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 el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 23 de febrero de 2017.

**Proceso**: Ordinario Laboral – Confirma sentencia que negó la pensión de sobrevivientes y ordenó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva

**Radicación No**:66001-31-05-001-2014-00418-01

**Demandante**: Elizabeth Castro Hernández y otros

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. CONDICIONES.** Pues bien, dígase que esta Sala ha estado de acuerdo con que, bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos, se deje de aplicar la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado –que es la que por regla general rige el surgimiento de la pensión de sobrevivientes- y se acuda a una norma anterior para estudiar el tema. Puntualmente, se ha permitido esta Sala estudiar el asunto en aplicación de la Ley 100 en su redacción original o bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990. En cualquier caso, el acudir a ese principio encuentra como puerta de entrada, que el afiliado haya alcanzado, en vigencia de la norma cuya aplicación se invoca, a cumplir con los presupuestos de cotizaciones exigidos allí, pues en esos eventos, se entiende que se está amparo una expectativa legitima y razonable, que no puede ser afectada por el simple cambio legislativo.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintitrés (23) días del mes de febrero de dos mil diecisiete (2017), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistrada y el suscrito magistrado de la Sala de Decisión Laboral No. 03 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación propuesto por la demandante frente a la sentencia proferida el 09 de marzo de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por ***Elizabeth Castro Hernández*** en su propio nombre y en representación de sus hijos menores **Kevin y Brahian Valencia Castro**contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones******Colpensiones****.*

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES***

***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, a modo de introducción se tiene que la actora en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, solicita que se les tenga como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor José Derley Valencia Aros y, en consecuencia, se les reconozca y pague la prestación con su correspondiente retroactivo desde el 25 de marzo de 2013 y los intereses de mora de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993. En subsidio de lo anterior, pide que se les reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la aludida prestación.

Para así pedir, relata que el señor Valencia Aros falleció el 25 de marzo de 2013, que estaba afiliado al régimen de pensiones administrado por el ISS y por Colpensiones desde el 19 de enero de 1993, que convivía en unión marital de hecho desde el año 1999 y hasta el momento de su deceso, que de dicha unión se procrearon dos menores que en la actualidad cuenta con 13 y 7 años de edad, que el fallecido alcanzó a cotizarle al sistema un total de 540 semanas, que solicitó el reconocimiento de su pensión a Colpensiones, la cual fue negada.

Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la sociedad demandada, la cual allegó respuesta por intermedio de apoderado judicial, que aceptó la fecha del deceso del señor Valencia Aros, la calidad de hijos de los demandantes, la reclamación pensional y la negativa de la misma. Frente a los restantes indica que no le constan. Se opone a todas las pretensiones de la demanda. Propone como excepciones de fondo los de “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

Evacuadas las etapas procesales correspondientes, el a quo dictó sentencia negando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deprecada, pero accedió al pedido subsidiario del reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

Para arribar a tal conclusión, el fallador de primer grado abordó el análisis de la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado, encontrando que era la Ley 797 de 2003, normatividad que exigía el tener 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al insuceso, lo que no se cumple, pues en este interregno el señor José Derley solamente cotizó 4,85 semanas. En cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, y puntualmente la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, encuentra que la misma no es posible, porque ella exige haber cumplido todas las semanas allí exigidas en vigencia de la norma, lo que no ocurre. Accede a los pedidos subsidiarios, respecto al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, pues se tiene certeza mediante la prueba documental y testimonial, la calidad de beneficiarios que ostentan los demandantes.

***III. APELACIÓN.***

La apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia sintetizada, al entender que la misma desconoce el principio de favorabilidad, contenido en varios instrumentos internacionales y en la Carta Política, pues desconoce que el demandante cotizó más de 540 semanas.

Teniendo en cuenta la carga que se impuso a Colpensiones, se dispuso igualmente el grado jurisdiccional de consulta.

***Del problema jurídico.***

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

*¿Es posible que, por aplicación del principio de la condición más beneficiosa, el causante José Derley Valencia Aros haya dejado a sus beneficiarios el derecho pensional por sobrevivientes?*

*¿Se cumplen las condiciones para conceder a los demandantes la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, dé respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar la consulta, 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***

Fuera de discusión en este asunto se encuentra, que el señor José Derley Valencia Aros en los tres años anteriores a su deceso apenas aportó 4,85 semanas; que inició sus cotizaciones en el sistema de pensiones en el año 1993 y que en toda su vida acumuló un total de 540,58 semanas cotizadas.

El asunto que debe dilucidar esta Sala es si, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, es posible verificar el cumplimiento de los requisitos para dejar causada la prestación de sobrevivientes, con apoyo en el Acuerdo 049 de 1990.

Pues bien, dígase que esta Sala ha estado de acuerdo con que, bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos, se deje de aplicar la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado –que es la que por regla general rige el surgimiento de la pensión de sobrevivientes- y se acuda a una norma anterior para estudiar el tema. Puntualmente, se ha permitido esta Sala estudiar el asunto en aplicación de la Ley 100 en su redacción original o bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990. En cualquier caso, el acudir a ese principio encuentra como puerta de entrada, que el afiliado haya alcanzado, en vigencia de la norma cuya aplicación se invoca, a cumplir con los presupuestos de cotizaciones exigidos allí, pues en esos eventos, se entiende que se está amparo una expectativa legitima y razonable, que no puede ser afectada por el simple cambio legislativo. Vale la pena, para mayor claridad, citar una de las decisiones que sobre el tema ha efectuado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo tenor literal es:

“*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. Rad. 38674).

Como se extracta del mismo aparte jurisprudencial, para que se dé vía libre a la aplicación del aludido principio, es necesario e indispensable que el afiliado tenga una expectativa legítima o un derecho en curso de adquisición, para el cual haya logrado completar el número de semanas exigido por la norma anterior, bajo la vigencia de la misma. De lo contrario, se estará ante una mera expectativa que no tiene protección y que queda sujeta al libre cambio legislativo.

Pues bien, en el caso puntual debe decirse que no puede darse aplicación al principio de la condición más beneficiosa pues al revisar el historial de cotizaciones realizadas por el fallecido –fls. 106 y ss.- se observa que en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, norma de la cual sus beneficiarios imploran aplicación, apenas alcanzó a cotizar 62,42 semanas, es decir, tal cifra resulta insuficiente para entender causada la prestación pensional, lo que lleva a colegir que el afiliado apenas tenía una mera expectativa, la cual sucumbió ante el cambio legislativo. Vale recordar que las 300 semanas que exigía el Acuerdo 049 de 1990 para que naciera el derecho a la pensión de sobrevivientes, necesariamente debían haber sido cotizadas en la vigencia de esa normatividad, como lo ha dicho reiterada y pacíficamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (ver entre otras SL14091-2016 del 07 de septiembre de 2016).

Así las cosas, ninguna duda queda para la Sala que en el caso puntual no resulta posible dar aplicación, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, al Acuerdo 049 de 1990 para estudiar la pensión de sobrevivientes acá deprecada, por lo que la decisión del a-quo es acertada.

En lo que tiene que ver con la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, consagrada en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, la cual fue concedida por el a-quo, es necesario verificar si al tenor del artículo 46 ibídem, se cumplen las condiciones para tener a los demandantes como beneficiarios de la misma.

Pues bien, respecto de los menores Brahian y Kevin Valencia Castro, no queda duda de tal calidad, en virtud de ser hijos del fallecido, calidad que se acredita contundentemente con sus registros civiles de nacimiento –fls. 24 y 25-.

Frente a la señora Castro Hernández, se tiene que se alega en la demanda que fue compañera permanente del occiso desde el año 1999 y hasta el momento de su deceso, versión que, dígase de una vez, se acreditó fehacientemente conforme a los testigos –Melida Valencia y María Dignery Hernández Gallego- escuchados en la audiencia de trámite y juzgamiento, que dan cuenta de la convivencia constante e ininterrumpida de la pareja, versiones estas que son creíbles y avalan los dichos de la demanda.

Por tal razón, se observa que los demandantes sí ostentan la calidad de beneficiarios de la prestación otorgada por el sistema de seguridad social en pensiones, que en este caso es la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, ante el incumplimiento de los presupuestos para acceder a la pensión.

Por ello, se observa total acierto en la determinación de primera instancia, debiendo confirmarse la misma.

Costas en esta instancia no se causaron, por conocerse en grado jurisdiccional de consulta.

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 09 de marzo de 2016, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia
2. Sin costas en esta instancia

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

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÙLVEDA**

Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario