El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

*ORALIDAD*

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 1º de diciembre de 2016.

Radicación No: 66001-31-05-002-2014-00403-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: María Victoria Ruíz de Sánchez

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

Tema a tratar: **Pensión de sobrevivientes:** la normativa aplicable en el sub-examine, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual clama la demostración de la convivencia durante al menos, 5 años anteriores al fallecimiento del causahabiente de la prestación. **Inaplicabilidad del Requisito de Fidelidad.** Ha sido posición pacifica de la Corte Constitucional, la Sala de Casación Laboral y de esta Sala de Decisión, inaplicar el requisito de fidelidad exigido por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, no solo a partir de la declaratoria de inexequibilidad hecha por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional por medio de la sentencia C-556 de 2009, sino incluso desde la expedición de la misma norma, en consideración a que desde su nacimiento, dicho requisito resulta abiertamente contrario a la Carta Política de 1991, debido a que esa medida tenía un efecto regresivo a las leyes sociales.

Citación jurisprudencial: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 46825 de 2012 Págs. 29-30.

 AUDIENCIA PÚBLICA:

Hoy, primero (1º) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, frente a la sentencia proferida el 16 de julio de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *María Victoria Ruíz Sánchez* contra la*Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

*IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:*

1. *INTRODUCCIÓN*

La demandante pretende que se le declare que le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes que dejó causada su esposo, Hernán Antonio Castañeda Ruíz, y en consecuencia, se condene a la entidad convocada a juicio a pagar la prestación a partir del 25 de septiembre de 2005, en cuantía de 1 SMLMV, junto con el retroactivo pensional, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Como fundamento a sus pedimentos expuso que contrajo matrimonio con el señor Hernán Antonio Castañeda Ruíz el 25 de agosto de 1972, que convivieron en forma ininterrumpida hasta el 25 de septiembre de 2005, fecha en que aquel falleció; que el 1º de noviembre de 2006 presentó solitud pensional ante la entidad, empero, que le fue negada a través de la Resolución No. 8661 de 2007 por falta de fidelidad al sistema; que contra dicho acto administrativo interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos confirmando la decisión anterior; que también le fue negada la indemnización sustitutiva bajo el argumento de que ya estaba prescrita. Y por último, que la Notaria 4º del Circulo de Pereira, aclaró mediante escritura pública 6845 del 30 de octubre de 2007 que el apellido del causante es Castañeda y no Castaño.

La entidad demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el causante no cumplió con los requisitos mínimos antes de fallecer para dejar causada la pensión. En su defensa, propuso como medios exceptivos los de “Inexistencia del derecho a la pensión de sobrevivientes”, “Cobro de lo no debido” y “Prescripción”

1. *SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo del 16 de julio de 2015, en la que resolvió inaplicar por inconstitucional la exigencia prevista en los literales a) y b) del ordinal 2º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Declaró que María Victoria Ruíz Sánchez es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes desde el 25 de septiembre de 2005, y condenó a la entidad de seguridad social a reconocer y pagar la prestación, a partir del 24 de julio de 2011, aduciendo que las mesadas causadas con antelación a esa fecha se afectaron por el fenómeno extintivo de la prescripción. Emitió condena por concepto de indexación de las condenas y por las costas del proceso en un 80 %, fijando agencias en derecho en la suma de $ 2`557.400.

El portavoz judicial de la demandante interpuso recurso de alzada, en orden a que se condene a la entidad al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, argumentando que dentro del proceso se acreditó la fecha de presentación de la solicitud pensional y la tardanza en el reconocimiento y pago de las mesadas, amén de que en la pretensión 6º de la demanda solicitó que se condenara a todo lo que resultara probado en virtud de las facultades ultra y extra petita.

También se dispuso 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:

*¿Dejó causada con su deceso el señor Hernán Antonio Castaño Ruíz la pensión de sobrevivientes a favor de sus posibles beneficiarios?*

*¿Le asiste a la demandante derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama?*

*¿Es procedente la imposición de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93?*

*Alegatos en esta instancia*:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta a los problemas jurídicos planteados, 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, empezando por la parte recurrente. 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:*

*Desenvolvimiento de la problemática planteada*

 Para empezar, debe la Sala empezar por recordar que 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 78, se tiene que el señor Hernán Antonio Castañeda Ruíz, sufragó al sistema pensional un total de 361.02 semanas de aportes, de las cuales 71.14 lo fueron en los tres años que precedieron su fallecimiento, es decir, entre el 25 de septiembre de 2002 y ese mismo día y mes del año 2005.

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 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 el asegurado fallecido 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 beneficiaria de la pensión de sobrevivientes peticionada, le correspondía a la demandante, acreditar no menos de 5 años de convivencia con el causante anteriores a su deceso.

Para el efecto, se escucharon las declaraciones de Hernando Montes Saldarriaga, Alba Yeny Díaz Cano, Adriana Patricia Morales Vásquez, y Victoria Eugenia Castaño Ruíz, quienes de manera clara, conteste y precisa, afirmaron que la convivencia entre el causante y la demandante se mantuvo ininterrumpidamente hasta la fecha del deceso de aquel; que la pareja procreó 4 hijos, todos mayores de edad; que nunca tuvieron noticia de separación o rompimiento entre ellos, ni tampoco de relaciones o hijos extramatrimoniales; que el causante siempre se desempeñó como taxista, y la demandante, como ama de casa; que siempre se comportaron como marido y mujer ante la sociedad; que como lugares de residencia, tuvieron la Cra.8ª con 13, el barrio Bosques de la acuarela, Santa Isabel, entre otros; que el velorio del señor Castañeda Ruíz se llevó a cabo en la funeraria Los Olivos en Dosquebradas, y que la causa de su muerte fue un cáncer de próstata.

Vista la prueba testimonial recaudada, encuentra la Sala que en efecto, a la actora le asiste el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes, pues en condición de cónyuge 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 25 de septiembre de 2005, 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 demandada propuso 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 esta acción judicial fue instaurada ese mismo día y mes del año 2014 (fl.12), amén de que la reclamación administrativa fue presentada el 1º de noviembre de 2006, y la resolución que resolvió el recurso de apelación contra la decisión que negó la prestación, fue notificada a la peticionaria el 13 de mayo de 2008 (fl.26 vto.). En ese sentido, atinado resulta el razonamiento de la a-quo al establecer el disfrute de la prestación, a partir del 24 de julio de 2011, por lo que forzosa resulta su confirmación.

Finalmente, en lo que tiene que ver con lo expresado en el alcance de la alzada, de que se condene a la entidad de seguridad social al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en razón a que en libelo introductor del proceso se solicitó que se reconociera lo demás que resultare probado en virtud de las facultades ultra y extra petita, es preciso indicar que la Sala no puede pronunciarse sobre dicha petición, en primer lugar, por cuanto no está facultada para proferir este tipo de sentencias, y en segundo lugar, porque como se ha dicho de tiempo atrás, el pago de intereses moratorios resulta incompatible con la indexación, puesto que ambos persiguen la compensación de la pérdida del valor adquisitivo del dinero.

Por ello, al haberse condenado a la entidad demandada a reconocer y pagar la indexación sobre cada una de las mesadas al momento de efectuar el pago de la obligación, no es procedente que concurra el pago de los intereses de mora. Por tal motivo, se despacha desfavorablemente el recurso propuesto.

Costas en esta instancia a cargo de la recurrente y en favor de la demandada.

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 16 de julio de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral que *María Victoria Ruíz* promueve contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*.
2. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente y en favor de la demandada.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado

 OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

 Magistrada Magistrada

Alonso Gaviria Ocampo

Secretario