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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 07 de febrero de 2020

Radicación No.: 66001-31-05-002-2017-00585-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: María Alejandra Hurtado Henao

Demandado: Protección S.A

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / NORMATIVIDAD APLICABLE / PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / REQUISITOS / HABER COTIZADO EL NÚMERO DE SEMANAS REQUERIDAS DURANTE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PRETENDE APLICAR / EXCEPCIÓN PARA LAS PERSONAS JÓVENES QUE SE INVALIDAN / NO ES APLICABLE POR ANALOGÍA A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

Si bien se ha decantado suficientemente que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la legislación vigente al momento del fallecimiento del afiliado, por excepción, es posible acudir a la legislación anterior con el fin de determinar la concesión o no de la gracia pensional, en aplicación del “Principio de la condición más beneficiosa”.

De tiempo atrás tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, han entendido que con la aplicación de la condición más beneficiosa no se procura salvaguardar derechos adquiridos, sino reconocer las expectativas legítimas de ciertos ciudadanos respecto del régimen jurídico que les será aplicado. En este caso, ha precisado el Tribunal Constitucional que existe una expectativa legítima en la pensión de sobrevivientes cuando el causante cumple uno, pero no todos los requisitos para acceder a ella…

… no son necesarias mayores elucubraciones para determinar que en el sub-lite no es procedente dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, acudiendo a la Ley 100 de 1993 en su texto original, toda vez que de conformidad con los lineamientos trazados por la jurisprudencia patria, no basta con que el señor Edwin Alejandro Aristizabal Martínez hubiese cotizado 38.43 semanas, sino que debió acreditar por lo menos 26 semanas cotizadas dentro de la vigencia del texto original de la Ley 100, lo cual no ocurrió…

… aunque no se desconoce que el señor Edwin Alejandro Aristizabal Martínez era una persona joven al momento de su muerte y que su vida laboral estaba iniciando, no es procedente dar aplicación analógica a la excepción establecida para la pensión de invalidez (Ley 860 de 2003), toda vez que i) la pensión de sobrevivientes está regulada expresamente por la Ley 797 de 2003, ii) la pensión de invalidez se causa por tener una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, mientras que la de sobrevivientes por el fallecimiento del afiliado o pensionado y, iii) el fundamento de la distinción para la pensión de invalidez de los afiliados jóvenes es precisamente la protección de aquellos que ven frustrados sus intenciones laborales por padecer una pérdida de capacidad laboral, mientras que en el caso de la sobrevivencia, son los beneficiarios que le sobreviven a quienes la ley ampara.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. \_\_**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 8:45 am de hoy, viernes 07 de febrero de 2020, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por la señora MARIA ALEJANDRA HURTADO HENAO en representación de su hija menor de edad SOFIA ARISTIZABAL HURTADO en contra de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A.

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**S E N T E N C I A**

Como quiera que los argumentos expuestos en las alegaciones fueron tenidos en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a revisar en sede de consulta la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 06 de febrero de 2019, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

De acuerdo a los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, le corresponde a la Sala determinar: i) si es posible reconocer a la menor SOFIA ARISTIZABAL HURTADO pensión de sobrevivientes bajo los postulados de la Ley 100 de 1993, en su versión original, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa o, ii) subsidiariamente, dar aplicación analógica de la distinción contenida en la Ley 860 de 2003 para el afiliado joven a la pensión de sobrevivientes.

1. **La demanda y su contestación**

 Solicita la demandante que se declare que su hija SOFÍA ARISTIZABAL HURTADO es beneficiaria de la condición más beneficiosa y en consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. a reconocer a favor de la menor pensión de sobrevivientes a partir del 7 de julio de 2016 en cuantía de un salario mínimo, incluyendo el retroactivo pensional y los intereses moratorios. Subsidiariamente pretende que se declare que su hija es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el deceso de su padre de 24 años de edad y que le es extensiva la aplicación de los requisitos establecidos en la sentencia C-020 de 2015 sobre pensión de invalidez para jóvenes.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que entre el 2008 y el 2013 convivió en unión marital de hecho con el señor EDWIN ALEJANDRO ARISTIZABAL MARTÍNEZ; que de dicha unión nació SOFÍA ARISTIZABAL HURTADO el 28 de octubre de 2011; que luego de la separación de hecho el señor ARISTIZABAL MARTÍNEZ continúo sosteniendo económicamente a la menor hasta su fallecimiento acontecido el 7 de julio de 2016.

Refiere que solicitó, en representación de su hija, la pensión de sobrevivientes ante PROTECCIÓN, misma que le fue negada mediante oficio No. 1088012309 DS SOB del 14 de septiembre de 2016, argumentando que el afiliado fallecido cotizó en toda su vida 38 semanas, de las cuales 35.05 fueron cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha del deceso. En el acto administrativo se ordenó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía de $859.725.

Agrega que el señor ARÍSTIZABAL MARTÍNEZ nació el 24 de marzo de 1992, por lo que al momento de su muerte tenía 24 años de edad, lo que lo hacía acreedor de especial protección constitucional, empezando su vida laboral por la necesidad de sufragar los gastos de manutención de su hija.

Protección S.A al contestar la demanda, aceptó los hechos relacionados con el nacimiento de la menor SOFÍA ARISTIZABAL HURTADO, el deceso del señor ARISTIZABAL MARTÍNEZ, la solicitud y correspondiente negativa pensional junto con la devolución de saldos. Frente a los demás hechos indicó que no le constaban. Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentando que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho, y, propuso las excepciones de mérito que denominó “Ausencia del derecho reclamado”, “Inexistencia de la obligación de reconocer pensión de sobrevivientes”, “Improcedencia de la condena de intereses de mora”, “Compensación”, “Prescripción” y la “innominada o genérica”.

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento absolvió a PROTECCIÓN S.A. de las pretensiones de la demanda incoada por la señora MARÍA ALEJANDRA HURTADO HENAO en representación de la menor SOFÍA ARISTIZABAL HURTADO, a quien condenó en costas en un 100%.

Para llegar a tal determinación la A quo consideró, en síntesis, que como el fallecimiento ocurrió el 7 de julio de 2016, la norma aplicable es la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, por lo que debía el afiliado fallecido acreditar 50 semanas en los últimos 3 años de su vida, lo que no logró.

Precisó que no es posible acudir al principio de la condición más beneficiosa, puesto que dicho principio surgió como protección temporal de aquellas personas afectadas en sus expectativas con el cambio legislativo, por lo que al no haber acontecido el deceso entre el 29 de enero de 2003 y la misma calenda del 2006, no es posible su aplicación.

En cuanto a la pretensión subsidiaria, encontró que la sentencia C-020 de 2015 no tiene relación con el tema de estudio, puesto que hace alusión únicamente a la Ley 860 de 2003 que regula la pensión de invalidez y no extiende sus efectos a la pensión de sobrevivientes.

1. **Procedencia de la consulta**

Como quiera que la sentencia fue totalmente desfavorable para la demandante y no fue apelada, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta.

1. **Consideraciones**

**4.1 Presupuestos fácticos probados**

No existe discusión en el presente asunto respecto de los siguientes hechos: i) que la menor SOFÍA ARISTIZABAL HURTADO es hija de la demandante y del señor EDWIN ALEJANDRO ARISTIZABAL MARTÍNEZ (fl. 26); ii) que este falleció el 07 de julio de 2016 (fl. 27); iii) que cotizó un total de 38.43 semanas a la AFP Protección S.A (fl. 68); iv) que el 14 de septiembre de 2016, Protección S.A. negó la pensión de sobrevivientes, bajo el entendido de que el causante no acreditó la densidad de semanas exigidas en la Ley 797 de 2003 (fl. 112) y; v) que a la demandante le fue reconocida y pagada la devolución de saldos por valor de $973.016 (fl.168)

Por lo tanto, le corresponde a esta Corporación determinar si es viable reconocer la pensión de sobrevivientes bajo los requisitos de la Ley 100 de 1993 en su texto original, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

**4.2. Del principio de la condición más beneficiosa**

Si bien se ha decantado suficientemente que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la legislación vigente al momento del fallecimiento del afiliado, por excepción, es posible acudir a la legislación anterior con el fin de determinar la concesión o no de la gracia pensional, en aplicación del *“Principio de la condición más beneficiosa*”.

De tiempo atrás tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, han entendido que con la aplicación de la condición más beneficiosa no se procura salvaguardar derechos adquiridos, sino reconocer las expectativas legítimas de ciertos ciudadanos respecto del régimen jurídico que les será aplicado. En este caso, ha precisado el Tribunal Constitucional que existe una expectativa legítima en la pensión de sobrevivientes cuando el causante cumple uno, pero no todos los requisitos para acceder a ella (por ejemplo, cumple con el número de semanas cotizadas, pero no con la edad), por lo que recordó en la sentencia T-084 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo que:

*“Solo podrá reconocerse el derecho a la pensión de sobrevivientes con base en una norma anterior a la vigente al momento de la muerte del afiliado, en términos generales, cuando en vigencia de dicha norma se haya realizado el número total de cotizaciones que ella exige.”*

1. **CASO CONCRETO**

 A la luz de las anteriores premisas, no son necesarias mayores elucubraciones para determinar que en el sub-lite no es procedente dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, acudiendo a la Ley 100 de 1993 en su texto original, toda vez que de conformidad con los lineamientos trazados por la jurisprudencia patria, no basta con que el señor EDWIN ALEJANDRO ARISTIZABAL MARTÍNEZ hubiese cotizado 38.43 semanas, sino que debió acreditar por lo menos 26 semanas cotizadas dentro de la vigencia del texto original de la Ley 100, lo cual no ocurrió, puesto que en la historia laboral que reposa en el plenario (fl. 69), se observa que el causante comenzó a cotizar en el mes de junio de 2013, fecha para la cual se encontraban en vigencia las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

En ese entendido, el afiliado fallecido no creó una expectativa legitima de cumplir con la densidad de semanas exigidas por la Ley 100 de 1993 en su texto original, puesto que al momento de iniciar su vida laboral, la última de las disposiciones, Ley 797 del 29 de diciembre de 2003, tenía más de 10 años de vigencia y por ende, debió ser su único referente normativo para adquirir alguna de las prestaciones en ella reguladas.

Ahora, en cuanto a la solicitud de aplicación analógica de la distinción contenida en la Ley 860 de 2003 para el afiliado joven a la pensión de sobrevivientes, es pertinente recordar que esta Corporación, en sentencia del 26 de julio de 2016, dentro del proceso radicado 2015-00068 M.P. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda, concluyó que no es procedente dar aplicación analógica a la disposición que establece que el afiliado al sistema menor de 20 años -26 años de acuerdo a la sentencia C-020 de 2015- debe acreditar 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la condición invalidante y no 50 semanas en los últimos 3 años, toda vez que no se cumplen los 3 elementos necesarios: (i) ausencia de norma aplicable al caso en cuestión; (ii) que el caso previsto por la norma sea semejante al asunto carente de previsión por el legislador y (iii) que exista el mismo fundamento para aplicar al caso no previsto, el precepto normativo. Posición que ha sido reiterada por esta Corporación en la sentencia del 31 de agosto de 2018, radicado 2016-00503, con ponencia de quien aquí incumple igual encargo.

Así pues que aunque no se desconoce que el señor EDWIN ALEJANDRO ARISTIZABAL MARTÍNEZ era una persona joven al momento de su muerte y que su vida laboral estaba iniciando, no es procedente dar aplicación analógica a la excepción establecida para la pensión de invalidez, toda vez que i) la pensión de sobrevivientes está regulada expresamente por la Ley 797 de 2003, ii) la pensión de invalidez se causa por tener una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, mientras que la de sobrevivientes por el fallecimiento del afiliado o pensionado y, iii) el fundamento de la distinción para la pensión de invalidez de los afiliados jóvenes es precisamente la protección de aquellos que ven frustrados sus intenciones laborales por padecer una pérdida de capacidad laboral, mientras que en el caso de la sobrevivencia, son los beneficiarios que le sobreviven a quienes la ley ampara.

 En consecuencia, como el señor EDWIN ALEJANDRO ARÍSTIZABAL MARTÍNEZ no acreditó la densidad de semanas exigidas en la Ley 797 de 2003, ni tampoco generó una expectativa legitima con relación a los requisitos contenidos en la Ley 100 de 1993 en su versión original, no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, y por ende, procede la Sala a confirmar la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala de Decisión Laboral No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

1. **RESUELVE**

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso iniciado por **Gildardo Antonio Agudelo Hernández y Nancy María de Arce Guzmán** en contra de la **Administradora de Pensiones y Cesantías – Protección S.A .**

**SEGUNDO.-** Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

**Notificación surtida en estrados.**

 **Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado