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 22 de abril de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-001-2014-00331-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandantes: Amparo de Jesús Zapata Henao

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema:

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE/ Aplicación del principio de la condición más beneficiosa/ Acreditación de la convivencia como requisito para ser beneficiaria de la prestación/ Acumulación de cotizaciones en distintos regímenes a efectos de reconocer la pensión en virtud del Acuerdo 049 de 1990/ Fecha del reconocimiento a partir de la sentencia SU-769 de 2014/ Incompatibilidad de la indexación del retroactivo pensional con los intereses moratorios

“Esta Colegiatura comparte las consideraciones de la Jueza de primer grado respecto de la viabilidad de la aplicación de principio de la condición más beneficiosa en el caso bajo estudio, pues al estar acreditado que el señor Alfonso Lotero Montoya cotizó un total de 690,29 semanas (…) de las cuales más 300 se efectuaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es evidente que dejó causado el derecho para que sus beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes en virtud del aludido principio y el Acuerdo 049 de 1990.”

“(…) se encuentra igualmente cumplido el requisito subjetivo para conceder la pensión de sobrevivientes, habida consideración que Alfonso Lotero Montoya y Amparo de Jesús Zapata Henao convivieron desde sus nupcias, contraídas el 25 de diciembre de 1976, y hasta la muerte de aquel, acontecida el 27 de octubre de 1999, esto es, por más de 20 años; por lo tanto, es claro que a la demandante le asiste derecho a percibir la pensión de sobrevivientes deprecada (…)

(…) 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 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 $13.245.262 (…)

(…) con relación a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (…) se dirá que al haberse reconocido la indexación del retroactivo adeudado no hay lugar a la condena concomitante con los intereses moratorios (…)”

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Abril 22 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 9:00 a.m. de hoy, viernes 22 de abril de 2016, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Amparo de Jesús Zapata Henao** 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 se tuvieron en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 4 de diciembre de 2014, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

De acuerdo a los argumentos del recurso de apelación y la *ratio decidendi* de la sentencia de primera instancia, le corresponde a la Sala determinar si el señor Alfonso Loreto Montoya dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes y, en caso afirmativo, si la actora acreditó la calidad de beneficiaria de la referida prestación.

1. **La demanda y su contestación**

La citada demandante solicita que se declare que es beneficiaria de los principios constitucionales de condición más beneficiosa y progresividad; que Colpensiones es responsable del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de quien fuera su cónyuge, a partir del 7 de octubre de 1999, en cuantía de un salario mínimo y un retroactivo pensional que al 30 de junio de 2014 asciende a la suma de $83.959.583,13. Asimismo, pretende que se condene a Colpensiones a cancelar la indexación de todas las sumas reconocidas, los intereses moratorios y las costas procesales.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que estuvo casada con el señor Alfonso Lotero Montoya desde el 25 de diciembre de 1976 hasta el fallecimiento de este, ocurrido el 27 de octubre de 1999; y que en vigencia del matrimonio siempre convivieron bajo el mismo techo, satisfaciendo el señor Loreto Montoya todas las necesidades del hogar.

Refiere que para el momento del óbito el causante estaba afiliado al Consorcio Prosperar, hoy Colombia Mayor, pagando sus aportes a pensión a favor del ISS desde el 1º de agosto de 1998 hasta el 30 de junio de 2001, reportando su cesación en el mes de abril del 2001; por lo que al momento de fallecer dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a su favor.

Agrega que el 23 de enero de 2013 reclamó ante Colpensiones la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada a través de la Resolución GNR 342627 del 5 de diciembre de 2013, bajo el argumento de que el causante no acreditó 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a su muerte.

Colpensiones contestó la demanda aceptando los hechos en ella contenidos, salvo aquellos que dan cuenta de la vida en común de la pareja al interior del hogar, la causación del derecho y la calidad de beneficiaria de la actora, frente a los cuales manifestó que no son ciertos o que no le constaban. Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones perentorias las que denominó “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Genéricas”

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento declaró que la señora Amparo de Jesús Zapata Henao, en calidad de cónyuge, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor Alfonso Lotero Bedoya a partir del 27 de octubre de 1999, en forma vitalicia y con dos mesadas adicionales. Asimismo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción con relación a las mesadas causadas entre el 27 de octubre de 1999 y el 23 de enero de 2010.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a Colpensiones a pagar dicho emolumento en cuantía de un salario mínimo y con un retroactivo de $37.991.343,27; más una indexación de $2.077.018. Por último absolvió del reconocimiento de intereses moratorios a la demandada, a quien condenó en costas.

Para llegar a tal determinación la A-quo consideró, en síntesis, que el causante al momento de su deceso superaba con creces la densidad de semanas exigidas en la versión original del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pues quedó demostrado que se encontraba afiliado al Consorcio Prosperar desde el 1º de agosto de 1998; pero además, en el acto administrativo que negó el derecho Colpensiones reconoció que aquel cotizó en su vida laboral un total de 690 semanas, densidad que coincide con las certificaciones de tiempos laborados en la administración postal, por lo que era dable concluir que también le era dable el reconocimiento de la pensión en virtud de la condición más beneficiosa, al tener más de 300 semanas cotizadas con anterioridad al 1º de abril de 1994.

En cuanto a la convivencia, manifestó que los testigos llamados por la actora fueron contestes en manifestar que la pareja conformada por el señor Alfonso Lotero Montoya y la promotora del litigio se mantuvo unida desde el 25 de diciembre de 1976, cuando contrajeron nupcias, y hasta la fecha del fallecimiento de aquel; y precisó que si bien aquellos deponentes no fueron precisos en cuanto a la dirección de residencia de la pareja, tal situación fue explicada por la costumbre del municipio donde residían, en el cual lo común es ubicarse por los nombres de las personas o establecimientos públicos y no por nomenclatura.

1. **Recurso de Apelación y procedencia de la consulta**

El vocero judicial de la parte demandada recurrió la decisión de primera instancia arguyendo que ninguno de los testigos escuchados en la audiencia manifestó con certeza el cumplimiento del requisito de convivencia entre la demandante y el causante, toda vez que simplemente hablaron de la convivencia, sin expresar los tiempos o términos en la que se llevó a cabo. Asimismo, señaló que hubo imprecisiones no solo en la dirección del domicilio de la pareja, sino también en el número de hijos que adujeron que tuvo la pareja, al igual que uno de los deponentes al identificar a la demandante, a quien calificó como “modista cabeza de hogar”.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la sentencia fue totalmente desfavorable para los intereses de Colpensiones, se resolverá igualmente el grado jurisdiccional de consulta.

1. **Consideraciones**
   1. **Supuestos fácticos probados**

No existe discusión alguna en el presente asunto respecto a los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Alfonso Lotero Montoya falleció el 27 de octubre de 1999 (fl. 27); *ii)* que realizó aportes pensionales a través de la entidad Adpostal entre abril de 1964 y agosto de 1977 (fls. 19 y s.s.), y cotizó al I.S.S un total de 4,29 semanas, dentro del programa de Subsidio al Aporte en Pensión ofertado por Prosperar (fl. 29 C1 y 48 C2); *iii)* que aquel y la promotora del litigio contrajeron matrimonio por el rito católico el 25 de diciembre de 1976 (fl. 30); y, *iv)* que la demandante solicitó el 23 de enero de 2013 el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, misma que fue negada a través de la Resolución GNR 342627 del 5 de diciembre de 2013 (fl. 33).

Hasta aquí debe decirse que, en principio, la norma aplicable sería la vigente para el momento del óbito del señor Alfonso Lotero Montoya, que no es otra que la Ley 100 de 1993 en su texto original, la cual exigía, entre otros, que él hubiera cotizado 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, requisito que no se cumplió, pues en ese interregno tan solo cotizó las 4,29 semanas que se encuentran válidamente reportadas en la historia laboral allegada por Colpensiones, y que fueron igualmente certificadas por el Consorcio Colombia Mayor.

Ahora, al haberse expuesto en las consideraciones de la sentencia de primer grado la posibilidad de dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, y al haberse solicitado expresamente en las pretensiones de la demanda que se declare que la demandante es beneficiaria de dicho principio constitucional, se estudiará la viabilidad del mismo.

* 1. **Del principio de la condición más beneficiosa**

Si bien se ha decantado suficientemente que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la legislación vigente al momento del fallecimiento del afiliado, esta Sala adoptó la posición según la cual, por excepción, es posible acudir a la legislación anterior con el fin de determinar la concesión o no de la gracia pensional, en aplicación del *“Principio de la condición más beneficiosa*”.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples oportunidades acogió este principio, aplicándolo en el tránsito del Acuerdo 049 de 1990 a la Ley 100 de 1993, cuando el óbito o el hecho incapacitante, según el caso, se dio en vigencia de la ley 100 original pero el causante o el trabajador afiliado no cotizó las 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la muerte o la invalidez, pero en cambio había cotizado 300 semanas en toda su vida laboral o 150 semanas en los 6 años anteriores al 1° de abril de 1994 y 150 semanas dentro de los 6 años que siguieron a esa fecha.

* 1. **Acumulación de cotizaciones en distintos regímenes a efectos de reconocer una prestación en virtud del Acuerdo 049 de 1990**

Por otra parte, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-769 de 2014, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, *–en un asunto donde se buscaba la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición-*, precisó que dicha norma no estableció que las cotizaciones debieran efectuarse exclusivamente en el I.S.S., ni fijó un modo restringido para computar las semanas, sino que exige simplemente que se hubieran hecho en la cantidad requerida, independientemente de si se efectuaron en los sectores público o privado; interpretación que resulta más favorable para los intereses del afiliado, de acuerdo con los artículos 53 de la Constitución Política y el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

Cabe decir que si bien la providencia que se acaba de citar se aborda 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 la las cotizaciones se hayan realizado exclusivamente en el I.S.S, tal como lo sostuvo esta Corporación 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.

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)”.*

* 1. **Caso concreto**

Esta Colegiatura comparte las consideraciones de la Jueza de primer grado respecto de la viabilidad de la aplicación de principio de la condición más beneficiosa en el caso bajo estudio, pues al estar acreditado que el señor Alfonso Lotero Montoya cotizó un total de 690,29 semanas *-tal como lo reconoció Colpensiones en la Resolución GNR 342627 del 5 de diciembre de 2013-*, de las cuales más 300 se efectuaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es evidente que dejó causado el derecho para que sus beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes en virtud del aludido principio y el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, respecto a la calidad de beneficiaria de la prestación, aspecto en el que fundó su alzada el recurrente, encuentra esta Colegiatura que las inconsistencias de los testigos que aquel alega son aparentes y por esa misma razón no son suficientes para dudar de la veracidad de las afirmaciones realizadas por ellos bajo la gravedad del juramento, pues si bien no precisaron fechas puntuales dentro de la convivencia de la pareja, aseguraron conocer a la señora Amparo de Jesús Zapata por más de 40 años, así como a quien fuera su cónyuge y a sus hijas, ambas mayores de edad.

Por otra parte, no puede perderse de vista que el óbito ocurrió 16 años antes de la recepción de los testimonios, razón por la cual no puede exigirse a los testigos datos exactos, toda vez que el trascurso del tiempo diluye las particularidades de las circunstancias temporales, de modo y lugar de los hechos sobre los cuales se testifica. Aunado a lo anterior, también resulta relevante en la valoración probatoria de los testimonios tener en cuenta la edad de los testigos, todos los cuales frisaban la tercera edad al momento de rendir su declaración. En efecto, se tiene que la señora María Olga Trejos Suarez nació en 1943 y a la fecha de rendir el testimonio tenía más de 70 años de edad, motivo por el cual es razonable considerar que por su avanzada edad, tal como ella misma lo afirmó *“tengo la memoria muy perdida, se lo digo con toda sinceridad…”*, aspecto que aunado a la costumbre del municipio en el residía desde hacía 45 años, no le generaba la necesidad de tener presente datos puntuales como direcciones y nomenclaturas, bastándole su ubicación por otro tipo de referencias a la hora de visitar el hogar de la demandante, lo que hacía constantemente por ser la señora Amparo de Jesús su modista, al que igualmente acudió con motivo del velorio del causante. Por otra parte, su declaración no encuentra reproche por parte de esta Corporación pues categóricamente manifestó no saber los hechos que desconocía y que fueran cuestionados por la Jueza, tales como los nombres y edades precisas de las hijas de la demandante, por lo que no hay indicios que lleven a considerar que mintió en sus afirmaciones y que pretendía favorecer a la parte activa del proceso de manera alguna.

Seguidamente, el señor Hugo de Jesús Álzate Isaza, quien nació en 1950 y conoce a la demandante hace 40 años, coincidió con la primera de las deponentes en su desconocimiento de la dirección de residencia de la pareja, pero al igual que aquella ubicó la vivienda por referencias con su propio domicilio y aclaró que en la Virginia, Risaralda, siempre que las personas preguntan por un determinado lugar, son direccionados de acuerdo a un nombre propio u otros inmuebles de conocimiento general, sin que sea reprochable el hecho de que no cite una dirección exacta cuando en su cotidianidad no se ve en la necesidad de hacerlo. Igualmente, si bien el señor Álzate Isaza calificó a la demandante como “cabeza de familia”, del análisis de la totalidad de su testimonio es posible concluir que a lo que pretendía referirse es que la señora Amparo de Jesús siempre estuvo al frente de su hogar, pero realizando labores domésticas al interior de su casa, velando por su familia, actividad que podía alternar con el desempeño de la modistería, al tener el taller de confección en su vivienda y así colaborar con algunos de sus gastos y los de su hogar.

En ese orden de ideas, se encuentra igualmente cumplido el requisito subjetivo para conceder la pensión de sobrevivientes, habida consideración que Alfonso Lotero Montoya y Amparo de Jesús Zapata Henao convivieron desde sus nupcias, contraídas el 25 de diciembre de 1976, y hasta la muerte de aquel, acontecida el 27 de octubre de 1999, esto es, por más de 20 años; por lo tanto, es claro que a la demandante le asiste derecho a percibir la pensión de sobrevivientes deprecada, en cuantía de un salario mínimo y dos mesadas adicionales por haberse causado la prestación antes del 31 de julio de 2011. No obstante, si bien su derecho se causó el 27 de octubre de 1999, se encuentran prescritas las mesadas causadas con antelación al 23 de enero de enero de 2010, al haberse presentado la reclamación el mismo mes y día del 2013.

Ahora bien, 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[[1]](#footnote-1) 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 $13.245.262, *-tal como se observa en la liquidación que se pone en conocimiento de las partes y que hará parte integral del acta que se levante con ocasión de la presente diligencia-*, sin perjuicio del retroactivo que se cause hasta que la demandante sea incluida en nómina y empiece a recibir la mesada pensional, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento del pago efectivo de la obligación.

Finalmente, con relación a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 *–pretensión que negó la jueza de primera instancia-*, se dirá que al haberse reconocido la indexación del retroactivo adeudado no hay lugar a la condena concomitante con los intereses moratorios. Ahora, si bien esta Corporación acogió el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia del 3 de septiembre de 2014, radicación 50.259, según el cual si bien no hay lugar a reconocer dichos emolumentos cuando la pensión se reconoce con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa, esa negativa no es total puesto que hay lugar a reconocerlos a partir de la ejecutoria de la sentencia que reconoce la pensión de sobrevivientes; no obstante, en virtud del principio de la *non reformatio in pejus* al conocerse el asunto en apelación por Colpensiones y en el grado jurisdiccional de consulta a su favor, no se modificará la decisión de primer grado.

Igualmente es del caso precisar que como ni el ISS ni ahora COLPENSIONES tiene en su haber el bono pensional por concepto de los tiempos servidos a ADPOSTAL, la AFP demandada, Colpensiones, podrá válidamente tramitar ante esa entidad el bono pensional que corresponda. Lo anterior por cuanto, según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que se aplica por analogía al presente caso, es procedente el cómputo del tiempo de servicios como servidor público remunerado, siempre y cuando el empleador (PAR-ADPOSTAL), 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.

Como corolario de lo hasta aquí discurrido, se adicionarála sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a 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 Alfonso Lotero Montoya prestó sus servicios personales como servidor público remunerado por ADPOSTAL, poniendo en conocimiento de la **PAR-Adpostal** la liquidación para que ésta transfiera la suma correspondiente, contando a partir de ese momento con 5 días para cancelar la pensión de sobrevivientes en el monto y términos señalados.

Igualmente, se modificarán los ordinales tercero y cuarto, en el sentido de que el retroactivo causado entre el 16 de octubre de 2014 y el 31 de marzo de 2016 asciende a $13.245.262, sin perjuicio de las mesadas que se causen hasta que la demandante sea incluida en nómina y empiece a recibir la mesada pensional, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento del pago efectivo de la obligación y que deberán pagarse, tal y como se advirtió anteriormente, una vez Colpensiones tenga en su haber el bono pensional por concepto de los tiempos servidos por el causante, Alfonso Lotero Montoya, a ADPOSTAL.

Las costas en primera instancia no variarán. En esta instancia se causan en un 100% a cargo del apelante y a favor de la demandante. Fíjense por la secretaría del juzgado de origen.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala Laboral No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO**.- **ADICIONAR** la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2014 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Amparo de Jesús Zapata Henao** encontra de **Colpensiones,** en el sentido de ordenar a esa entidad 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 **Alfonso Lotero Montoya** laboró como servidor público en ADPOSTAL; poniendo en conocimiento de la **PAR-Adpostal** la liquidación para que ésta transfiera la suma correspondiente. Una vez obtenga el bono pensional Colpensiones cuenta con 5 días para cancelar la pensión de sobrevivientes en el monto y términos señalados.

**SEGUNDO.- MODIFICAR** los ordinales tercero y cuarto de la sentencia de primer grado en el sentido de que el retroactivo causado entre el 16 de octubre de 2014 y el 31 de marzo de 2016 asciende a $13.245.262, sin perjuicio de las mesadas que se causen hasta que la demandante sea incluida en nómina y empiece a recibir la mesada pensional, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento del pago efectivo de la obligación y que deberán 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, Alfonso Lotero Montoya, a ADPOSTAL.

**TERCERO.- Confirmar** en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

**CUARTO.- Condenar** en costas a Colpensiones a favor de la demandante. Liquídense por la Secretaria del Juzgado de origen de conformidad con el artículo 366 del Nuevo Código General del Proceso.

**Notificación surtida en estrados.**

**Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ de la mañana, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los Magistrados,

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

**Salva voto**

**JOHAN JACOME OROZCO**

Secretaria Ad-Hoc

**RETROACTIVO PENSIONAL ACTUALIZADO AL 31 DE MARZO DE 2016**

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Fecha Liquida:** | 29-feb-16 | **Ipc (Vf)** | 126,15 |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |
| **IPC (Var. Año anterior)** | **Desde** | **Hasta** | **Causadas** | **Mesada anterior** | **Prescritas** | **Diferencias a cancelar** |
|  | 16-oct-14 | 31-dic-14 | 3,50 | 616.000 |  | 2.156.000 |
| 3,66 | 01-ene-15 | 31-dic-15 | 14,00 | 644.350 |  | 9.020.900 |
| 6,77 | 01-ene-16 | 31-mar-16 | 3,00 | 689.454 |  | 2.068.362 |
|  |  |  |  |  |  | **13.245.262** |

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada

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

*Pereira, veintidós [22] de abril de dos mil dieciséis [2016].*

***SALVAMENTO DE VOTO:***

Disiento totalmente de la decisión de confirmar la condena impuesta a Colpensiones referente al reconocimiento de pensión de sobrevivientes a favor de la actora. Las razones de mi disentimiento son las siguientes:

Asegura la decisión mayoritaria que comparte el criterio de la juez de primera instancia para otorgar la pensión de sobrevivientes con base en la condición más beneficiosa, que 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 cuenta con más de 300 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, suficientes según el Acuerdo 049 de 1990, para otorgar el derecho.

Para conformar las 300 semanas a que se hace referencia, explica la mayoría que 4,29 de ellas fueron cotizadas al ISS (en el mes de agosto 1998), mientras el tiempo restante se obtiene de las vinculaciones laborales que tuvo el señor ALFONSO LOTERO MONTOYA con la entidad pública ADPOSTAL entre el 1º abril de 1964 y 28 de febrero de 1969, y entre el 11 de marzo de 1969 y el 12 de agosto de 1977. Esto es, que en el ISS solo aportó esas 4,29 semanas y el tiempo restante corresponde al sector público, pero con apoyo en la SU-769 de 2014, que permitió esa suma de tiempos para conceder, por régimen de transición, **pensión de vejez** con base en el acuerdo 049 de 1990, consideran que esa sentencia sirve de precedente para el presente caso.

Al respecto basta notar que en los años 1964 a 1977 –cuando fueron prestados los servicios públicos a favor de Adpostal- 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 ADPOSTAL 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 los beneficiarios 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 precisamente por ello, se violan los más elementales conceptos jurídicos, al 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 sin haber recibido aportes suficientes para cubrir el riesgo, Colpensiones deba reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes, por el cumplimiento de las semanas exigidas en el acuerdo 049 de 1990. Máxime cuando en vigencia de esa normativa el causante no hizo ninguna cotización a esa entidad.

Pero como si lo anterior fuera poco, el fundamento jurisprudencial de la decisión asumida por Sala mayoritaria descansa en la sentencia SU-769 de 2014, **sin tener en cuenta que ni por asomo puede aceptarse como precedente, 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.**

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 manera que al no haber recibido la entidad los aportes en la oportunidad prevista en la ley no existe manera que la prestación que aquí se dispone esté financiada, lo cual viola la sostenibilidad financiera del sistema prevista en el artículo 48 de la Constitución.

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 el causante prestó servicios en el sector público 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 y en tercer 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 revocada para en su lugar absolver a Colpensiones de todas las pretensiones.

***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

*Magistrado*

1. 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-1)