***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 3 de marzo de 2016.

**Radicación No**:66001-31-05-005-2014-00345-01

**Proceso**: Ordinario Laboral.

**Demandante**: Mariela Benjumea de Laverde

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar:**

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD/ Posibilidad de aplicar el requisito de semanas exigido en norma anterior a la vigente al momento del deceso del causante/ Acreditación de la convivencia para cónyuge supérstite

“(…) como en este caso se reúnen las condiciones antes previstas, dado que al 1º de abril de 1994 el causante había sufragado al sistema pensional un total de 512.56 semanas de aportes, (…) es evidente que la decisión de la Jueza a-quo es acertada, al concluir que aquel dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes (…)

(…) para ostentar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes peticionada, al tenor de lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, le correspondía a la señora Mariela Benjumea de Laverde, acreditar no menos de 5 años de convivencia con el señor Humberto de Jesús Laverde Pérez, anteriores a su deceso.

(… ) al unísono, de manera clara, coherente y precisa, indicaron que la demandante fungió como esposa del causante, que procrearon cinco hijos (…) y, que siempre permanecieron unidos hasta la fecha del deceso del afiliado.”

Citas: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, providencia de 25 de julio de 2012 -rad. 38674-.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los tres (03) días del mes de marzo de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (9:00 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 29 de enero de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por ***Mariela Benjumea de Laverde*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones******Colpensiones****.*

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

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 ***Mariela Benjumea de Laverde*,** demandó a Colpensiones para que, previos los trámites del proceso ordinario, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, a partir del 10 de noviembre de 2012, más el retroactivo, los intereses de mora y las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que contrajo matrimonio católico con el señor Humberto de Laverde Pérez el día 15 de diciembre de 1965; que convivieron bajo el mismo techo y lecho, prodigándose amor y ayuda mutua hasta el 10 de noviembre de 2012, fecha del deceso de aquel; que el asegurado cotizó al sistema general de pensiones desde el 29 de noviembre de 1974 y hasta el 1º de noviembre de 2004 un total de 564 semanas; que había cotizado igualmente a la Caja Nacional de Previsión Social un total de 75.85 semanas, las cuales fueron cotizadas entre el 10 de junio de 1968 y el 30 de noviembre de 1969. Aduce que solicitó ante la entidad de seguridad social el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, empero, que mediante Resolución GNR 370341 del 27 de diciembre de 2013 le fue negada la prestación, ordenándose el pago de la indemnización sustitutiva y, que el 10 de febrero de 2014 presentó su inconformidad frente a la decisión anterior.

Al dar respuesta a la demanda, la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, admitió la fecha del deceso del asegurado, el vínculo matrimonial entre éste y la demandante, el agotamiento de la vía gubernativa, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y, el escrito presentado por la actora en el que manifiesta su inconformidad. Los demás los negó o manifestó la necesidad de ser probados. En su defensa, propuso las excepciones de “Inexistencia de la obligación demandada”, “Cobro de lo no debido” y “Prescripción”.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 29 de enero de 2015, condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la señora Mariela Benjumea de Laverde, la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, Humberto de Jesús Laverde, a partir del 10 de noviembre de 2012, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y por trece mesadas anuales. Impuso como retroactivo pensional la suma de $ 17`144.920. Declaró probada la excepción de improcedencia del reconocimiento de los intereses de mora.

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:

*¿Es procedente reconocer 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?*

*¿La demandante es beneficiaria de la prestación pensional 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, 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***

Para empezar, se pone de presente que son supuestos fácticos no controvertidos en esta instancia: (i) que el óbito del asegurado, Humberto de Jesús Laverde Pérez, ocurrió el 10 de noviembre de 2012 (fl.12); (ii) que éste y la demandante contrajeron matrimonio católico el 15 de diciembre de 1965 (fl.14); (iii) que el afiliado cotizó un total de 641.13 semanas en toda su vida laboral desde el 10 de junio de 1968 hasta el 1º de noviembre de 2004 y, (iv) que a la actora le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, mediante Resolución GNR 370341 del 27 de diciembre de 2013.

Así las cosas, es preciso recordar que la norma rectora en casos de pensión de sobrevivientes es la que regía al momento del deceso del asegurado, de modo que, en el sub-lite, es de recibo el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que reformó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exige una densidad mínima de 50 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso del asegurado; condición ésta que no satisfizo el de cujus, por cuanto efectuó su último aporte al sistema general de pensiones en el mes de noviembre de 2004, tal como se colige del reporte de semanas cotizadas obrante a folio 52.

 Bajo esas circunstancias, dado que el asegurado al 1º de abril de 1994, había aglutinado más de 300 semanas sufragadas al sistema pensional, las que en vigencia del acuerdo 049 de 1990, hubieran sido suficientes para que sus causahabientes alcanzaran el derecho a la pensión de sobrevivientes, es preciso el análisis en torno a si en favor del de las pretensiones de la demandante juega el principio de la condición más beneficiosa.

En ese orden, las altas Cortes han dimensionado la densidad de aportes exigidas en rigor de una norma anterior al del suceso de la muerte, en aras de atender el principio de la condición más beneficiosa, fundada justamente en la expectativa legítima que la situación le envuelve a su titular, en instantes en que en palabras del órgano de cierre de la especialidad laboral, sus sentencias: 22 de octubre de 2013, 8 de mayo y 25 de julio de 2012, radicaciones: 39229, 35319 y 38674, entre otras.

“*Bajo las anteriores perspectivas, el [principio de la condición más beneficiosa], tiene adoctrinado la Sala por línea general, entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificar el régimen pensional al cual estuvieran adscritos, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido en sentido riguroso, se ubican en una posición intermedia, habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbi gratia, haber cumplido íntegramente con la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada para obtener una prestación de índole pensional. A ellos, entonces, se les debe aplicar la disposición anterior, es decir, la vigente para el momento en que reunieron la densidad exigida para obtener la prestación. En ese horizonte, ha enseñado esta corporación que, tratándose de derechos que no se consolidan por un solo acto sino que suponen una situación que se integra mediante hechos sucesivos, hay lugar al derecho eventual, que no es definitivo o adquirido mientras no se cumpla la última condición, pero que sí implica una situación concreta protegida por la ley, tanto en lo atinente al acreedor como al deudor, por lo que supera la mera o simple expectativa. Estas son las llamadas por la doctrina constitucional “expectativas legítimas*” (sentencia de 25 de julio de 2012 atrás reseñada).

Tal manera de razonar, para justificar la condición más beneficiosa entre la ley 100 de 1993 y el acuerdo 049 de 1990, posee para la Corte Suprema de Justicia, otros ingredientes jurídicos, tomados tanto del derecho internacional como interno, al traer a cuento el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT, el Convenio 128 de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, que dispone:

“*ART. 30.—La legislación nacional deberá, bajo condiciones prescritas, prever la conservación de los derechos en curso de adquisición respecto de las prestaciones contributivas de invalidez, vejez y sobrevivientes*”.

Al efecto, la alta Corporación hace notar que “*este convenio confiere un valor relevante a la preservación de “los derechos en curso de adquisición”, destacando con ello la obligación estatal de respetar aquellos requisitos que ya han sido consolidados por una persona, con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición*” (ob. cit.).

Por otra parte, también a manera ilustrativa, cita el Convenio 157 de la OIT, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social (1982), que versa sobre los llamados “derechos en curso de adquisición, en materia de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes”.

Así mismo, trae a cuento el artículo 2 de la declaración universal de los derechos humanos, y los convenios 100 y 101 sobre factores ilegítimos de discriminación, y remata con la legislación interna, artículo 13 superior, y 272 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al primero, predica:

 “*bajo la órbita del artículo 13 superior, imponer unas condiciones más exigentes a quien ha consolidado de hecho, bajo una determinada normativa, una “situación” de semanas cotizadas, que le confieren fundamento para reclamar ulteriormente una pensión de invalidez, o a sus sucesores una de sobrevivientes, constituye una forma de discriminación. Es decir, en este caso se está imponiendo un trato diferente, más gravoso, con un motivo no relevante, como lo es el hecho de que, no obstante su situación consolidada, deba acreditar adicionalmente mayores requisitos, en ausencia de los cuales no puede ser beneficiario de la respectiva pensión. Con otras apalabras, se estaría contraviniendo lo proclamado por el artículo 53 superior, que ordena reconocer “la situación más favorable” …”.*

Al paso que el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, establece que “los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia”. Y con ello pregona el órgano de cierre de la especialidad laboral, “*la propia Carta Fundamental extiende a la seguridad social, sin ninguna duda, los principios que, en su origen, son propios del derecho laboral*”.

En lo que toca al principio de la sostenibilidad financiera del sistema de la seguridad social, instaurada por el Acto Legislativo 01 de 2005, señala la ameritada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

*“la aplicación jurisprudencial del principio de la condición más beneficiosa no atenta contra la regla de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, no solo porque esta regla obliga específicamente al legislativo a partir de la fecha señalada, sino, sobre todo, porque la aplicación del principio señalado opera sobre unas personas que han reunido las exigencias fácticas que, bajo una normativa determinada, aseguraban a ellas o a sus sucesores la obtención de un derecho. Y al reunir esas exigencias fácticas, traducidas en una determinada densidad de cotizaciones, esas personas han igualmente satisfecho las exigencias de tipo financiero demandadas por el sistema, según la normativa para ese momento. O sea, para el sistema vigente en ese momento, sus pensiones estaban financiadas al cumplir el tiempo exigido de cotización…el hecho de que una persona haya cumplido con los requerimientos de cotización impuestos bajo una determinada normativa, garantiza que la pensión para la cual ha cotizado está garantizada por el propio estado, con lo cual se cumple otro elemento normativo adicionado al artículo 48 de la Constitución por el Acto Legislativo 01 de 2005”.*

Ahora bien, en relación con el mismo tema, esto es, la procedencia de la condición más beneficiosa, no ya entre la ley 100 de 1993 y el acuerdo 049 de 1990, sobre la cual es pacífica la doctrina, sino entre las leyes 797 y 860 y el mentado acuerdo 049 de 1990, la jurisprudencia constitucional, T-401 de 2015 y T. 4.190.630, entre otras, es aún más amplia al abarcar esta última hipótesis, al esbozar con razones muy similares a las blandidas por su homóloga laboral.

En efecto, enseña el alto Tribunal Constitucional, que ante la inexistencia de un régimen de transición para las pensiones de sobrevivencia e invalidez, en atención a los principios de buena fe, confianza legítima y favorabilidad, es dable dar aplicación a una norma anterior, como es el Acuerdo 049 de 1990, si el afiliado realizó cotizaciones en vigencia de dicha disposición, siempre que una norma posterior resulte ser desfavorable a su derecho pensional, puesto que dicha regla, se estatuye con el fin de proteger el principio de favorabilidad que en materia laboral ha reconocido el artículo 53 del ordenamiento superior, el cual, 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 propósito de obtener la pensión, o de causar la prestación de sobrevivientes a sus familiares.

Recaba igualmente esa 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.

Con todo el material jurisprudencial de que se ha hecho mérito, 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 al principio de favorabilidad, en los términos como lo entiende la Corte Constitucional, proporcionalidad, equidad, igualdad, buena fe y confianza legítima, 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.

Prospera, entonces, la pretensión de la parte actora al amparo de los comentados principios.

De manera pues que, como en este caso se reúnen las condiciones antes previstas, dado que al 1º de abril de 1994 el causante había sufragado al sistema pensional un total de 512.56 semanas de aportes, de los cuales 435.56 lo fueron al antiguo ISS y, 77 a la Caja Nacional de Previsión Social, es evidente que la decisión de la Jueza a-quo es acertada, al concluir que aquel dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes, por lo que en sede de consulta se confirmará este fragmento de la providencia.

Ahora bien, en torno al requisito de la convivencia para ostentar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes peticionada, al tenor de lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, le correspondía a la señora Mariela Benjumea de Laverde, acreditar no menos de 5 años de convivencia con el señor Humberto de Jesús Laverde Pérez, anteriores a su deceso.

Para el efecto, se escucharon las declaraciones de Rosa Inés Rivera de Castillo, Cenelia Ángel López, Ana Isabel Pérez Vélez y, Lida Yulieth Castillo Rivera, quienes al unísono, de manera clara, coherente y precisa, indicaron que la demandante fungió como esposa del causante, que procrearon cinco hijos de nombres Julia, Liliana, Andrés, Víctor y Carlos, en la actualidad todos mayores de edad; que la pareja convivía en el barrio Camilo Torres, Plan 1, en el municipio de Dosquebradas, con una de sus hijas; que la causa de la muerte del señor Humberto de Jesús fue una aneurisma cerebral, por lo que su esposa era la encargada de todos y cada uno de los cuidados que demandaban la enfermedad y, que siempre permanecieron unidos hasta la fecha del deceso del afiliado.

Acorde con las anteriores declaraciones, observa la Sala que a la demandante le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama, a partir del 10 de noviembre de 2012, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y, por trece mesadas, tal como lo dispuso la sentenciadora de primer grado.

No prospera la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, habida consideración de que en los términos del artículo 151 del C.P.T.S.S., no transcurrieron más de tres años desde que la respectiva obligación se hizo exigible y la interposición de la demanda, la cual tuvo lugar el 22 de mayo de 2014 (fl.12).

En aras de concretar las condenas, el valor del retroactivo pensional a que tiene derecho la actora, desde el 10 de noviembre de 2012 y hasta el 29 de febrero de 2016, es decir, incluyendo las mesadas causadas hasta la emisión de esta providencia, asciende a $ 26`934.562, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.

En definitiva, se modificará el ordinal 5º de 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. ***Modifica*** el ordinal 5º de la sentencia proferida el 29 de enero de 2015, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de que el retroactivo pensional causado entre el 10 de noviembre de 2012 y el 29 de febrero de 2016, es decir, incluyendo las mesadas causadas hasta la emisión de esta providencia, asciende a $ 26`934.562, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.
2. ***Confirma*** en todo lo demás.
3. Sin costas en esta instancia.

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

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

Magistrada Magistrado

**Edna Patricia Duque Isaza**

Secretaria

**ANEXO I**

**RETROACTIVO PENSIONAL**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS**  | **TOTAL**  |
| 2012 | $566.700 | 2,66 | $1.507.422 |
| 2013 | $589.500 | 13 | $7.663.500 |
| 2014 | $616.000 | 13 | $8.008.000 |
| 2015 | $644.350 | 13 | $8.376.550 |
| 2016 | $689.545 | 2 | $1.379.090 |
|  **TOTAL …………………………………………………** | **$26.934.562** |

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente