***ORALIDAD:***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, martes 27 de octubre de 2015.*

***Radicación No****:**66001–31-05–002-2013-00771-01*

***Proceso****:*  *Ordinario Laboral*

***Demandante****: Estefanía Flórez Villada*

***Demandado****:**Colpensiones*

***Juzgado de origen****: Segundo Laboral del Circuito de Pereira – Risaralda*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares*

***Tema a tratar***: ***Pensión de sobrevivientes - hijos:*** *Señala el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, que los hijos del afiliado serán beneficiarios de la prestación hasta cuando cumplan 18 años de edad, si no se encontraren estudiando, o hasta los 25 años, cuando estuvieren incapacitados para laborar en razón de sus estudios.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

 En Pereira, hoy veintisiete (27) de octubre de dos mil quince (2015), siendo las diez y treinta minutos de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto el acto, con el objeto de resolver el grado jurisdiccional de consulta ordenado frente a la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2014 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario iniciado por ***Estefanía Flórez Villada*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.***

 ***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

 ***INTRODUCCIÓN***

 Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, a modo de introducción se tiene que la demandante ***Estefanía Flórez Villada,*** pretende en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su padre, Héctor Fabio Flórez Ramírez, a partir del 18 de noviembre de 2010, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios o en subsidio, la indexación de las condenas, más las costas procesales.

 Como fundamento de sus pretensiones, expuso que su padre falleció el 18 de noviembre de 2010; que radicó la reclamación administrativa ante la entidad de seguridad

social demandada el 20 de febrero de 2012, siéndole resuelta desfavorablemente

mediante Resolución GNR 113016 del 28 de mayo de 2013, bajo el argumento de que el causante acreditó un total de 329 semanas en toda su vida laboral, empero, no encumbró 50 semanas dentro de los tres años que antecedieron su muerte; y que el 22 de abril de 2013 solicitó a la entidad una copia de la historia laboral de carácter oficial, la cual no fue expedida, por cuanto ello sólo es procedente cuando las entidades de derecho público de orden nacional, territorial, descentralizadas o por servicios, lo requieran.

La ***Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones,*** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que no se cumple con el requisito mínimo de semanas sufragadas al sistema que establece el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 12 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones “Inexistencia del derecho a la pensión de sobrevivientes”, “Cobro de lo no debido”, y “Prescripción”.

 El ***Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira*** condenó a la entidad accionada a reconocer y pagar en pro de Estefanía Flórez Villada la pensión de sobrevivientes reclamada, a partir del 18 de noviembre de 2010, dada su calidad de hija menor y en la actualidad estudiante; por 14 mesadas al año y en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, así como la indexación de las condenas.

Tuvo como fundamento el precedente jurisprudencial sentado por la mayoría de los integrantes de esta Corporación, respecto de la viabilidad de la aplicación de la condición más beneficiosa para aquellas personas que no reúnan la densidad de semanas al amparo del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, empero, sí las reúnen a la luz del Acuerdo 049 de 1990 o Decreto 758 de 1990, situación que se satisfizo en el *sub-lite,* aunando a sus argumentaciones la inexistencia de un régimen de transición en los casos de pensión de invalidez o sobrevivencia y, el principio de progresividad en material de seguridad social.

 Respecto del citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta ante esta Sala y surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia, se procede a desatarlo.

 ***Del problema jurídico.***

 Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

*¿Resuelta procedente la pensión de sobrevivientes conforme al Acuerdo 049 de 1990, en aplicación de la condición más beneficiosa cuando el óbito del asegurado se produjo en vigencia de la Ley 797 de 2003?*

 *¿Demostró la demandante ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama?*

 ***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar la consulta ordenada, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.).

 Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

II. ***CONSIDERACIONES:***

 ***2. Desenvolvimiento de la problemática planteada***

 De entrada se advierte que se encuentran acreditados con los documentos aportados al plenario, (i) que el óbito del señor Héctor Fabio Flórez Ramírez tuvo lugar el 18 de noviembre de 2010 (fl.23); (ii) que la demandante es hija del señor Héctor Fabio Flórez Ramírez, según se colige del registro civil de nacimiento emitido por la Notaria Tercera del Circulo de Pereira (fl.24): (iii) que al 1º de abril de 1994 el causante había sufragado al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones un total de 301.86 semanas, según fue reconocido por la entidad demandada a través de la Resolución GNR 113016 de 2013, que resolvió negativamente la solicitud de reconocimiento de la prestación pensional (fl.74); y (iv) que la demandante presentó la reclamación administrativa ante la accionada tendiente al reconocimiento de la prestación pensional por sobreviviencia, el

el 20 de febrero de 2012 (fl.15).

 Ahora bien, teniendo en cuenta la fecha del deceso del afiliado, la normativa aplicable al sub-lite, es la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual clama que el asegurado haya sufragado 50 semanas dentro de los 3 años que antecedieron el fallecimiento, y respecto a los hijos del afiliado, consagra que éstos serán beneficiarios de la prestación hasta cuando cumplan 18 años de edad, si no se encontraren estudiando, o hasta los 25 años, cuando estuvieren incapacitados para laborar en razón de sus estudios.

En ese orden de ideas, al reparar la historia laboral inserta en la resolución a través de la cual la entidad negó el reconocimiento de la prestación pensional, se observa el asegurado las 50 semanas entre el 18 de noviembre de 2007 y el mismo día y mes 2010, esto es, en los tres años anteriores a su deceso, como quiera que su última cotización al sistema pensional data del 1 de julio de 2006, por lo que tampoco colma la densidad de semanas exigidas en el primigenio artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Como la demandante aspira a que por fuerza de la condición más beneficiosa, se le dé a su reclamo el alcance del acuerdo 049 de 1990 o decreto 758 de hogaño, por cuanto el señor Héctor Fabio Flórez Ramírez, aglutinó más de 300 semanas de cotización hasta el 31 de marzo de 1994, menester resulta, previamente, convenir por mayoría, que cuando el inciso 3º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, disciplina que *“[l]os requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones”,* es entendido que, cuando sale avante la condición más beneficiosa, son de recibo como tales, los reglamentos del antiguo Instituto de Seguros Sociales, anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto según las voces del inciso 2º del artículo 31 de esta última ley, serán aplicables a este régimen (Prima Media con Prestación Definida), las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del ISS, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley.

De tal suerte, que no fue la intención del Constituyente de 2005, excluir el principio de la condición más beneficiosa, ni los principios de equidad, igualdad, proporcionalidad, etc., manejados por la jurisprudencia con antelación al comentado Acto Legislativo, y menos, que la susodicha inaplicación sobrevenga por la remisión que el Acto Legislativo, hace a las leyes del Sistema General de Pensiones, por cuanto como ya se ha dicho, del mismo, para los efectos de la condición más beneficiosa, habrá de remitirse necesariamente a los reglamentos del ISS, con precedencia a la Ley 100 de 1993, situación que avala el inciso final de su artículo 31.

Así las cosas, la parte actora pretende que prevalezca para la efectividad de su derecho, la cantidad de semanas sufragadas por el causahabiente de la prestación, con antelación a la Ley 100 de 1993, en perspectiva de la aplicación de la condición más beneficiosa, por lo que, independientemente, de que el fallecimiento haya tenido lugar en vigencia de la ley 100 de 1993 o de la Ley 797 de 2003, lo relevante es que de haberse cumplido la densidad de aportes exigida para esa calenda, la misma resultaría superior a la exigida por las leyes citadas, esto es, 26 semanas (al momento de producirse la muerte o del año inmediatamente anterior, dependiendo de si se encontraba cotizando o no), o 50 semanas dentro de los 3 años a la fecha del óbito.

En casos similares, esta Sala por mayoría de sus integrantes, ha admitido una interpretación favorable a la manera de analizar el tránsito legislativo entre el acuerdo 049 o decreto 758 de 1990, y la ley 797 o 860 de 2003, en materia de pensión de invalidez o sobrevivencia, aunque de por medio, se encuentre la expedición de la ley 100 de 1993, por cuanto la ruptura de la sucesión normativa, es apenas aparente, como quiera que las leyes 100, 797 y 860, integran un solo haz normativo, en el moderno sistema pensional creado con la primera de las leyes mencionadas, que de alguna manera se opone a lo que regía con antelación al 1º de abril de 1994, posición que si bien no es la seguida por la jurisprudencia patria, ha decantado el órgano de cierre, en torno al precedente judicial, en sentencia de 3 de julio de 2013, lo siguiente:

*“[l]os jueces de instancia, en ejercicio de su independencia judicial, pueden separarse de la jurisprudencia que produce la Corte como tribunal de casación, si lo consideran no solamente fundado sino necesario. Esta misma Sala, en sentencia del 23 de enero de 2003, Rad. 18970, al respecto puntualizó:*

*….*

*Lo anterior no significa que los jueces estén coaccionados a acoger como suya la doctrina de las altas cortes, pues a más que constitucionalmente están liberados de esa imposición, lo razonable es que si encuentran nuevos argumentos o elementos de juicio que los lleven al convencimiento de que la situación jurídica propuesta es contraria a la solución ofrecida por la doctrina jurisprudencial se orienten en sus decisiones por la regla lógica que estimen adecuada”* (Revista Jurisprudencia y Doctrina No. 502-p.1808).

 Así las cosas para la Sala mayoritaria, en el entendimiento de la sucesión normativa, todo cambio, que se haga a las pensiones de invalidez y sobrevivencia en la órbita de la ley 100 de 1993, posee un referente especial para aquél sector de la población que ya había realizado, con anterioridad al 1º de abril de 1994, un aporte significativo a sus pensiones, muy por encima de lo que regula la nueva ley de la seguridad social, empero, que al momento de ocurrir el siniestro o riesgo (después de la citada fecha), eran personas que habían cesado o rebajado sus aportes, ora porque habían concluido su ciclo laboral, o sencillamente, por cuanto por razones de su edad, no habían podido reubicarse en el mercado laboral.

Sobre el particular, es menester recordar que más allá de acudir al concepto que en sí mismo encierra el principio de la condición más beneficiosa, a propósito de los cambios legislativos entorno a las pensiones de invalidez y sobrevivencia, a lo que realmente se acude es a los principios de proporcionalidad, equidad, igualdad, etc., por cuanto en una sana lógica, no tendría explicación que quien apenas haya efectuado aportes por 26 o 50 semanas, cual ocurre en el ámbito de aplicación de las leyes 100 y 797 o 860, respectivamente, se causaría el derecho a sus beneficiarios, en cambio, quienes por no haber colmado ese mínimo de cotizaciones, pero sí más de 150 o 300 con anterioridad a la Ley 100, quedarían por fuera de la protección legal.

En términos similares se pronunció recientemente la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2015, en la que respecto a este tema, sostuvo que ante la inexistencia de un régimen de transición y de los principios de buena fe, confianza legítima y favorabilidad, es posible dar aplicación a una norma anterior, como es el caso del Acuerdo 049 de 1990, si el afiliado realizó cotizaciones en vigencia de esa norma jurídica, cuando una posterior resulte desfavorable a su derecho a acceder a la pensión, pues dicha regla, fue estatuida con el fin el proteger el principio de favorabilidad que en materia laboral ha reconocido el ordenamiento superior en el artículo 53 de la Constitución Política, la cual, a su vez garantiza la protección de la expectativa legítima de aquellos que con observancia al régimen pensional vigente a la fecha de su afiliación al sistema de seguridad social, efectuaron sus cotizaciones con el objetivo de obtener la pensión, o de causar la prestación de sobrevivientes a sus familiares.

Recaba igualmente esa alta corporación, que el artículo 53 del constituyente primario no impone un límite temporal al funcionario judicial, para determinar la norma más favorable al trabajador, por lo que el juez, como garante de los derechos de los ciudadanos, debe determinar en el caso concreto, cuál norma es la más favorable al trabajador, y aplicarla, en caso de que ésta haya regulado la situación jurídica.

Prospera, entonces, la viabilidad del comentado principio de la condición más beneficiosa, máxime que en su apoyo confluyen también, los principios de proporcionalidad, equidad e igualdad.

En pos de lo anterior, tal como se dijo en precedencia al 1 de abril de 1994 el asegurado logró aglutinar 301.86 semanas al sistema pensional, por lo que dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios adquirieran la pensión de sobrevivientes.

Vencido el escollo anterior, se tiene que el natalicio de la actora tuvo lugar el 12 de agosto de 1993 (fl.24), es decir, que para el 18 de noviembre de 2010, fecha en que se produjo el deceso de su progenitor frisaba en los 17 años de edad, por lo que no era menester verificar el requisito de dependencia económica respecto del causante, empero, sí el requisito de incapacidad para trabajar con su condición de estudiante con posterioridad al cumplimiento de la mayoría de edad, tal como lo concluyera la a-quo.

Para el efecto, con el propósito de cumplir con dicha carga probatoria, y acreditar el presupuesto exigido en el literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la demandante arrimó al plenario certificación expedida el 13 de diciembre de 2013, por el Director de Centro de Registro y Control de la Universidad Tecnológica de Pereira, en la que se hace constar que Estefanía Flórez Villada es alumna de dicha universidad, matriculada para cursar estudios durante el segundo semestre lectivo de 2011, primer y segundo semestre lectivo de 2012 y 2013 en la Facultad de Ciencias de la educación, programa de Licenciatura en Pedagogía Infantil, con código SNIES No. 4099, el cual tiene una duración de diez semestres académicos, y que la estudiante se encuentra cursando quinto semestre (fl.22).

Igualmente, militan certificaciones expedidas por dicha institución educativa, del 19 de marzo y 15 de septiembre de 2014, por medio de la cual se hace constar que la demandante se encuentra matriculada para cursar estudios durante el primero y segundo semestre lectivo del año 2014, en el programa de Licenciatura infantil, y que matriculó 17 y 19 horas semanales, respectivamente, en la jornada diurna y cursando séptimo semestre.

Bajo esta perspectiva, encuentra la Sala que a la accionante le asiste el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes, a partir del 18 de noviembre de 2010, y hasta tanto, demuestre su incapacidad laboral con ocasión a sus estudios, por lo que acertada resulta la decisión de la a quo.

En cuanto al número de mesadas, al tenor de lo preceptuado en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005, a la actora le asiste el derecho a percibir 14 mesadas anuales, toda vez que la causación del derecho pensional se dio con antelación al 31 de julio de 2011.

Respecto a la excepción de prescripción, la misma no está llamada a prosperar como quiera que la reclamación administrativa data del 20 de febrero de 2012 y la presentación de la demanda tuvo lugar el 18 de diciembre de 2013 (fl.10), por lo que no transcurrieron más de tres años desde que la respectiva obligación se hizo exigible y la interposición de la demanda, (art. 151 C.P.T.S.S.).

Finalmente, en lo que toca con la indexación de las condenas, debe decirse que su imposición sólo resulta procedente a partir de la ejecutoria de la sentencia, en la medida en que como lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral, entre otras, en sentencias del 2 de octubre de 2013, y 3 de septiembre de 2014 radicación 44454 y 50.259, respectivamente, su exoneración sólo opera mientras el derecho pensional está en discusión.

Por lo anterior, dado que la jueza de primer grado no definió la fecha a partir de la cual se generaría la indexación de las condenas, se adicionará el ordinal 4º de la sentencia, en el sentido de que la misma correrá a partir de la ejecutoria de este proveído.

Sin costas de la instancia, por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

 En mérito de lo expuesto,***la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

 ***1. Adiciona*** el ordinal 4º de la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2014, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral iniciado por ***Estefanía Flórez Villada*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** en el sentido de que la indexación de las condenas correrá a partir de la ejecutoria de este proveído.

 ***2. Confirma*** en todo lo demás.

***3.*** Sin Costasen esta instancia.

La anterior decisión queda notificada ***en estrados.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado

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

Magistrada Magistrado -Salva voto-

**Edna Patricia Duque Isaza**

Secretaria