aEl 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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, miércoles 6 de marzo de 2019

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00505-01

Proceso: Ordinario Laboral.-

Demandante: José de Jesús Leitón y María Rubiela Henao

Demandado: Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: Aplicación del principio de la condición más beneficiosa:** Sabido es que la normatividad aplicable, por regla general, a la pensión de sobrevivientes, es la vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado. No obstante, tal regla no es inflexible y permite que, en eventos especiales, el asunto se regule por otra norma diferente. Uno de tales eventos, es la aplicación de la condición más beneficiosa, en virtud de la cual, cuando una persona bajo una normatividad anterior logró satisfacer los requisitos objetivos para alcanzar una prestación pensional (densidad de cotizaciones) y el riesgo se concreta en vigencia de otra legislación que endureció los supuestos legales, necesariamente se deberá reconocer el derecho con amparo en la norma anterior. 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.

**Del cómputo del tiempo de servicio militar obligatorio para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes:** el literal f) de la Ley 100 de 1993, estableció que para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en ambos regímenes pensionales, se tendrán en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de esa ley, al Instituto de Seguros Sociales o cualquier caja o fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo servido como servidor público. De ahí que, el tiempo de servicio militar obligatorio sea computable para el reconocimiento de pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes pensionales, no sólo en casos de pensión de vejez o jubilación sino también en las de sobrevivientes e invalidez, tal como lo ha decantado en forma reiterada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 11188 de 2016.

**De la dependencia económica de los padres respecto a los hijos**: conforme a las exigencias de la norma antes referida, esta debe ser regular, cierta y significativa**,** sin que se requiera que sea absoluta, pues puede ocurrir que el padre o madre se procure algunos ingresos adicionales, de modo que, no sea necesario que esté en condiciones de mendicidad o indigencia, pues el ámbito de la seguridad social supera con solvencia el simple concepto de subsistencia y ubica en primerísimo lugar el carácter decoroso de una vida digna con las condiciones básicas ofrecidas por el extinto afiliado. (Ver sentencia SL6690 de mayo de 2014).

**Del Retroactivo pensional cuando el reconocimiento del derecho se deriva de la aplicación de una interpretación constitucional más favorable**: es procedente si se tiene en cuenta que la causa que le da origen al derecho a la pensión de sobrevivientes, es la fecha del deceso del afiliado, misma que debe ser tomada como referente para determinar el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes y la normatividad que lo regula, indistintamente de si el surgimiento del derecho se da gracias a la aplicación de una interpretación constitucional favorable.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Lo anterior significa que durante el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, el causante se encontraba afiliado al sistema; que con anterioridad al 29 de enero de 2003 tenía como tiempo de servicio cotizado a través de una entidad del sector público, 213 días equivalentes a 30,42 semanas; no obstante, no había lugar a declarar que el causante dejó causado ese derecho pensional en consideración a que su deceso no se presentó en el interregno que va desde el 29 de enero de 2003 y la misma fecha del año 2006, requisito sine qua non para dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa que se solicita en la demanda, toda vez que precisamente ese período de tres años permite a los afiliados completar con amplitud el número de semanas (50) que la nueva ley exige para acceder a la prestación, sin que así lo haya hecho el causante.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**  
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

# SALA DE DECISIÓN LABORAL

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, hoy (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho de la mañana (8:00 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 los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 21 de mayo de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **José de Jesús Leiton y María Rubiela Henao** contra la **AFP Porvenir S.A.**

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES***

1. ***INTRODUCCIÓN***

Pretenden los demandantes que se declare que tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como beneficiarios de su hijo Jhon Sebastián Leitón Henao, y con base en ello, aspiran que se condene a la AFP Porvenir S.A. a reconocer y pagar la prestación económica a partir del 13 de mayo de 2014 conforme a los postulados de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y las costas procesales a su favor.

Como fundamento a sus pretensiones, exponen que su hijo Jhon Sebastián Leitón Henao falleció el 13 de mayo de 2014; que se encontraba afiliado desde el año 2005 a la AFP Porvenir S.A.; que cotizó 112 semanas al sistema pensional, de las cuales 42,28 lo fueron en los 3 años anteriores a su deceso; que de los 11 hijos que procrearon los demandantes, únicamente el afiliado fallecido y su otra hija Paula Andrea Leitón Henao eran quienes sostenían económicamente el hogar; que ellos en calidad de padres del causante solicitaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero les fue negada mediante comunicación No. 536 de 19 de noviembre de 2015 por no acreditar el número de semanas cotizadas previsto en la Ley 797 de 2003.

Admitida la demanda, la AFP Porvenir S.A. allegó respuesta a través de su portavoz judicial, oponiéndose a las pretensiones y formulando en su defensa como medios exceptivos de fondo: “Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo y falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “Buena fe” y “Prescripción”, ver fls.56 a 65.

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia, mediante sentencia del 10 de abril de 2018, misma que fue objeto de reconstrucción, en la que la accedió a la pensión de sobrevivientes reclamada, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, para lo cual estimó que el afiliado fallecido dejó causado el derecho por acreditar la densidad de semanas exigidas en la Ley 100/93, amén que los padres acreditaron con prueba testimonial la dependencia económica que se exige en este tipo de asuntos. Sin embargo, fijó el disfrute pensional y los intereses de mora peticionados, a partir de la ejecutoria de la sentencia, por haberse acudido a un criterio jurisprudencial para el reconocimiento del derecho. Por último, condenó en costas a la parte vencida en un 60 % de las causadas.

Inconforme, ambas partes presentaron recurso de apelación. La parte actora solicitó el pago retroactivo de la pensión de sobrevivientes a partir del 13 de mayo de 2014, aduciendo que el fenómeno extintivo de la prescripción se interrumpió.

Por su parte, la AFP accionada manifestó que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho pensional, como quiera que no cotizó la densidad de semanas exigidas en la norma llamada a regular el caso, esto es, la Ley 797/2003 y ni aun en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, por cuanto la primera cotización al sistema pensional se efectuó en el ciclo de mayo de 2005, es decir, en vigencia de la norma vigente. Reprochó igualmente que la a-quo haya dado por demostrada la dependencia económica de los padres respecto al hijo, pues a su juicio, no hubo congruencia en los dichos de los declarantes frente a este puntual aspecto.

Nota: Por lo reglado en el inciso final del artículo 280 del C.G.P, de aplicación por la integración normativa autorizada por el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, no es necesario que la Sala se extienda en mayores prolegómenos de este litigio, más cuando son ampliamente conocidos por las partes.

***Alegatos de conclusión***

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:

***CONSIDERACIONES***

En orden a resolver la instancia, la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos:

*¿Le asiste razón a la vocera judicial de la demandada al indicar que no es viable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada, por cuanto la primera cotización al sistema pensional fue efectuada por el afiliado fallecido en el año 2005? En caso negativo,*

*¿Acreditaron los demandantes las condiciones necesarias para ser tenidos como beneficiarios de dicha prestación pensional?*

*¿Hay lugar a condenar a la entidad demandada al pago del retroactivo pensional solicitado?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Sabido es que la normatividad aplicable, por regla general, a la pensión de sobrevivientes, es la vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado. No obstante, tal regla no es inflexible y permite que, en eventos especiales, el asunto se regule por otra norma diferente. Uno de tales eventos, es la aplicación de la condición más beneficiosa, en virtud de la cual, cuando una persona bajo una normatividad anterior logró satisfacer los requisitos objetivos para alcanzar una prestación pensional (densidad de cotizaciones) y el riesgo se concreta en vigencia de otra legislación que endureció los supuestos legales, necesariamente se deberá reconocer el derecho con amparo en la norma anterior. 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.

Es así como según criterio de la mayoría de esta Sala, en tratándose de pensiones de invalidez y sobrevivientes, es posible por ejemplo la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las leyes 797 y 860 de 2003, respecto de los artículos 39 y 46 originales de la Ley 100/93, por considerar que contiene requisitos menos gravosos que los previstos en la nueva disposición legal.

En el caso puntual, no se discute que la normatividad llamada a gobernar el asunto, es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por cuanto el deceso del asegurado se produjo el 13 de mayo de 2014, empero que, el afiliado fallecido no reunió la densidad de semanas mínimas allí exigidas para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues sólo cotizó durante ese interregno 43 semanas, ver fl.25, requiriendo un mínimo de 50.

Tampoco se discute que la jueza del conocimiento estimó procedente en virtud al postulado de la condición más beneficiosa, acudir a la norma precedente que reguló el derecho reclamado, esto es, al artículo 46 original de la Ley 100/93, circunstancia que como se resultaba perfectamente válida. Tal disposición normativa, exige una densidad mínima de 26 semanas en cualquier tiempo, siempre que el afiliado sea cotizante activo al momento del deceso, o en caso de ser inactivo, 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha del deceso, por lo que la jueza encontró que el afiliado fallecido cumplió a cabalidad la primera exigencia, por acreditar 30.57 semanas de cotización en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, el descontento de la sociedad recurrente, radica entonces en que no era viable la aplicación del mentado principio constitucional, por cuanto el afiliado fallecido no efectuó ninguna cotización en vigencia de la Ley 100 de 1993 original, por cuanto la primera cotización al sistema pensional se realizó en el año 2005.

Si se repara la relación de aportes a pensión visible a folio 52, se observa que en efecto el afiliado fallecido efectuó su primera cotización al RAIS en el mes de mayo de 2005. No obstante, es oportuno recordar que el literal f) de la Ley 100 de 1993, estableció que para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en ambos regímenes pensionales, se tendrán en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de esa ley, al Instituto de Seguros Sociales o cualquier caja o fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo servido como servidor público.

De ahí que, el tiempo de servicio militar obligatorio sea computable para el reconocimiento de pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes pensionales, no sólo en casos de pensión de vejez o jubilación sino también en las de sobrevivientes e invalidez, tal como lo ha decantado en forma reiterada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 11188 de 2016.

Así las cosas, al examinar el certificado del Ejercito Nacional que obra a folio 112, encuentra la Sala que la a-quo no se equivocó al asumir que el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues lo que evidencia dicho medio de convicción es que el joven Jhon Sebastián Leiton Henao prestó su servicio militar obligatorio desde el 26 de junio de 2002 al 5 de febrero de 2004, esto es, un total de 81.72 semanas, de las cuales, 30.43 lo fueron en vigencia de la Ley 100/93 original; las cuales son suficientes para la concesión del derecho.

En lo que tiene que ver con la segunda inconformidad de la sociedad apelante, consistente en la equivocada valoración de las pruebas que hizo la a-quo, pues a su juicio, no conducen a dar por demostrada la dependencia económica alegada por los demandantes respecto a su hijo fallecido, es preciso hacer las siguientes acotaciones:

El literal d) del artículo 47 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 13 de la Ley 797/2003, exige la dependencia económica de los padres respecto de sus hijos, como condición para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, además de que no existan beneficiarios con mejor derecho, esto es, hijo o cónyuges o compañeros permanentes.

En un principio, la exigencia legal de dependencia económica debía ser total y absoluta, sin embargo, tal presupuesto se declaró inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-111 de 2006, al encontrar que la misma era incompatible con el principio de la dignidad humana. Por lo tanto la dependencia económica exigida por la ley, se encuentra en el marco de un aporte relevante o significante y suficiente en el sostenimiento económico del progenitor, más no exclusivo.

Respecto al tema, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral se ha encargado de indicar, con mayor precisión qué debe entenderse por dependencia económica y cuál es el grado que esta debe tener para generar el derecho pensional en favor de los ascendientes del causante. Verbigracia, sentencia SL CSJ SL4811-2014, donde esa alta Corporación se pronunció en los siguientes términos:

*“…la Sala también ha enseñado que el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, “[…] no significa que cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas” (CSJ SL4811-2014).*

Así mismo, en sentencia SL14923-2014 del 29 de octubre de 2014, adujo:

*“En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta, en todo caso, debe existir un* ***grado cierto de dependencia****, que la Corte ha identificado a partir de dos condiciones: i) una* ***falta de autosuficiencia económica****, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una* ***relación de subordinación económica****, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo”*

De las citas jurisprudenciales, se desprende que la dependencia económica del padre frente al hijo (a), conforme a las exigencias de la norma antes referida, debe ser regular, cierta y significativa, sin que se requiera que sea absoluta, pues puede ocurrir que el padre o madre se procure algunos ingresos adicionales, de modo que, no sea necesario que esté en condiciones de mendicidad o indigencia, pues el ámbito de la seguridad social supera con solvencia el simple concepto de subsistencia y ubica en primerísimo lugar el carácter decoroso de una vida digna con las condiciones básicas ofrecidas por el extinto afiliado. (Ver sentencia SL6690 de mayo de 2014).

En el sub-lite, los demandantes con el ánimo de acreditar la dependencia económica que exige la norma como condición para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, citaron a declarar Martha Lucia González, Reinel Ríos Bedoya, María Lucero Barón y María Viviana Ocampo Arboleda.

La primera, en su calidad de vecina de los demandantes, manifestó que el causante vivía con sus padres en el barrio Pio 12, en casa propia, que laboraba en el ingenio Risaralda, que sostenía a sus padres haciendo mercado y pagándoles servicios, sin poder cuantificar concretamente el valor del apoyo económico, pero insistiendo en que era permanente. Manifestó que ninguno de los demandantes trabaja, ni tienen estudios, que pertenecen al Sisben, que pese a que la pareja tiene nueve hijos, la única que les colaboraba era Paula, con 50 mil pesos mensuales para el pago de ser servicios públicos; que las condiciones de los demandantes se han visto afectadas por las condiciones de sus hijos toda vez que actualmente no tienen el apoyo económico que tenían antes, y por último, que el señor José de Jesús Leiton es diabético y tiene problemas de corazón.

Por su parte, el señor Reinel Ríos Bedoya indicó que conoce a los demandantes desde 1999, que el causante vivió con sus padres en casa de propiedad de ellos, que tuvo conocimiento que les ayudaba económicamente, pues compraba víveres cada 15 días en la tienda de su propiedad, que la compra ascendía a 140 o 150 mil pesos quincenales y que él era el único que les colaboraba. Manifestó igualmente que los demandantes no trabajan y que el actor tiene problemas de salud.

En términos similares se pronunciaron las otras dos declarantes, al dar cuenta que el causante vivía con sus padres, que los apoyaba económicamente en forma permanente, no sólo con el suministro de alimentos sino también en el pago de servicios públicos y medicamentos, que ninguno de los demandantes trabaja y que tienen los servicios de salud del Sisben; además que de los demás hijos, sólo ayudaba Paula, con 50 mil pesos.

De tales elementos de convicción, la Sala no observa contradicción alguna como lo alega la sociedad demandada, por el contrario, lo que evidencian es que los padres del causante estaban realmente subordinados económicamente al aporte que les daba su hijo fallecido, puesto que la contribución material que él les efectuaba periódicamente, se destinaba a cubrir las necesidades básicas de subsistencia, tales como la alimentación, los servicios públicos y la salud, siendo entonces necesaria y significativa, más si se tiene en cuenta que no reciben ayuda económica de sus otros hijos, que ninguno de los dos labora, no tienen estudios y pertenecen al Sisben, lo que demuestra su poca capacidad económica.

Por consiguiente, no se equivocó la a-quo al tenerlos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes peticionada, por lo que se confirmará este punto de la sentencia.

En cuanto a la inconformidad de la parte actora, consistente en que se acceda al reconocimiento de la prestación pensional a partir de la fecha de causación del derecho, y no a partir de la ejecutoria de la sentencia, como lo consideró la a-quo, es del caso precisar que tal solicitud es procedente, si se tiene en cuenta que la causa que le da origen al derecho a la pensión de sobrevivientes, es la fecha del deceso del afiliado, misma que debe ser tomada como referente para determinar el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes y la normatividad que lo regula, indistintamente de si el surgimiento del derecho se da gracias a la aplicación de una interpretación constitucional favorable.

Así lo consideró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, sentencia STL 4333 de 2018, cuando en un asunto de similares contornos, dijo que procedía el retroactivo de una pensión de invalidez que fue reconocida en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Además, ha procedido de conformidad en múltiples pronunciamientos, entre ellos, en sentencia SL 22232 de 2017.

Atendiendo lo dicho, la fecha de disfrute de esta prestación no es otra diferente al 14 de mayo de 2014, día siguiente al deceso del afiliado.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demanda, la misma no está llamada a prosperar, como quiera que en los términos del artículo 488 del CST y 151 CPT y SS, no transcurrieron tres años desde que la respectiva obligación se hizo exigible y la interposición de la demanda, que según folio 19, data del 27 de junio de 2016.

Así las cosas, efectuados los cálculos de rigor, el valor del retroactivo por las mesadas causadas entre el 14 de mayo de 2014 y el 28 de febrero de 2019, asciende a $44`015.111, según el cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta final que se suscriba de esta audiencia.

Por ende, sale avante el recurso de la parte actora, por lo que se revocará el ordinal 3º de la sentencia apelada, para en su lugar acceder al retroactivo solicitado. Las costas en esta instancia estarán a cargo de la entidad demandada, dada la prosperidad de su alzada.

En mérito de lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. **Revocar** el ordinal 3º de la sentenciaproferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, y en su lugar: Condena a la AFP Porvenir S.A. a cancelar en favor de José de Jesús Leitón y María Rubiela Henao, a título de retroactivo pensional causado entre el 14 de mayo de 2014 y el 28 de febrero de 2019, la suma de $44`015.111, distribuido este valor en partes iguales.
2. **Declarar** no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada.
3. **Confirmar** todo lo demás.
4. Costas en esta instancia a cargo de la sociedad demandada.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

Salva el voto

**ANEXO I.**

**LIQUIDACIÒN DEL RETROACTIVO PENSIONAL.**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **VALOR DE LA MESADA** | **No. MESADAS** | **TOTAL** |
| 2014 | $616.000 | 8,56 | $5.272.960 |
| 2015 | $644.350 | 13 | $8.376.550 |
| 2016 | $689.454 | 13 | $8.962.902 |
| 2017 | $737.717 | 13 | $9.590.321 |
| 2018 | $781.242 | 13 | $10.156.146 |
| 2019 | $828.116 | 2 | $1.656.232 |
| **TOTAL** | | | **$44.015.111** |

Radicación Nro. 66001-31-05-005-2016-00505-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: José de Jesús Leitón y María Rubiela Henao

Demandado: AFP Porvenir S.A.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO. JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Seis (6) de marzo de 2019.**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse como ponente inicial en este asunto, considero que la sentencia de primera instancia debió ser revocada en su integridad para en su lugar absolver a la demandada de todas las pretensiones presentadas en su contra.

En sustento de lo anterior téngase en cuenta que, partiendo de la base de que los problemas jurídicos a resolver consistían en determinar si:

***¿Dejó causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios el señor Jhon Sebastián Leitón Henao?***

***De conformidad con la respuesta al interrogante anterior ¿hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda?***

A mi juicio, los argumentos que debieron servir para llegar a la absolución se basan en los siguientes aspectos jurídicos y probatorios:

**1. NORMATIVIDAD APLICABLE PARA LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

Es posición pacifica de la jurisprudencia considerar que la norma que rige las pensiones de sobrevivientes es la vigente al momento en el que se produce el deceso del afiliado.

**2. PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA Y SU TEMPORALIDAD.**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4650 de 25 de enero de 2017 radicación Nº 45262 con ponencia de los Magistrados Fernando Castillo Cadena y Gerardo Botero Zuluaga, determinó que para dejar causada la pensión de sobrevivientes en desarrollo del mencionado principio de la condición más beneficiosa en tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, se debe acreditar como requisito sine qua non que el deceso se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y a partir de ese evento, en cada caso concreto se debe estudiar si el causante se encontraba en alguna de las cuatro circunstancias allí descritas para dejar causado el derecho.

**EL CASO CONCRETO**

Según el registro civil de defunción –fl.30- el señor Jhon Sebastián Leitón Henao falleció el 13 de mayo de 2014, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley 797 de 2003, la cual prevé que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común y los miembros del grupo familiar del afiliado fallecido que acredite cotizaciones al sistema general de pensiones correspondientes a 50 semanas consignadas dentro de los tres años anteriores al deceso.

De acuerdo con la información contenida en la historia laboral allegada por la AFP Porvenir S.A. –fls.90 a 92- entre 13 de mayo de 2014 y la misma fecha del año 2011, el causante hizo cotizaciones durante 300 días que corresponden a 42.85 semanas, las cuales no son suficientes para haber dejado causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios.

Ahora bien, en aras de dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa como bien se indicó precedentemente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia, a partir de la sentencia SL4650 de 2017, señaló varias circunstancias dentro de las cuales podrían efectuarse dicho estudio, entre las cuales está la contemplada en el numeral 3.1 que establece los siguientes requisitos:

**“D. Temporalidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**

(…)

**3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo**

a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.

b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.

c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.

d) Que al momento de la fallecimiento estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso”.

Previo a analizar si el afiliado fallecido dejó causada la pensión de sobrevivientes conforme a los anteriores postulados, debe tenerse en cuenta que el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 *“para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.*

En el presente asunto a folio 112 del expediente, obra documento expedido por el Oficial de la Sección de Atención al Usuario DIPER (E) del Ejército Nacional, mediante el cual hace constar que el señor Jhon Sebastián Leiton Henao prestó servicio militar entre el 26 de junio de 2002 y el 5 de febrero de 2004.

Lo anterior significa que durante el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, el causante se encontraba afiliado al sistema; que con anterioridad al 29 de enero de 2003 tenía como tiempo de servicio cotizado a través de una entidad del sector público, 213 días equivalentes a 30,42 semanas; no obstante, no había lugar a declarar que el causante dejó causado ese derecho pensional en consideración a que su deceso no se presentó en el interregno que va desde el 29 de enero de 2003 y la misma fecha del año 2006, requisito *sine qua non* para dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa que se solicita en la demanda, toda vez que precisamente ese período de tres años permite a los afiliados completar con amplitud el número de semanas (50) que la nueva ley exige para acceder a la prestación, sin que así lo haya hecho el causante.

Son estas las razones de mi disenso con la mayoría y por ello salvo mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado