***ORALIDAD:***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 28 de enero de 2016.

**Radicación No**:66001–31-05–003-2014-00407-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Francisco Javier Calvo

**Demandado**:Colpensiones

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

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares

**Tema a tratar**:

*PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE/ Se aplica la norma vigente a la fecha del deceso del causante/ Presupuestos para acceder a esa prestación cuando la causante tenía la calidad de afiliada/ Inaplicación del requisito de la fidelidad al sistema.*

*“(…) en los casos de pensión de sobrevivientes, la norma que rige el asunto es aquella que se encontraba vigente al momento del fallecimiento del afiliado (…) de modo que, en el caso de autos, es aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 (…)*

*(…) la señora Mariela Tascón Morales, sufragó al sistema pensional un total de 107.57 semanas, de las cuales 52.42 lo fueron en los tres años que precedieron su fallecimiento (…)”*

*“Vista la prueba testimonial recaudada, encuentra la Sala que (…) al accionante le asiste el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes, pues en condición de compañero permanente logró acreditar una convivencia superior a los 5 años exigidos (…)”*

*“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, (…) menester resulta precisar, que esta Sala de Decisión, acogiendo lo adoctrinado por el Alto Tribunal ha sostenido que tal exigencia establecida en la citada Ley 797, deviene regresiva, y por ende, nunca nació a la vida jurídica (…) 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.”*

*EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN/ Cómputo del término prescriptivo e interrupción del mismo.*

*“(…) dado que la accionada propuso oportunamente la excepción de prescripción, hay lugar a declararla parcialmente probada respecto de las mesadas causadas con antelación al 24 de julio de 2011, por cuanto la demanda fue presentada ese mismo día y mes del año 2014 (…) En ese sentido, desatinado resulta el razonamiento de la a-quo al contabilizar la prescripción con base en la reclamación administrativa del 16 de septiembre de 2013, pues la interrupción del término se dio con la primera solicitud radicada el 23 de abril de 2004, sin que se hubiese instaurado la demanda dentro de los tres años siguientes. (…)”*

*INTERESES MORATORIOS/ Se causan desde que vence el término legal conferido para resolver la solicitud de pensión de sobreviviente/ Prescripción parcial.*

*(…) en relación con la condena a los intereses moratorios (…) 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, empiezan a correr tales réditos (…)*

*“teniendo en cuenta que las mesadas causadas con antelación al 24 de julio de 2011, fueron declaradas prescritas (…) igual suerte corren los intereses de mora causados hasta esa calenda (…)”*

*Citas: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencias 46825 17 de julio de 2012, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez y 9769 de 16 de julio de 2014 Clara Cecilia Dueñas Quevedo.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

 En Pereira, hoy veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve y cuarenta minutos de la mañana (9:40 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 24 de noviembre de 2014 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario iniciado por ***Francisco Javier Calvo*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.***

1. ***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 el demandante ***Francisco Javier Calvo,*** pretende que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a partir del 20 de diciembre de 2003, el retroactivo y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como sustento a sus pretensiones expuso que convivió en unión marital con la señora Mariela Tascón Morales desde el mes de junio de 1964 y hasta el 20 de diciembre de 2003, fecha de su fallecimiento; que procrearon 4 hijos, tres actualmente vivos y mayores de edad al momento del deceso de la causante; que sufragó los gastos funerarios de su compañera permanente; que el 23 de abril de 2004 radicó la solicitud pensional ante la demandada, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución No. 004325 del 2004; que la historia laboral de la afiliada fallecida fue corregida el 2 de septiembre de 2013, arrojando un total de 52.41 semanas de aportes sufragados al sistema pensional en los tres años que antecedieron su muerte; y que el 16 de septiembre de 2013 solicitó nuevamente la prestación pensional, empero, le fue negada mediante Resolución GNR 191864 del 28 de mayo de 2014, bajo el argumento que no obraba la declaración juramentada de convivencia de terceros en el expediente administrativo.

La ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que el demandante no acreditó tener la calidad de beneficiario de la prestación pensional que reclama. Propuso como excepciones de fondo “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción “.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira puso fin a la primera instancia, declarando que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su compañera permanente, por cuanto acreditó el cumplimiento de los requisitos legales contemplados en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, inaplicando el requisito de fidelidad al sistema. Como consecuencia de ello, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la prestación pensional a partir del 16 de septiembre de 2010, en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente y por 14 mesadas anuales. Condenó al pago de un retroactivo pensional equivalente a $ 32`246.533 y a los intereses de mora a partir del 17 de noviembre de 2013. Así mismo, autorizó a la entidad de seguridad social a descontar la cifra de $ 1`360.220, monto que representa la indemnización sustitutiva de la pensión debidamente indexada cancelada al actor.

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:

*¿La señora Mariela Tascón Morales dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes?*

*¿Demostró el demandante ser beneficiario 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, 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, para que presenten sus alegatos de conclusión.

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***

No se somete a discusión en esta contienda que el deceso de la señora Mariela Tascón Morales ocurrió el 20 de diciembre de 2003, tal como se colige del registro civil de defunción expedido por la Notaria Segunda del Circulo de Pereira (ver fl.25). Igualmente, que al demandante le fue otorgada la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, mediante la Resolución No. 004325 de 2004, en cuantía de $919.143, (fl.26).

Planteadas así las cosas, para resolver el problema jurídico planteado debe la Sala empezar por recordar que tal como lo ha establecido el órgano de cierre de esta especialidad laboral, en los casos de pensión de sobrevivientes, la norma que rige el asunto es aquella que se encontraba vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, de modo que, en el caso de autos, es aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, la cual exige a los afiliados al sistema de seguridad social, haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años que anticiparon su muerte, y para quien reclame la prestación en calidad de cónyuge o compañera, haber convivido con el causante por espacio no inferior a los 5 años antes de su deceso.

Así las cosas, conforme el reporte de semanas cotizadas en pensión válida para prestaciones económicas, visible a folio 88, se tiene que la señora Mariela Tascón Morales, sufragó al sistema pensional un total de 107.57 semanas, de las cuales 52.42 lo fueron en los tres años que precedieron su fallecimiento, es decir, entre el 20 de diciembre de 2000 y ese mismo día y mes del año 2003.

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 la asegurada fallecida, menester resulta precisar, que esta Sala de Decisión, acogiendo lo adoctrinado por el Alto Tribunal ha sostenido que tal exigencia establecida en la citada Ley 797, deviene regresiva, y por ende, nunca nació 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, pregonó el máximo órgano de la especialidad laboral:

*“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).

En síntesis, acertó la jueza de primer grado, al inaplicar el requisito de la fidelidad al sistema, siendo dable afirmar que la asegurada fallecida dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes.

En torno al requisito de la convivencia para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes peticionada, le correspondía al señor Francisco Javier Calvo, acreditar no menos de 5 años de convivencia con la señora Mariela Tascón Morales, anteriores al deceso de ésta.

Para el efecto, se escucharon las declaraciones de Fabio Maldonado Herrera María Graciela Tascón Morales y José Rodrigo Grisales Giraldo, quienes en calidad de cuñado, hermana y vecino de la causante, fueron contestes y coherentes en afirmar que la pareja Calvo-Tascón convivió en el barrio “La Dulcera”, desde finales de los años 60 y/o comienzos de los 70 y, hasta la fecha del deceso de la asegurada, sin que nunca se llegaran a separar; que siempre se comportaron como marido y mujer ante la sociedad; que procrearon cuatro hijos, Martha Cecilia, Francisco Javier, Pablo Cesar y Martha Isabel, de los cuales, la primera, falleció cuando estaba muy pequeña; que la afiliada era ama de casa, fue madre comunitaria del ICBF y, que su muerte se produjo después de caer de un puente o barranco en la casa de su hermana María Graciela, de dos metros de altura.

Vista la prueba testimonial recaudada, encuentra la Sala que en efecto, al accionante le asiste el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes, pues en condición de compañero permanente logró acreditar una convivencia superior a los 5 años exigidos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, por lo que acertada resulta la decisión de la a quo, al otorgarle la prestación a partir del 20 de diciembre de 2003, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, y por 14 mesadas al año, en virtud del parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005.

De otra parte, dado que la accionada propuso oportunamente la excepción de prescripción, hay lugar a declararla parcialmente probada respecto de las mesadas causadas con antelación al 24 de julio de 2011, por cuanto la demanda fue presentada ese mismo día y mes del año 2014 (fl.20). En ese sentido, desatinado resulta el razonamiento de la a-quo al contabilizar la prescripción con base en la reclamación administrativa del 16 de septiembre de 2013, pues la interrupción del término se dio con la primera solicitud radicada el 23 de abril de 2004, sin que se hubiese instaurado la demanda dentro de los tres años siguientes. Se modificará el ordinal 3º de la sentencia.

Así las cosas, efectuados los cálculos de rigor, el monto del retroactivo pensional causado entre el 24 de julio de 2011 y el 31 de diciembre de 2015, es decir, incluyendo el valor de las mesadas causadas a la emisión de esta providencia, asciende a $ 37`184.556, suma a la que habrá que descontar el valor cancelado por la entidad a título de indemnización sustitutiva, tal como lo dispuso la sentenciadora de primer grado. Por consiguiente, se modificará el ordinal 4º de la sentencia, respecto al valor del retroactivo pensional.

Finalmente, en relación con la condena a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cabe recordar que 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, empiezan a correr tales réditos (sentencia SL 9769 del 16 de julio de 2014).

Acorde con lo anterior, habiéndose radicado la reclamación administrativa el 23 de abril de 2004, sería procedente imponer condena por concepto de intereses moratorios a partir del 23 de junio de ese año, fecha en que feneció el término legal de dos meses.

No obstante, teniendo en cuenta que las mesadas causadas con antelación al 24 de julio de 2011, fueron declaradas prescritas conforme se analizó en precedencia, igual suerte corren los intereses de mora causados hasta esa calenda, como quiera que por sustracción de materia no es posible la causación de dichos réditos favor del actor.

Por lo dicho, en virtud del grado jurisdiccional que opera en favor de Colpensiones, se modificará el ordinal 7º de la sentencia, para imponer los intereses moratorios a partir del 24 de julio de 2011, fecha en la cual opera el goce efectivo de la prestación pensional.

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. ***Modifica*** los ordinales 3 y 7 de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2014 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y los intereses moratorios que se generan en favor del señor Francisco Javier Calvo serán a partir del 24 de julio de 2011, puesto que las mesadas causadas con antelación se encuentran afectadas por el fenómeno de prescripción.
2. ***Modifica*** el ordinal 4º de la sentencia, en el sentido de que el valor del retroactivo pensional causado entre el 24 de julio de 2011 y el 31 de diciembre de 2015, es decir, incluyendo las mesadas causadas hasta la emisión de esta providencia, asciende a $37`184.556, que perjuicio de que se siga generando hasta su solución.
3. 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

**Edna Patricia Duque Isaza**

Secretaria

**ANEXO I**

**RETROACTIVO PENSIONAL**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS**  | **TOTAL**  |
| 2011 | $535.600 | 6,26 | $3.352.856 |
| 2012 | $566.700 | 14 | $7.933.800 |
| 2013 | $589.500 | 14 | $8.253.000 |
| 2014 | $616.000 | 14 | $8.624.000 |
| 2015 | $644.350 | 14 | $9.020.900 |
| **TOTAL**  | **$37.184.556** |

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente