***ORALIDAD***

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

***Radicación No****:**66001-31-05-002-2013-00668-01*

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

***Demandante****: Blanca Lucero Calle Ospina*

***Demandado:*** *Colpensiones*

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

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

***Tema a tratar: Pensión de sobrevivientes – Condición más beneficiosa:*** *en caso de estructurarse la invalidez o producirse el fallecimiento de un afiliado en vigencia de la Ley 860 o 797 ambas de 2003, respectivamente, en aplicación de dicho principio, procede conceder la gracia pensional, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, dado que dicho reconocimiento se hace con base en razones de justicia y proporcionalidad, al esfuerzo del causante que hubiese cotizado 300 o 150 semanas o más en tiempo anterior al tránsito legislativo, toda vez que cuando operado éste, tan sólo exigía 26 semanas al momento de la muerte en cualquier tiempo, si se encontrare cotizando, o 26 semanas en el último año, si hubiere dejado de cotizar, requisitos que si bien eran más benignos no los reúnen algunos afiliados, por haber terminado ya su ciclo laboral.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintisiete (27) días del mes de octubre de dos mil quince (2015), siendo las ocho y treinta minutos de la mañana (8:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los suscritos magistrados 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 frente a la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por ***Blanca Lucero Calle Ospina*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones****.*

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

I. ***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, ***Blanca Lucero Calle Ospina*,** pretende que en aplicación del principio de condición más beneficiosa, se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a partir del 12 de marzo de 2009, con ocasión al deceso de cónyuge, Guillermo León Botero Gómez, junto con retroactivo, los intereses moratorios y las costas procesales. Subsidiariamente solicita el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

Las preinsertas súplicas descansan en que la demandante contrajo matrimonio católico con el causante el 26 de marzo de 1981; que convivieron bajo el mismo techo y lecho, prodigándose amor, afecto y ayuda mutua, hasta el momento del deceso de aquel, el 12 de marzo de 2009; que procrearon dos hijas, Luisa Fernanda y Yuliana Botero Calle, en la actualidad mayores de edad; que el afiliado fallecido sufragó al sistema pensional un total de 457.86 semanas entre el 31 de mayo de 1971 y el 08 de agosto de 1980; que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante el antiguo ISS, el 29 de septiembre de 2010, la cual fue negada por la entidad de seguridad social mediante Resolución No. 5967 del 4 de octubre de 2011, argumentando que no existía claridad respecto a la convivencia entre la presunta beneficiaria y el asegurado, por cuanto la primera vivía fuera del país, y que tampoco se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión.

La ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que en el caso de autos, no se acreditó el requisito de convivencia exigido en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones “Inexistencia del derecho a la pensión de sobrevivientes”, “Cobro de lo no debido” y “Prescripción “.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira puso fin a la primera instancia, declarando que la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones es responsable del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Blanca Lucero Calle Ospina, a partir del 12 de marzo de 2009, por cuanto se satisfacen los requisitos del artículo 6º del literal b) del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del principio de la condición más beneficiosa y de progresividad. En consecuencia, condenó a la demandada a cancelar en pro de la actora, la prestación pensional a partir del 30 de octubre de 2010, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, y por catorce mesadas; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 30 de octubre de 2010, toda vez que la demanda fue presentada ese mismo día y mes del año 2013, y absolvió del pago de los intereses moratorios.

II. ***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 el recurso, 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 demandante, con la advertencia de que sus exposiciones se contraerán a lo que fue motivo de apelación (art. 66 A CPLSS.).

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

III. ***CONSIDERACIONES:***

***3. Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Son hechos irrebatibles en esta contienda, que el óbito de Guillermo León Botero Gómez acaeció el 12 de marzo de 2009, en Santo Domingo Heredia, Costa Rica (fl.20); que la demandante y el afiliado fallecido contrajeron matrimonio católico el 1º de abril de 1981 (fl.21) y que procrearon dos hijas de nombres, Luisa Fernanda y Yuliana Botero Calle (fls.22 y 23); que el asegurado cotizó un total de 457,86 semanas al sistema de seguridad social, desde el 31 de mayo de 1971 al 8 de marzo de 1980 (fl.52); y que el antiguo Instituto de Seguros Sociales le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora, argumentando que no existe claridad respecto a la convivencia entre la peticionaria y el afiliado fallecido, pues conforme la investigación administrativa adelantada por la entidad, aquella reside fuera del país.

Así las cosas, teniendo en cuenta la fecha del óbito de Guillermo León Botero Gómez, la normativa de recibo en esta actuación es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que para los afiliados al sistema de seguridad social, exige que hubieran cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su deceso y que quien reclame la prestación en calidad de cónyuge o compañera, acredite haber convivido con el causante por espacio no inferior a los 5 años anteriores al deceso.

En ese orden de ideas, reparado el haber de aportes válido para pensión obrante a folio 52, se tiene que el señor Guillermo León Botero Gómez, no satisfizo 50 semanas en los tres años que antecedieron su fallecimiento, pues su última cotización data del 8 de marzo de 1980, por lo que resulta lógico que tampoco colme la densidad de semanas exigidas en el primigenio artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, teniendo en cuenta que el asegurado aglutinó más de 300 semanas al 1º de abril 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, 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, según se adujo precedentemente, teniendo en cuenta que al 1º de abril de 1994 el de cujus encumbraba un total de 457,86 semanas al sistema pensional, bien puede afirmarse que dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios adquirieran la pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, en cuanto al requisito de la convivencia, para ostentar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada, le correspondía a Blanca Lucero Calle Ospina, en calidad de conyugue supérstite acreditar no menos de 5 años de convivencia con Guillermo León Botero Gómez, anteriores al deceso de éste.

Al respecto se escucharon las declaraciones de Olga Lucia Muñoz Echeverry, Martha Lilia Calle Ospina, Blanca Asís Páez de Bedoya y Fernando Bedoya Marín.

Olga Lucia Muñoz Echeverry, adujo conocer a la demandante desde 1979, a través de su hermana Martha Lilia; que conoció a la pareja Botero – Calle desde que eran novios, y que éstos se casaron a mediados de 1981 en el Municipio de la Virginia, Risaralda y procrearon dos hijas, Luisa y Yuliana; que la pareja vivió en Anserma, Caldas, aproximadamente ocho o nueve años, luego se fueron para Pereira donde vivieron alrededor de cinco años; que después estuvieron en Cúcuta, luego regresaron a Pereira y que finalmente emigraron a Costa Rica. Abonó que era una pareja muy sólida, que el señor Botero Gómez nunca dejó laborar a su esposa, por lo que ésta dependía económicamente de él y se dedicaba a labores del hogar; que el causante murió de cáncer en Costa Rica, en el año 2009, y que después de ese evento la demandante le otorgó poder especial para que adelantara los trámites de sucesión de una casa que tenían en el Lara Bonilla por la Romelia.

Por su parte, Martha Lilia Calle Ospina, hermana de la demandante, sostuvo que el señor Guillermo León y su hermana fueron novios durante 11 años, que luego se casaron en la Virginia, Risaralda y tuvieron dos hijas, las cuales, al momento del deceso de su padre eran mayores de edad y se encontraban estudiando; que el causante era quien le proveía a su esposa e hijas todo lo necesario su subsistencia, y que éste nunca le permitió a la demandante trabajar. Igualmente, adujo que la pareja convivió en Anserma, Caldas, luego en Pereira, en Cúcuta y finalmente en Costa Rica, donde se radicaron para buscar mejores oportunidades y estabilidad económica; que el señor Botero Gómez falleció a causa de un melanoma, que duró 14 meses con la enfermedad y que sus exequias fueron en Costa Rica. Agrega que su cuñado era buen padre, dedicado al hogar, que trabajó como vendedor de IBG y luego fue comerciante; que su hermana era ama de casa; que nunca les llegó a conocer otra relación, pues eran inseparables y que era un matrimonio muy tradicional.

Blanca Asis Páez de Bedoya, refirió que fue vecina de la pareja Botero –Calle, en Anserma, Caldas, durante 8 años, que tiene conocimiento de que eran casados y que tuvieron dos hijas, de 32 y 26 años aproximadamente en la actualidad; que era una pareja muy unida y estable; que la pareja convivió en Pereira y en Costa Rica, empero no recuerda fechas exactas; que el señor Botero Gómez murió de cáncer y que su esposa fue quien estuvo a su cuidado; que no se llegó a enterar de que el causante hubiese tenido otra mujer o hijos.

En términos similares se pronunció Fernando Bedoya Marín indicó que era vecino de la pareja en Anserma, Caldas y que allí éstos vivieron aproximadamente 8 años; que eran casados y procrearon dos hijas; que residieron en Pereira un tiempo, luego en Cúcuta y en Costa Rica, donde fueron a buscar mejores horizontes; que el de cujus era comerciante y que murió de cáncer en el hombro.

Vista la prueba testimonial recaudada, la Sala concluye que la demandante es beneficiaria de la prestación solicitada, como quiera que de ella se desprende que la actora sostuvo por más de 20 años, en calidad de cónyuge, una convivencia ininterrumpida con el de cujus, la cual perduró hasta el día de su deceso, por lo que acertada resulta la decisión de la a quo, al reconocer que le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes peticionada, a partir del 12 de marzo de 2009, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, por 14 mesadas, conforme el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 001 de 2005, toda vez que el derecho a la pensión de sobrevivientes se causó con antelación al 31 de julio de 2011, por lo que en sede de consulta se confirmará este punto de la sentencia.

Respecto la excepción de prescripción que propuso la entidad accionada, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa data del 29 de septiembre de 2010, según se colige de la Resolución No. 5967 de 2011, y que la demanda fue presentada el 31 de octubre de 2013 (fl.15), se encuentran afectadas por dicho medio exceptivo las mesadas causadas con antelación al 30 de octubre de 2010, por lo que acertada resulta la decisión del a-quo al decidir de conformidad.

Por consiguiente, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia consultada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el ***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. Confirma*** la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2014 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, en el proceso de la referencia.

***2.*** Sin costas en esta instancia.

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

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

Magistrada Magistrado

-Salva voto-

**Edna Patricia Duque Isaza**

Secretaria