una nueva solicitud el 20 de febrero de 2014 e instauró la presente acción judicial dentro del año siguiente, concretamente el 29 de enero de 2015, tal reclamo no tiene la virtualidad de interrumpir el término prescriptivo sobre esas mesadas, pues únicamente dejaba a salvo las que se habían hecho exigibles dentro de los tres años anteriores a tal solicitud, esto es, las causadas desde el 20 de febrero de 2011, pese a que la entidad demandada en forma favorable al actor aplicó el término prescriptivo de 4 años y dejó a salvo las mesadas causadas desde el 20 de febrero de 2010, cancelando en debida forma el retroactivo correspondiente hasta el 20 de febrero de 2014.

Por ende, no cabe duda que las mesadas causadas y no reclamadas entre el 12 de marzo de 1998 y el 20 de febrero de 2010, se encuentran prescritas, por lo que acertada se torna la decisión de la juez de primer grado.

En cuanto a los demás pedimentos formulados en la demanda, esto es, los intereses de mora contemplados en el artículo 141 de la Ley 100/93 sobre el valor del retroactivo pensional cancelado por la entidad demandada y, la devolución de la suma descontada por concepto de aportes al sistema de salud, conviene acotar que si bien la primera instancia no emitió ningún pronunciamiento de fondo respecto a estos puntos, la Sala en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 287 del C.G.P. complementará la sentencia de la a-quo, en tanto que la parte perjudicada con la omisión, aunque no apeló, se encuentra favorecida con el grado jurisdiccional de consulta, situación que de antemano habilita al juez de segundo grado para subsanar las fallas en que incurrió el juez de primer grado, sin necesidad de devolverle el expediente, puesto que la omisión no recae sobre la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, como lo dispone además el articulo 327 ibídem.

Así las cosas, se concentrará la Sala en determinar si hay lugar a condenar a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios del canon 141 de la Ley 100/93.

Dispone la Ley 717 de 2001 en su artículo 1º, un término de máximo de 2 meses para resolver las solicitudes sobre pensión de sobrevivientes e incluir en nómina al beneficiario, vencidos los cuales, empezarán a correr tales réditos.

No obstante, en tratándose de pensiones de invalidez o sobrevivencia reconocidas en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, los intereses de mora sólo proceden sí habiéndose definido el derecho pensional en favor del afiliado o beneficiario, sea por vía administrativa ora por vía judicial, la entidad de seguridad social incumple su obligación de cancelar las mesadas pensionales a su cargo.

Lo anterior, en consideración a que la prevalencia del derecho 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).

En esas condiciones, es claro para la Sala que en el caso bajo estudio no hay lugar a imponer a cargo de Colpensiones el pago de los intereses moratorios peticionados, habida cuenta que la pensión de sobrevivientes reconocida en favor del actor, se hizo con base en criterios constitucionales más favorables, amén de que no se tiene noticia de incumplimiento alguno por parte de la entidad demandada en el pago de las mesadas pensionales reconocidas, pues fue incluido en nómina en la fecha de corte siguiente a la de reconocimiento, ver fl.113. Por consiguiente, se absolverá a la entidad demandada del pago de tales réditos.

Por otra parte, en cuanto a la solicitud de devolución del valor descontado sobre el retroactivo reconocido, por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, se considera que la misma no es procedente, en razón a que la entidad demandada realizó tales descuentos en complimiento a los postulados de carácter legal que así lo autorizan (inciso 2 del artículo 143 de la Ley 100/93, en concordancia con lo previsto por el inciso 3 artículo 42 del Decreto 692 de 1994 y el Decreto 510 de 2003), con el fin de que lo transfiera a la entidad administradora de salud que el reclamante escoja o al que se encuentre afiliado. No hay lugar, por tanto, a este reclamo.

Se complementará, por ende, la providencia consultada en esos puntuales aspectos. Sin costas en esta instancia por tratarse del 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. **Complementar** lasentencia proferidael 13 de diciembre de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de: **Negar** el pago de los intereses moratorios peticionados y la devolución del rubro descontado por concepto de aportes del Sistema de Seguridad Social en salud, por lo expuesto en la parte motiva.
2. **Confirmar** todo lo demás***.***
3. Sin costas en esta instancia por haberse conocido en consulta.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Ponente

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

 Magistrada Magistrada