El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: Sentencia del 18 de marzo de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-004-2014-00103-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandantes: María Disnarda Correa de Osorio

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema:

ACUMULACIÓN DE TIEMPOS COTIZADOS EN DIFERENTES REGÍMENES/ Prestaciones anteriores a la Ley 100/ Aplicación del precedente jurisprudencial más favorable/ Condición más beneficiosa/ Requisitos de la pensión de sobrevivientes/ Reconocimiento del derecho a partir de la fecha de expedición del fallo de unificación con fuerza vinculante/ Término en que empiezan a contar los intereses moratorios/ Bono pensional

“(…) resulta aplicable la lectura que la jurisprudencia constitucional ha realizado respecto de los requisitos para adquirir la pensión de sobreviviente, por cuanto la acumulación de las cotizaciones realizadas por el señor Apolinar Osorio Grisales en Cajanal, y posteriormente en el ISS, constituye una cotización única de 332 semanas, y estos aportes se realizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en vigencia del Acuerdo 019 de 1983.

(…) la promotora del presente litigio tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente (…) por cuanto i) el señor APOLINAR OSORIO GRISALES, cuyo deceso ocurrió el 1º de febrero de 1995, cotizó más de 300 semanas antes del 1º de abril de 1993 –fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993-, ii) la demandante en calidad de esposa, convivió por más de cinco (5) años con el causante hasta su muerte, lo cual se infiere por el hecho jurídico del matrimonio y por el reconocimiento que de la indemnización sustitutiva le hiciera COLPENSIONES a través de la Resolución No. GNR179353 del 10 de julio de 2013, a lo que también se suma el indicio grave que opera en contra de la entidad demandada por no haber dado respuesta a la demanda (…)

(…) como quiera que la línea jurisprudencial sobre la materia adquiere fuerza vinculante desde la sentencia de unificación SU-769 del 16 de octubre de 2014, se accederá al derecho a partir de la fecha de emisión de la precitada sentencia, en razón de lo cual el retroactivo pensional se conformará con acumulación de las mesadas pensionales causadas entre el 16 de octubre de 2014 y el 31 de marzo del presente año (…) sin perjuicio del retroactivo que se cause hasta que la demandante sea incluida en nómina y empiece a recibir la mesada pensional.”

“(…) dado que la prestación económica reclamada se resolvió de fondo bajo una mirada constitucional o de interpretación amplia del sentido de la ley, se accede al reclamo de intereses moratorios pero a partir de la ejecutoria de la presente providencia y hasta el pago total de la obligación.

(…) como ni el ISS ni ahora COLPENSIONES tiene en su haber el bono pensional por concepto de los tiempos servidos a la GOBERNACIÓN DE RISARALDA, (…) COLPENSIONES, podrá válidamente tramitar ante esa entidad el bono pensional que corresponda. Sin embargo, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que se aplica por analogía al presente caso, será procedente el cómputo del tiempo de servicios como servidor público remunerado, siempre y cuando el empleador (gobernación de Risaralda), traslade, con base en el cálculo actuarial efectuado por la AFP, el bono pensional que corresponda. En ese orden, una vez recibido el respectivo bono pensional, la entidad demandada deberá proceder al pago de la prestación (…)”

Citas: Corte Constitucional, sentencias T-100 de 2012 y SU-769 de 2014. Auto 208 de 2006.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**Magistrada Ponente: Ana Lucía Caicedo Calderón**

Acta No. \_\_\_\_

(18 de marzo de 2016)

Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

 Siendo las 8:00 A.M. de hoy, viernes 18 de marzo de 2016, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **MARIA DISNARDA CORREA DE OSORIO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**

 Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

 De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los fundamentos de los argumentos expuestos en las alegaciones formaron parte en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver la apelación propuesta por el apoderado judicial del demandante en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el día 24 de noviembre de 2014, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**PROBLEMA JURIDICO**

 ¿Para efecto de acceder a las pensiones bajo el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 o los reglamentos anteriores del ISS, es posible la acumulación de semanas cotizadas al ISS y a otras entidades de previsión social existentes antes de 1993?

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

**LA DEMANDA:** La actora llamó a juicio a COLPENSIONES a fin de obtener en su favor el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a partir del 1° de febrero de 1995, que fue la fecha en que su esposo, el afiliado APOLINAR OSORIO GRISALES, falleció.

Como fundamento del pedido central de la demanda, adujo su apoderado judicial, que el difunto afiliado laboró al servicio de la Gobernación de Risaralda entre el 6 de febrero de 1969 y el 6 de diciembre de 1973 -un total de 1742 días, que equivalen a 248,85 semanas-. Así mismo, que el día 17 de octubre de 1986, se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, donde alcanzó a cotizar, hasta el mes de noviembre de 1989, un total de 588 días, que equivalen a 84 semanas.

 Por consiguiente, señala, sumando el tiempo servido en el sector público (cotizado en Cajanal) al número de semanas cotizadas al ISS, el afiliado alcanzó a cotizar un total 332 semanas, que son suficientes para que su esposa pueda acceder a la pensión de sobreviviente de que trata el artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990.

**LA CONTESTACIÓN:** durante el término de traslado de la demanda, la entidad demandada guardó silencio y su falta de contestación fue apreciada como indicio grave en su contra.

1. **SENTENCIA**

La jueza de primer grado desestimó el pedido de la demanda y absolvió en consecuencia a COLPENSIONES. Igualmente, condenó a la parte actora al pago de las costas procesales de primera instancia, para lo cual fijó las agencias en derecho en la suma de $616.000.

 Para arribar a tal conclusión, aseveró que el afiliado no cotizó ni una sola semana dentro del año anterior a su deceso, en razón de lo cual, a la luz del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, no dejó causado el derecho a la pensión de sobreviviente.

De otro lado, en caso de que se quiera aplicar el principio de la condición más beneficiosa al presente caso, el afiliado tampoco alcanzó a cotizar el número mínimo de semanas exigido en el Acuerdo 049 de 1990, en la medida que, para tal propósito, no es posible acumular tiempos de servicios prestados al sector público con semanas cotizadas al ISS, y el afiliado tan solo alcanzó a cotizar 84 semanas al Fondo de Pensiones demandado.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Lo promueve la parte actora para que en esta sede se revoque la decisión de primer grado y se acceda a las peticiones de la demanda, habida consideración de que el causante del derecho pensional cotizó el número mínimo de semanas exigido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL**

Sobre el principio de la condición más beneficiosa en la aplicación de normas concurrentes que rigen la pensión de sobrevivientes, específicamente la suscitada entre el régimen previsto en el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, las altas Cortes, al igual que esta Sala Mayoritaria, en reiteradas sentencias ha resuelto casos similares al sub-examine, en las cuales hemos señalado que en virtud del mentado principio constitucional, no puede negarse la pensión de sobreviviente al beneficiario de un afiliado por no reunir las 26 semanas de cotización en el año anterior a su deceso, si durante su vinculación al sistema de la seguridad social satisfizo los presupuestos exigidos en el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990.

* 1. **DE LA ACUMULACIÓN DE TIEMPO SERVIDO EN EL SECTOR PÚBLICO CON SEMANAS COTIZADAS EN EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, PARA EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES A CARGO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**

De lo que viene de decirse, a merced del principio de la condición más beneficiosa, teniendo en cuenta que la muerte del afiliado sobrevino en vigencia del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, antes de la reforma que a este canon introdujo el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, quien alega la calidad de beneficiario/a de la pensión reclamada, deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos legales mínimos previstos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993; y de no cumplirlos, le queda la posibilidad de que, acreditando lo dispuesto en el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, que es el inmediato antecedente al nuevo régimen pensional, pueda acceder a la prestación económica por muerte del afiliado.

En este orden de ideas, en el proceso no hay discusión en lo que hace referencia a que:

1. El esposo de la promotora del litigio no estaba afiliado al Sistema General de Pensiones al momento de su muerte el 1° de febrero de 1995;

1. Antes del 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, acredita cotizadas al ISS un total de 82 semanas, específicamente entre el año 1986 y 1989.
2. Por último, además de aquellas cotizaciones, el causante trabajó al servicio de la Gobernación de Risaralda, entidad pública que, según se lee en la certificación visible a folios 39 y 40, realizaba sus aportes a la Caja de Nacional de Previsión Social –CAJANAL-, las cuales, para el caso del causante, se efectuaron entre el 6 de febrero de 1969 y el 6 de diciembre de 1973, un total de 1741 días, que equivalen a 248,71 semanas.

Bajo tales presupuestos, a la luz del Acuerdo 049 de 1990, debemos verificar si la actora tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de sobreviviente, teniendo presente la sumatoria de los aportes realizados por el causante al Instituto de Seguros Sociales con el tiempo servido en el sector público. Ello en razón a que, como bien lo advirtió la falladora de primer grado, bajo la egida del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, ya que el causante no cotizó al sistema de pensiones 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su muerte.

Respecto a la posibilidad de acumular semanas cotizadas al ISS con tiempo de servicios a entidades públicas antes de la Ley 100, La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde siempre ha sido del criterio de que en virtud del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el parágrafo del artículo 33 y el literal f) del artículo 13 *ibídem,* para el cómputo de las semanas mínimas de cotización que exige dicho precepto para acceder a la pensión de vejez, es factible tener en cuenta el período laborado como servidor público remunerado con anterioridad a la vigencia de dicho estatuto, el cual se convalida con el traslado que efectúe el empleador a la entidad prestacional del cálculo actuarial respectivo, sin importar el tiempo prestado.

Sin embargo, también ha sido enfática en señalar que el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no consagra tal posibilidad.

A propósito de esto último, en providencia del 21 de junio de 2011, radicación 37.619, reiteró la posición expuesta en la sentencia del 1° de marzo de 2007, radicación 29.141, en el sentido de que el Acuerdo 049 de 1990 consagra la obligación del ISS de reconocer, entre otras, la pensión de sobreviviente, pero sobre la base de haberse sufragado las cotizaciones exclusivamente en dicha entidad, no permitiendo la sumatoria con los aportes o cotizaciones efectuados a cajas de previsión o a fondos o entidades de la seguridad social en los sectores público y privado.

La interpretación del asunto es bien distinta para la Corte Constitucional, por lo menos en lo que tiene que ver con la supuesta prohibición de acumular semanas cotizadas al ISS antes de la Ley 100 de 1993 con tiempo de servicios prestados a un entidad de carácter público para efectos de obtener la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, frente a lo cual, en sentencia T-100 de 2012, señaló la Corporación que dicha interpretación de la normativa *(…) es errónea y atenta contra los derechos fundamentales de los beneficiarios del régimen de transición. Esto por cuanto:*

1. *Al exigir que para acceder a la pensión de vejez de acuerdo con el Decreto 758 de 1990 las cotizaciones se hayan realizado de manera exclusiva al Seguro Social, se está requiriendo el cumplimiento de un elemento que la norma no consagra;*
2. *Los requisitos para acceder a los beneficios Sistema General de Seguridad Social se acreditan es ante el sistema mismo y no ante las entidades que lo conforman; y*
3. *El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 limitó el régimen de transición a solo tres ítems (edad, tiempo y monto) y estableció que “[l]as demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”, por lo que haciendo una lectura integral de la Ley 100 de 1993 -especialmente del literal f) del artículo 13, el parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la misma-, los tiempos deben acumularse para efectos de la contabilización del número de semanas de cotización requeridas[[1]](#footnote-1)*

Además del anterior pronunciamiento, la Corte Constitucional, a través de la sentencia **SU-769 de 2014**, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, agrupó la consolidada línea jurisprudencial, que plantea la posibilidad de acumular cotizaciones efectuadas tanto en los sectores público y privado a efectos de reconocer, en virtud del régimen de transición, una pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990. En distintos apartes de la aludida providencia se expuso lo siguiente:

“*“Como ya se mencionó, reiterada Jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sostenido que las personas cotizan y por consiguiente, cumplen los requisitos ante el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y no ante las entidades específicas que lo componen.*

*Justamente en aplicación de esta tesis, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido expresamente que (i) ‘el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 en ninguno de sus apartes exige que las cotizaciones se efectúen de manera exclusiva al  fondo del Instituto de Seguros Sociales’ por lo que se incurre en un error al interpretar esta norma de manera distinta a lo que realmente se encuentra establecido en ella y (ii) en virtud del principio hermenéutico de interpretación más favorable a los intereses del trabajador, es posible computar las semanas que cotizó una persona en el sector público antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 con las que cotizó como empleado del sector privado en cualquier tiempo[[2]](#footnote-2)”.*

 Resulta pertinente destacar que esta nueva interpretación del asunto guarda coherencia con un reciente pronunciamiento de esta misma Corporación. En efecto, con ponencia del Magistrado Francisco Javier Tamayo, el pasado 10 de diciembre del presente año, la Sala mayoritaria disertó de la siguiente manera:

*“La adecuada intelección del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, permite deducir de sus términos, como lo acota el Tribunal Constitucional, que no prevé que el titular del derecho hubiese sufragado exclusivamente los aportes a dicho organismo de la Seguridad Social, esto es, que se deba descartar el tiempo servido en el sector público.*

*Esto, en concomitancia con el hecho de que el ISS, hoy COLPENSIONES, por ser la última Entidad a la que se efectuaron las cotizaciones, es la obligada al reconocimiento pensional, disponiendo como se ofrece en esta litis, del bono pensional que por los servicios prestados al sector público, fue liquidado (fls. 24 a 32), de tal suerte, que no habría excusa para que no se tuviera en cuenta, dichos servicios, a efectos de confeccionar la tasa de reemplazo definitiva, máxime cuando las reglas para el cómputo de las semanas cotizadas, no hacen parte del régimen de transición, por lo que este referente debe ser determinado según lo dispuesto en el actual sistema general de pensiones, el cual es plenamente favorable a dicha acumulación (sentencia SU 769 de 2014)”.*

 Teniendo en cuenta que la interpretación de la Corte Constitucional sobre el tema es más favorable para los afiliados o beneficiarios, según sea el caso, en virtud del principio de la interpretación pro-operario, la Sala mayoritaria de esta corporación acoge la tesis de la Corte Constitucional y se aparta de la posición de la Corte Suprema de Justicia y en tal virtud concluye que la acumulación de las semanas cotizadas en diversos regímenes, para obtener el reconocimiento de cualquiera de las prestaciones pensionales previstas con anterioridad a la Ley 100 de 1993, es un derecho que tiene la persona que pretenda acceder a la pensión prevista en el régimen en el cual se encuentra afiliada, pues el derecho pensional a favor de los beneficiarios del causante de la pensión según los requisitos del Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990) y de los anteriores reglamentos del ISS, no está subordinado a cotizaciones exclusivas al ISS (Hoy Colpensiones).

 Cabe resaltar que si bien las providencias acabadas de citar abordan un asunto en el que se pretende el reconocimiento de una prestación en virtud del régimen de transición, lo cierto es que al no contar la pensión de sobrevivientes con esa prerrogativa, la postura jurisprudencial se puede hacer extensiva para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, esto es, que para la contabilización de las semanas necesarias para haber dejado causado el derecho en aplicación de aquella disposición constitucional, no es necesario que las cotizaciones se hayan realizado exclusivamente en el I.S.S., tal como ya lo ha definido esta Corporación en asuntos que revisten las mismas particulares del presente, por ejemplo en la sentencia del 30 de octubre de 2015, proferida dentro del proceso radicado con el número 2013-00483, con ponencia de quien aquí cumple igual encargo.

 De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, debe la Sala resaltar que la sustentación de la negativa de la pensión sobre la base de que ni el Acuerdo 049 de 1990 ni ninguno de los anteriores reglamentos del ISS permiten acumular las cotizaciones efectuadas a entidades diferentes al ISS -en este caso a CAJANAL- es contraria a la lectura constitucional que la Corte Constitucional ha fijado en torno a los requisitos pensionales, pues como se acaba de señalar, no existe ninguna norma que prohíba dicha acumulación, sino que antes bien, con ello (con la acumulación) se permite cumplir la finalidad del régimen de seguridad social que es suplir los riegos de las personas que se consideran en estado de debilidad.

 Por último, la decisión no cambia por el hecho de que la asegurada no hubiese efectuado cotizaciones con antelación al año 1990 (antes de la entrada en vigencia del Acuerdo 049 de 1990), pues apoyados precisamente en el principio de la condición más beneficiosa, el cual permite la aplicación de una normativa anterior a la Ley 100 de 1993, debe acudirse necesariamente a los reglamentos del antiguo ISS, que precedieron el mentado Acuerdo, esto es, el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, a su vez modificado por el Acuerdo 019 de 1983 (este aprobado por el Decreto 232 de 1984; disposición recogida por el Decreto 758 de 1990, y que exige en todo caso, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, tener acreditadas 150 semanas de cotización para los riesgos, dentro de los 6 años anteriores al deceso o 300 semanas en cualquier tiempo.

* 1. **CASO CONCRETO**

 En este contexto, se puede concluir que, en el presente caso, resulta aplicable la lectura que la jurisprudencia constitucional ha realizado respecto de los requisitos para adquirir la pensión de sobreviviente, por cuanto la acumulación de las cotizaciones realizadas por el señor Apolinar Osorio Grisales en Cajanal, y posteriormente en el ISS, constituye una cotización única de 332 semanas, y estos aportes se realizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en vigencia del Acuerdo 019 de 1983.

 Corolario de todo lo expuesto, la promotora del presente litigio tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama por vía del presente proceso ordinario, por cuanto i) el señor APOLINAR OSORIO GRISALES, cuyo deceso ocurrió el 1º de febrero de 1995, cotizó más de 300 semanas antes del 1º de abril de 1993 –fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993-, ii) la demandante en calidad de esposa, convivió por más de cinco (5) años con el causante hasta su muerte, lo cual se infiere por el hecho jurídico del matrimonio y por el reconocimiento que de la indemnización sustitutiva le hiciera COLPENSIONES a través de la Resolución No. GNR179353 del 10 de julio de 2013, a lo que también se suma el indicio grave que opera en contra de la entidad demandada por no haber dado respuesta a la demanda promovida en su contra.

 En ese orden, teniendo en cuenta que para acceder al reclamo pensional fue necesario que la Sala Mayoritaria se remitiera a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en donde encuentra apoyo la tesis de la demanda, y como quiera que la línea jurisprudencial sobre la materia adquiere fuerza vinculante[[3]](#footnote-3) desde la sentencia de unificación SU-769 del 16 de octubre de 2014, se accederá al derecho a partir de la fecha de emisión de la precitada sentencia, en razón de lo cual el retroactivo pensional se conformará con acumulación de las mesadas pensionales causadas entre el 16 de octubre de 2014 y el 31 de marzo del presente año, lo que arroja como resultado la suma de $13.233.728., sin perjuicio del retroactivo que se cause hasta que la demandante sea incluida en nómina y empiece a recibir la mesada pensional.

 **NOTA:** El resultado de la suma de mesadas que componen el retroactivo pensional, se puede apreciar en la hoja de cálculo que se encuentra circulando entre las partes.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **S.M.L.M.V.** | **No. DE MESADAS** | **TOTAL AÑO** |
| 2014 |  $ 616.000,00  | 3,5 |  $ 2.135.466,00  |
| 2015 |  $ 644.350,00  | 14 |  $ 9.020.900,00  |
| 2016 |  $ 689.454,00 | 3 |  $ 2.068.362,00 |
| **TOTAL RETROACTIVO** | **$ 13.233.728** |

 Así mismo, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, dado que la prestación económica reclamada se resolvió de fondo bajo una mirada constitucional o de interpretación amplia del sentido de la ley, se accede al reclamo de intereses moratorios pero a partir de la ejecutoria de la presente providencia y hasta el pago total de la obligación.

 Ahora bien, como ni el ISS ni ahora COLPENSIONES tiene en su haber el bono pensional por concepto de los tiempos servidos a la GOBERNACIÓN DE RISARALDA, la AFP demandada, COLPENSIONES, podrá válidamente tramitar ante esa entidad el bono pensional que corresponda. Sin embargo, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que se aplica por analogía al presente caso, será procedente el cómputo del tiempo de servicios como servidor público remunerado, siempre y cuando el empleador (gobernación de Risaralda), traslade, con base en el cálculo actuarial efectuado por la AFP, el bono pensional que corresponda. En ese orden, una vez recibido el respectivo bono pensional, la entidad demandada deberá proceder al pago de la prestación. Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso de apelación. Costas de primera instancia a cargo de la entidad 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,

**R E S U E L V E:**

 **PRIMERO**.- **REVOCAR** la sentencia dictada por el **JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA** el día 24 de octubre de 2014, dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia promovido por **MARIA DISNARDIA CORREA DE OSORIO** en contra de **COLPENSIONES**. En su defecto:

 **SEGUNDO.- CONDENAR** a **COLPENSIONES** al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de la señora **MARIA DISNARDIA CORREA DE OSORIO,** en calidad de beneficiaria del afiliado **APOLINAR OSORIO GRISALES,** en cuantía de un (1) S.M.L.M.V., por 13 mesadas anuales, en forma vitalicia desde el 16 de octubre de 2014.

 **TERCERO. ORDENA** a la entidad demandada **–COLPENSIONES-** a pagar a la señora **MARIA DISNARDA CORREA DE OSORIO** la suma de **$13.233.728** por concepto del retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 16 de octubre de 2014 y el 31 de marzo del presente año, sin perjuicio del retroactivo que se cause hasta que la demandante sea incluida en nómina de pensionados y empiece a recibir la respectiva mesada pensional, la cual deberá empezar a pagarse, tal y como se advierte en las consideraciones de la sentencia, una vez COLPENSIONES tenga en su haber el bono pensional por concepto de los tiempos servidos por el causante, **APOLINAR OSORIO GRISALES**, a la GOBERNACIÓN DE RISARALDA, para lo cual la AFP demandada, COLPENSIONES, deberá tramitar ante esa entidad el bono pensional que corresponda.

 **CUARTO.** - **ORDENAR** a la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** que, en el término de un mes, contado desde la fecha de notificación de este proveído, gestione la expedición del bono pensional correspondiente a todo el tiempo que el señor APOLINAR OSORIO GRISALES prestó sus servicios personales como servidor público remunerado por la GOBERNACIÓN DE

RISARALDA. Tan pronto efectúe la liquidación, debe informársela a la gobernaciónpara que ésta **transfiera** la suma correspondiente.

**QUINTO. CONDENA** a la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, para que en el lapso de los cinco (5) días siguientes al momento en que se le transfiera la suma de que trata el numeral anterior, proceda a **RECONOCER** a la señora **DISNARDA CORREA DE OSORIO**, la pensión de sobrevivientes, en el monto y términos señalados en el precitado ordinal segundo de la parte resolutiva de esta providencia.

**SEXTO. CONDENAR** al pago de intereses moratorios a partir de la fecha en que la entidad demandada reciba el bono pensional y hasta la fecha efectiva del pago efectivo de la obligación.

**SEPTIMO. ABSOLVER** de todo lo demás a la entidad demandada.

 **OCTAVO. SIN COSTAS** **EN ESTA INSTANCIA**.Costas de primera instancia a cargo de la entidad demandada.

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS. CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 **Salva voto**

**DANIEL BERMUDEZ GIRALDO**

Secretario Ad-hoc.

 *MAGISTRADO:* ***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

*Pereira, dieciocho [18] de marzo de dos mil dieciséis [2016].*

***SALVAMENTO DE VOTO:***

Con el respeto debido, disiento totalmente de la decisión de obligar a Colpensiones a aceptar una afiliación retroactiva al sistema general de pensiones –con relación al momento en que ocurrió el óbito- para sumar las semanas dejadas de cotizar en esa época por el empleador incumplido –que además en el caso era una entidad de derecho público- de manera tal que con ellas se completara el número de semanas requeridas para configurar el derecho a una pensión de sobrevivientes a cargo de la entidad con base en el acuerdo 049 de 1990. Efecto para el cual, en la demanda se pide que se tengan en cuenta 248,85 semanas de servicios en la Gobernación de Risaralda sin afiliación al ISS y 84 semanas con afiliación y aportes a la entidad.

La sentencia, a mi juicio desconoce todo el concepto de nuestro sistema pensional.

En efecto, asegura la decisión mayoritaria que reconoce la pensión de sobrevivientes con base en la condición más beneficiosa, pues si bien el causante falleció en vigencia de la ley 100 de 1993 en su versión original, sin tener para ese momento las 26 semanas requeridas para dejar causado el derecho, lo cierto es que, con base en esa figura jurídica puede concedérsele la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios dado que, con las 84 semanas aportadas al ISS y el tiempo previó servido en el sector público –sin afiliación al ISS- entre el 6 de febrero de 1969 y el 6 de diciembre de 1973 -que equivale a 248,85 semanas- se completan las 300 semanas en cualquier tiempo, exigidas en el acurdo 049 de 1990, para otorgar el derecho.

Al respecto basta notar que en los años 1969 a 1973 –cuando se dicen prestados servicios públicos a favor de la Gobernación de Risaralda- estaba vigente el acuerdo 224 de 1966, que no tenía prevista la afiliación de estos servidores al régimen de los seguros sociales obligatorios, pues ellos se guiaban por disposiciones propias de las entidades estatales. Luego, entonces es obvio que ni la Gobernación tenía la obligación de afiliar al causante al régimen del ISS ni mucho menos éste último podía ser condenado al reconocimiento de ninguna prestación en favor de quien no era su afiliado.

Es que precisamente, antes de la ley 100 de 1993 no existía un sistema general de pensiones, sino una serie de regímenes desarticulados con múltiples entidades obligadas al cubrimiento de los riesgos que pudieran acaecer a los trabajadores privados o públicos. Por ello, esta ley buscó generar un sistema unificado que garantizara la igualdad de trato. Pero, viola los más elementales conceptos jurídicos, pretender y aceptar, como se hace en esta sentencia, que ese concepto de unidad se pretenda aplicar de manera retroactiva, como si esa idea integral de sistema que se tuvo a partir del año 1993, pudiera cubrir situaciones anteriores a ese momento, imponiendo, a quien no tenía obligaciones surgidas de la legislación anterior obligaciones a posteriori.

De manera que mal se hace en disponer en la sentencia que la Gobernación debe afiliar y pagar aportes por esa época y que Colpensiones correlativamente está obligado a aceptar la afiliación, recibir los aportes y reconocer y pagar una pensión e sobrevivientes, por el cumplimiento de las semanas exigidas en el acuerdo 049 de 1990, aunque la afiliación al sistema y el pago de los aportes resulten posteriores a la ocurrencia del riesgo –en este caso la muerte-.

Pero como si lo anterior fuera poco, el fundamento jurisprudencial de la decisión asumida por Sala mayoritaria descansa en las sentencias T-100 de 2012 y SU-769 de 2014, **sin tener en cuenta que ni por asomo pueden tenerse en cuenta como precedentes, pues los casos allí estudiados son referentes a las pensiones de vejez pero no a las de invalidez o sobrevivientes, esta última la que aquí debe definirse, que se basan en un sistema financiero diferente al de aquella.**

No se percata la Sala Mayoritaria que el artículo 20 de la ley 100 de 1993, establece con claridad la destinación que debe darse a los aportes mensuales al sistema general de pensiones, sentando que solo el 10,5% está destinado a la capitalización para el riesgo de vejez, pero el 3% restante tiene como destinación específica atender los gastos de administración y las pensiones de invalidez y sobrevivientes, de manera tal que, así se ordene el pago de los aportes con base en un cálculo actuarial, esa suma nunca sirve cubrir el pago oportuno del seguro, pues a diferencia de la contingencia de vejez, que es permanente a partir de una determinada edad, la de muerte es de carácter inmediato, automático, de manera tal que una vez ocurrida, permitir el pago de la póliza es tanto como condenar a la Administradora al pago de una prestación causada que no cuenta con la disponibilidad financiera para su cubrimiento.

Como he tenido la oportunidad de decirlo en otros salvamentos de voto, la lógica jurídico financiera de la pensión de vejez difiere de la de las de invalidez y sobrevivencia en la medida en que para el reconocimiento de estas últimas se prevén tiempos pequeños de aportes (hoy por hoy 50 semanas en los últimos 3 años mientras que antes eran solo 26 en el último año) porque lo que se pretende, no es capitalizar una suma para con ella cubrir la prestación, sino comprar un seguro para que, frente a la eventual ocurrencia del riesgo, la Aseguradora asuma su pago. De allí que, itero, ocurrido el riesgo no es el caso disponer el pago de los aportes que no se han hecho por falta de afiliación.

En síntesis, la pensión de sobrevivientes que aquí se dispuso a cargo de Colpensiones no debió ser concedida, en primer lugar porque no es posible sumar tiempos públicos y privados para conceder pensiones con base en el acuerdo 049 de 1990; en segundo lugar porque para la época en que prestó servicios en el sector público el causante no existía la obligación de afiliación al ISS ni mucho menos la obligación reciproca de este de conceder prestaciones sin afiliación a esta clase de servidores; en tercer lugar porque no se puede asegurar un riesgo después de ocurrido y en cuarto lugar porque el principio de inescindibilidad enseña que no puede pretenderse escoger lo favorable de las disposiciones y desechar lo desfavorable de las mismas en orden a otorgar beneficios, como acá resulta haciéndose.

Por las razones anteriores salvo mi voto pues considero que la sentencia de primer grado debió ser confirmada.

***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

*Magistrado*

1. Sentencia T-100/2012 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia **T-760 de 2010** [↑](#footnote-ref-2)
3. *En principio, como lo ha sostenido esta Corporación, la interpretación del artículo 230 de la Carta Política, en cuanto consagra el principio de la autonomía judicial, hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las normas que integran bloque de constitucionalidad y las previsiones del derecho ordinario, por lo que la jurisprudencia y la doctrina toman la forma de fuentes auxiliares de la interpretación de tales textos. No obstante, el contenido y alcance del principio mencionado debe comprenderse en armonía con las previsiones contenidas en la misma Carta Política, que adscriben a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial dentro de cada una de sus jurisdicciones. Por esta razón, sus precedentes adquieren fuerza vinculante. Además, como ya se indicó, el seguimiento de dichas reglas jurisprudenciales adquiere especial relevancia al momento de definir la coherencia interna del sistema de justicia, la defensa de la seguridad jurídica y la protección del derecho a la igualdad de quienes concurren a la jurisdicción con la legítima convicción que se conservará la ratio juris utilizada reiteradamente para la solución de problemas jurídicos anteriores y análogos a los que se presentan nuevamente ante el conocimiento de los jueces.” (Auto 208 de 2006)* [↑](#footnote-ref-3)