***ORALIDAD:***

***Providencia****: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 15 de octubre de 2015.*

***Radicación No****:**66001–31-05–005–2014-00219-01*

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

***Demandante****: María Eva Cardona Morales*

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

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

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

***Tema a tratar***: ***Pensión de sobrevivientes – Convivencia:*** *Procede el reconocimiento de la pensión de*

*sobrevivientes a la cónyuge o compañera permanente supérstite, siempre y cuando se acredite, haber tenido vida marital con el causante, por lo menos, durante los cinco años anteriores al óbito de aquél, en el evento que el deceso del causante se haya producido en vigencia de la Ley 797 de 2003, normatividad que modificó la Ley 100 de 1993.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

 En Pereira, hoy quince (15) de octubre de dos mil quince (2015), siendo nueve y treinta minutos de la mañana (9:30 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 28 de octubre de 2014 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario iniciado por ***María Eva Cardona Morales*** 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 ***María Eva Cardona Morales,*** pretende que pretende que se le reconozca la pensión de sobrevivientes, a partir del 18 de febrero de 2006, junto con el retroactivo y los intereses moratorios con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente, Ricardo Niño.

 Como fundamento de las anteriores súplicas, indicó que desde hace aproximadamente 1983 convivió en unión marital de hecho con el señor Ricardo Niño, compartiendo techo, lecho y mesa, hasta la fecha de su deceso; que dependía económicamente del afiliado, quien le suministraba todo lo necesario para su congrua subsistencia; que aquel estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 19 de junio de 1988, y que al momento de su fallecimiento reportaba un total de 598.31 semanas; que elevó solicitud pensional tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución GNR 212133 de 2013, argumentando que el asegurado no sufragó la densidad de semanas exigidas para tal efecto. Refiere que contra dicho acto administrativo interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, por lo que mediante Resolución GNR 41916 del 17 de febrero de 2014, se confirmó la decisión anterior.

 La ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la calidad de beneficiaria de la demandante no se encuentra acreditada y por tal razón no cumple con los presupuestos legales exigidos por la ley para acceder a la prestación pensional reclamada. Propuso como excepciones de mérito: Inexistencia de la obligación, Cobro de lo no debido, Prescripción, Buena fe y Genéricas.

 El ***Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira*** reconoció la prestación pensional a la actora a partir del 18 de febrero de 2006, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, toda vez encontró acreditados los requisitos exigidos en la Ley 797 de 2003. En consecuencia, condenó a la entidad accionada al pago de un retroactivo por valor de $ 28`238.400, más los intereses moratorios a partir del 12 de septiembre de 2013, declarando prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 31 de marzo de 2011, puesto que transcurrieron más de tres años entre el fallecimiento del causante y la reclamación administrativa, al igual que entre ésta última y la presentación de la demanda.

Respecto del 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:

*¿El afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes?*

 *En caso positivo ¿Demostró la demandante ser beneficiaria de la prestación pensional?*

***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:***

 ***2.1 Desenvolvimiento de la problemática planteada***

 Se encuentra acreditado con los documentos aportados a la actuación, los siguientes supuestos fácticos: (i) el óbito del señor Ricardo Niño que acaeció el 18 de febrero de 2006 (fl.24); (ii) la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes elevada por la actora ante el Instituto de Seguros Sociales el 12 de mayo de 2010, la cual fue negada mediante Resolución GNR 212133 del 2013, por cuanto el afiliado no acreditó el número de semanas exigidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 (fl.13), y (iii) que dicha decisión fue confirmada mediante Resolución GNR 41916 de 2014, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición propuesto por la demandante.

Así las cosas, cumple a la Sala verificar en primer lugar si el afiliado dejó causada la pensión de sobrevivientes, por lo que habrá que atenderse lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 12 de la Ley 797 de 2003, en virtud del cual, sus familiares podrán ser beneficiarios de su pensión, siempre que aquél haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento.

En ese orden, verificado el haber de aportes válido para pensión (fl.50), se tiene que el señor Ricardo Niño, sufragó al sistema pensional un total 598.31 semanas, de las cuales, 129,14 semanas, lo fueron en los tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, esto es, del 18 de febrero de 2003 y ese mismo día y mes del año 2006.

Ahora bien, como la norma también contemplaba como requisito para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, la fidelidad al sistema por parte del afiliado fallecido, el cual, claramente no cumplió el señor Ricardo Niño, resulta necesario sostener, que la Sala acogiendo lo adoctrinado por el máximo órgano de la especialidad laboral, sostiene que tal exigencia establecida en la citada Ley 797, deviene regresiva, y por ende, nunca surgió a la vida jurídica, tal como lo pregonó la Corte Constitucional en sentencia C-428 del 1º de julio de 2009, motivo por el cual, de no aplicarse los efectos de dicha decisión a eventos anteriores a su pronunciamiento, se estaría vulnerando el derecho a la igualdad de los afiliados, que tanto antes como después, se ven afectados con una norma de carácter regresivo, comparada con la original de la Ley 100 de 1993.

De allí que ese requisito de la fidelidad al sistema no pueda aplicarse al *sub-lite,* toda vez que el órgano guardián de la Constitución, lo declaró inexequible, es decir, lo expulsó del ordenamiento jurídico por ser contrario a la Carta Magna.

Sobre el particular en sentencia con radicación 46825 de 2012, pregonó el máximo órgano de la especialidad laboral, lo siguiente:

*“Comporta razonamiento falaz el considerar que si la Corte Constitucional no otorgó efectos retroactivos a su fallo de inexequibilidad, ello, insoslayablemente, implique, entonces, que la norma fue constitucional hasta cuando fue excluida del ordenamiento; por el contrario, no obstante los efectos hacia el futuro del fallo, cada caso que se presente, aún no resuelto, podrá contrastarse, para su solución justa, con las consecuencias respectivas en caso de aplicarse o no la norma cuestionada. Cosa diferente es cuando la Corte Constitucional haya emitido un juicio de constitucionalidad sobre determinada norma, es decir, que la encuentre ajustada a la Carta, porque ya allí no le será permitido al resto de jueces apartarse de tal decisión so pretexto de tener una visión diferente, dado el carácter erga omnes de tal decisión”.* (Sentencia 46825 de 2012 Págs. 29-30).

Así pues, acertó la jueza de primer grado, al inaplicar el requisito de la fidelidad al sistema en el *sub-examine*, por lo que bien puede afirmarse que el asegurado dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes. Vencido el escollo anterior, pasará la Sala a estudiar el requisito subjetivo de la pensión de sobrevivientes, que consagra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual clama la demostración de la convivencia durante un lapso no menor a 5 años anteriores al fallecimiento del causahabiente de la prestación, a efectos de determinar si a la actora es merecedora de dicha prestación.

Al respecto se postularon las declaraciones de Alejandra Niño Cardona y Julio Cesar Grannobles Rios.

 La primera, adujo en calidad de hija del asegurado y la demandante, que su natalicio se produjo en 1986 y que desde que tiene uso de razón sus padres conviven bajo el mismo techo, compartiendo lecho y cama; que procrearon tres hijos, uno de los cuales falleció a los dos años de edad; que convivió con ellos hasta que arribó a 20 años de edad, empero, que la relación de sus padres se mantuvo vigente hasta el momento del deceso de su progenitor; que nunca se llegaron a separar y que nunca le conoció relación sentimental distinta a su padre.

 Por su parte, Julio Cesar Grannobles, yerno de la demandante, manifestó que conoció a la pareja Niño- Cardona desde que tenía aproximadamente 8 o 9 años de edad, frisando al momento de la declaración, los 28 años de edad, pues eran vecinos; que siempre se mostraron en sociedad como esposos; que procrearon tres hijos; que vivieron bajo el mismo techo y que los visitaba constantemente, pues jugaba mucho con uno de los hijos de la pareja.

 De las anteriores probanzas, colige la Sala sin dubitación que la actora logró acreditar un tiempo de convivencia superior al exigido en la norma aplicable, siendo entonces procedente el reconocimiento de la prestación solicitada, a partir del 18 de febrero de 2006, fecha del óbito, por lo que en sede de consulta se confirmará este punto de la decisión.

El monto de la prestación económica será equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que el asegurado efectuó cotizaciones durante toda su vida laboral, incluso inferiores a esa base salarial y, por 14 mesadas anuales, en virtud del parágrafo 6º del Acto Legislativo 001 de 2005, toda vez que la beneficiaria causó el derecho a la pensión de sobrevivientes con antelación al 31 de julio de 2011, tal como lo concluyera la a-quo.

Respecto la excepción de prescripción que propuso la entidad accionada, habría lugar a declararse probada parcialmente respecto de las mesadas causadas y no reclamadas con antelación al 12 de mayo de 2007, como quiera que el señor Ricardo Niño falleció el 18 de octubre de 2006 y la reclamación administrativa fue presentada el 12 de mayo de 2010, suspendiéndose el término prescriptivo hasta el 8 de enero de 2014, fecha en la cual, la demandante fue notificada de la respuesta a su solicitud (fl.11), y a partir de la cual se reanuda el término prescriptivo, sin que a la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 31 de marzo de 2014 (fl.8), hubiesen transcurrido los tres años que otorga la ley.

Lo anterior, acogiendo el reciente pronunciamiento del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en sentencia SL12148 del 6 de agosto de 2014, en la que sostuvo que al tenor del artículo 6º del C.P.T y de la S.S., la reanudación del término prescriptivo de las acciones laborales, en aquellos eventos en que se haya presentado la reclamación administrativa, debe contabilizarse: i) cuando se haya decidido la petición y ii) cuando transcurrido un mes desde su presentación, no hay sido resuelta; sin embargo, para que la reclamación administrativa se entienda agotada en el primero de los eventos, no sólo es menester que la respuesta se produzca y exista como tal, sino también que sea notificada al interesado.

 No obstante lo dicho, teniendo en cuenta que la jueza de conocimiento declaró la prescripción de las mesadas causadas con antelación al 31 de marzo de 2011, tomando en cuenta la fecha de presentación de la demanda, dicha disposición se mantendrá en firma, como quiera que la sentencia está siendo analizada en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la accionada.

Efectuados los cálculos de rigor a la actora le asiste derecho a un retroactivo pensional de $ 28`238.400, por las mesadas causadas del 31 de marzo de 2011 al 30 de septiembre de 2014, tal como lo concluyera la a-quo, conforme el cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte integrante del acta que se levante con ocasión de esta diligencia.

En relación con la condena al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Ley 717 de 2001 fija un término de máximo de 2 meses para resolver las solicitudes sobre pensión de sobrevivientes e incluirse en nómina al beneficiario, vencidos los cuales, empezarán a correr tales réditos (Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 4 de junio de 2008, MP Eduardo López Villegas y SL 9769 del 16 de julio de 2014, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo).

Acorde con lo anterior, se tiene que la demandante presentó la reclamación administrativa el 12 de mayo de 2010, por lo que la administradora de pensiones debió resolver de fondo el derecho reclamado y realizar el pago efectivo del mismo, dentro de los 2 meses siguientes a esa calenda, sin embargo, como ello no ocurrió así no emitió pronunciamiento favorable, es procedente emitir condena por concepto de intereses moratorios, los cuales se generarían a partir del 12 de julio de 2010 y no del 12 de septiembre de 2010, como erróneamente lo dispuso la a-quo.

No obstante lo dicho, teniendo en cuenta que las mesadas causadas con antelación al 31 de marzo de 2011, fueron declaradas prescritas conforme se analizó en precedencia, igual suerte correrán los intereses de mora causados hasta esa calenda, como quiera que por sustracción de materia no es posible la causación de dichos réditos a favor de la actora.

Así pues, en virtud del grado jurisdiccional que opera en favor de la entidad accionada, se modificará el ordinal 5º de la sentencia, en el sentido de que la condena por concepto de intereses moratorios sólo es procedente a partir del 31 de marzo de 2011, fecha en la cual opera el goce de la prestación pensional.

Sin costas en esta instancia.

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. ***Modifica*** el ordinal 5º dela sentencia proferida el 28 de octubre de 2014, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral iniciado por ***María Eva Cardona Morales*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** en el sentido de que los intereses moratorios correrán a partir del 31 de marzo de 2011, fecha en la cual opera el goce de la prestación pensional.
2. ***Confirma*** en todo lo demás.
3. ***Costas*** en esta instancia no se causaron.

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

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

 Magistrada Magistrado

**Edna Patricia Duque Isaza**

Secretaria

**ANEXO I**

**VALOR DEL RETROACTIVO PENSIONAL**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Año** | **Causadas** | **Mesada** | **Total** |
| 2011 | 11 | 535.600 | $5`891.600 |
| 2012 | 14 | 566.700 | $7`933.800 |
| 2013 | 14 | 589.500 | $8`253.000 |
| 2014 | 10 | 616.000 | $6`160.000 |
|  |  | **Valores a cancelar ===>** | **$ 28`238.400** |

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente