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 2 de marzo de 2017.

**Proceso**: Ordinario Laboral – Modifica sentencia que accedió a las pretensiones

**Radicación No**:66001-31-05-003-2015-00483-01

**Demandante**: María Vidalba Leiva de García

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. L. 100 DE 1993. CALIDAD DE COTIZANTE ACTIVO.** Como se observa de la cita, la condición de cotizante activo no se pierde por el no pago de aportes al sistema pensional, sino que se deja de tener esa condición, cuando cesa el vínculo laboral o la cotización independiente, debiéndose entender que, solamente en ese momento, la persona ha dejado de cotizar. Este entendimiento obedece, esencialmente, a que las cotizaciones en el sistema pensional se generan por el servicio personal prestado por el trabajador, indistintamente de si el empleador cumple con su condición de pagar esa cotización o no. Por tal motivo, mientras exista vínculo laboral y prestación personal del servicio por parte del afiliado, se deberá entender que –efectivamente- la persona continua siendo cotizante activa del sistema pensional. No obstante y como se hizo la salvedad, en caso del finiquito de la relación laboral, necesariamente la condición del afiliado cambia de cotizante activo a persona que ha dejado de cotizar, en los términos establecidos en la norma citada. **NO REFORMATIO IN PEJUS. LÍMITE PLANTEADO EN LA DEMANDA.** No obstante lo anterior y atendiendo que en la demanda se enarboló como fundamento el principio de la condición más beneficiosa, esta Sala está autorizada para analizar el caso bajo esa óptica, sin trasgredir el principio de la no reformatio in pejus del beneficiario de la consulta, máxime cuando está de por medio el derecho pensional de la actora.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los dos (02) días del mes de marzo de dos mil diecisiete (2017), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas 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 frente a la sentencia proferida el 24 de febrero de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por ***María Vidalba Leiva de García*** 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 pretende que se declare que el señor José Ramiro García Villegas dejo causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, que se declare a la demandante como beneficiaria de la misma a partir del 08 de septiembre de 1996 y, en consecuencia, pide que se le condene a Colpensiones a pagar la aludida prestación desde la data señalada, más los réditos moratorios y las costas del proceso.

Para así pedir, señala que el señor Garcìa Villegas falleció el 08 de septiembre de 1996, que el deceso fue de origen común, que se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS que contrajo matrimonio con la demandante el 11 de abril de 1970, que de dicha unión se procrearon 4 hijos todos mayores de edad, que al momento del fallecimiento el señor José Ramiro García Villegas hacia vida marital con la demandante, que con posterioridad al fallecimiento la actora presentó reclamación de pensión de sobrevivientes, que la misma fue negada mediante Resolución No. 004876 de 1997 bajo el argumento de que el causante no cumplía con los requisitos fijados en la Ley 100 de 1993 y que al 1º de abril de 1994 había cotizado más de 300 semanas.

Admitida la demanda, se dio traslado a la sociedad demandada, la cual arrimó respuesta por medio de procurador judicial quien se manifestó respecto a los hechos, aceptando la fecha del deceso del afiliado, la calidad de afiliado que este tenía, el matrimonio que celebró la pareja, la reclamación pensional y la respuesta negativa de la entidad. Frente a los restantes manifiesta que no le constan. Se opone a las pretensiones de la demanda y formula como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de la obligación demandada”, “Improcedencia de los intereses de mora en aplicación de la condición más beneficiosa”, “Exoneración de condena en costas por buena fe” y “Prescripción”.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

Evacuadas las etapas procesales correspondientes, la a quo dictó sentencia reconociendo la pensión de sobrevivientes, pues encontró que el causante al momento de su deceso cumplía con la condición de ser cotizante activo en el sistema pensional al no figurar la novedad de retiro, razón por la cual causaba su derecho pensional únicamente cotizando 26 semanas en cualquier tiempo, lapso debidamente superado, razón por la cual, el señor García Villegas dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes para sus causahabientes, conforme los postulados de la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

En cuanto a la calidad de beneficiaria de la demandante, la encuentra cumplida debidamente conforme a la prueba documental obrante en el infolio, puntualmente el registro civil de matrimonio sin nota marginal alguna, que acredita que la pareja estaba atada por vínculo matrimonial desde 1970, información que es ratificada por los testimonios recibidos, que acreditan la convivencia permanente que se extendió hasta el accidente fatal padecido por el causante.

Por tal motivo, impuso a Colpensiones el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes con el respectivo retroactivo desde el 09 de julio de 2012, puesto que las mesadas anteriores a esta fecha se encuentran prescritas. Frente a los réditos moratorios señala que los mismos correrán desde la ejecutoria de la sentencia y hasta que se cumpla la obligación impuesta en esta decisión.

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:

*¿Tenía el señor José Ramiro García Villegas la calidad de cotizante activo al momento de su deceso?*

*¿Acredito la demandante su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de García Villegas?*

***Alegatos en esta instancia***:

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

Para resolver el primero de los dilemas planteados, es necesario iniciar por precisar que la pensión de sobrevivientes se rige, por regla general, por la norma vigente al momento del deceso. Como en el caso puntual el deceso del señor García Villegas el deceso ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, se deberá verificar si bajos los postulados de esa norma se cumplen los supuestos exigidos en el artículo 46. La aludida norma rezaba:

*“Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

*…*

*2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*

*a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y*

*b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”.*

La aludida norma, para el caso del deceso de un afiliado, establece dos situaciones puntuales, que parten de la calidad de activo o cesante que tuviere aquel al fallecer. Si el de cujus se encontraba cotizando, dejará causada la pensión de sobrevivientes alcanzado un total de 26 semanas en cualquier tiempo si, por el contrario había dejado de cotizar, ese período deberá alcanzarse en el año inmediatamente anterior a la muerte.

De esta norma surge la necesidad de determinar en qué casos se debe considerar que un afiliado está activo y en qué otros no, asunto que ya fue abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con el siguiente tenor:

*“Si bien la Sala tiene por tesis que “… sólo puede estimarse que el afiliado a la seguridad social deja de ser cotizante en el evento de su desvinculación o retiro” - sentencia de 3 de agosto de 2005, rad. N° 24250, es oportuno precisarla en el sentido de que si bien la finalización del vínculo laboral puede acarrear el pasar el afiliado al grupo de trabajadores que “no se encuentran cotizando”, ello no ocurre sincrónicamente pues como fenómeno diferente que es la seguridad social, el periodo se rige por las normas propias, que empieza desde el día de inicio de la vinculación laboral, y termina cuando se completa el ciclo natural de la cotización, el de su causación y pago, restringido éste al lapso en que éste se pueda efectuar oportunamente, dentro del plazo previsto por las normas que regulan el recaudo de los aportes”.*

*“De esta manera, en el caso del trabajador dependiente afiliado al Sistema, en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, pero su terminación no conlleva la posible pérdida de la condición de cotizante de manera simultánea; por virtud de la prestación efectiva del servicio y por el tiempo en que esto ocurra, se causan cotizaciones, y se adquiere la categoría de cotizante”.*

*“Naturalmente se pierde la condición de cotizante con la terminación del ciclo de cotización interdependiente con aquel en el que se da la terminación el vínculo laboral, a menos que de forma inmediata se establezca uno nuevo, en virtud del cual se hagan cotizaciones, o el trabajador continúe cotizando como independiente, caso en el cual el mes en el que se efectúan las cotizaciones es el que determina la condición de cotizante”.*  (Sentencia del 30 de septiembre de 2008, rad. 33476).

Como se observa de la cita, la condición de cotizante activo no se pierde por el no pago de aportes al sistema pensional, sino que se deja de tener esa condición, cuando cesa el vínculo laboral o la cotización independiente, debiéndose entender que, solamente en ese momento, la persona ha dejado de cotizar. Este entendimiento obedece, esencialmente, a que las cotizaciones en el sistema pensional se generan por el servicio personal prestado por el trabajador, indistintamente de si el empleador cumple con su condición de pagar esa cotización o no. Por tal motivo, mientras exista vínculo laboral y prestación personal del servicio por parte del afiliado, se deberá entender que –efectivamente- la persona continua siendo cotizante activa del sistema pensional.

No obstante y como se hizo la salvedad, en caso del finiquito de la relación laboral, necesariamente la condición del afiliado cambia de cotizante activo a persona que ha dejado de cotizar, en los términos establecidos en la norma citada.

En el caso de marras, se observa que el señor José Ramiro García Villegas al momento de su fallecimiento, no se encontraba como cotizante activo en el sistema, pues de conformidad con la información obrante en el infolio, puntualmente el documento visible a folio 57 que forma parte del expediente administrativo del actor , su último ciclo efectivamente cotizado correspondió al de marzo de 1995 y en el período de mayo de ese mismo año, se informó la novedad de retiro, por lo que es dable entender, al tenor de lo discurrido párrafos atrás, que el señor García Villegas al momento del evento en el que falleció -8 de septiembre de 1996- había dejado de cotizar al sistema, por lo que, para poder dejar causada la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, debía contar con 26 semanas en el año inmediatamente anterior, lapso en el cual, según los varios documentos e historias que obran en el plenario, contaba con 0 semanas cotizadas.

Por tal motivo, encuentra la Sala que existe una equivocación en la decisión de la a-quo, pues es claro que en realidad de verdad el de cujus no logró dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior y atendiendo que en la demanda se enarboló como fundamento el principio de la condición más beneficiosa, esta Sala está autorizada para analizar el caso bajo esa óptica, sin trasgredir el principio de la *no reformatio in pejus* del beneficiario de la consulta, máxime cuando está de por medio el derecho pensional de la actora*.*

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, en virtud del principio de la condición más beneficiosa. 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 amparando 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).

En el caso puntual, se tiene que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994- el señor García Villegas contaba con 535,49 semanas cotizadas, por lo que es claro que se cumplen las condiciones para, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, acudir al Acuerdo 049 de 1990 y entender que, bajo los supuestos normativos allí exigidos, el causante dejó causado el derecho pensional pretendido.

Verificado ese primer punto, estima la Sala necesario entrar a estudiar el segundo de los problemas jurídicos fijados, esto es, la calidad de beneficiaria de la demandante frente a la pensión perseguida. Para ello ha de decirse que tal calidad ha sido reconocida por el ISS –actualmente Colpensiones- al momento de reconocerle la indemnización sustitutiva –fl. 62- y la misma se acreditó en debida forma en el curso de este proceso, mediante la prueba testimonial practicada, esto es, los testimonios de William Henao Giraldo y Jairo García Restrepo, quienes dan cuenta de manera creíble que la pareja hizo vida en común por largo tiempo y, especialmente, que esa convivencia se mantuvo de manera ininterrumpida en los últimos dos años de vida del de cujus, razón por la cual se encuentra satisfecha la exigencia legal contenida en el canon 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

Por ello, no queda duda alguna de que la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de su esposo el 08 de septiembre de 1996, prestación que ante los efectos de la prescripción, deberá empezar a pagarse, tal como lo dedujo la Jueza a-quo, a partir del 09 de julio de 2012 y la cual se concreta en los siguientes términos, dejándose anotado que la pensión equivale al salario mínimo, como se encontró en la liquidación realizada por la Sala. El retroactivo corresponde a los siguientes valores:



Las condenas por concepto de intereses moratorios y costas procesales impuestas en primer grado, se observan ajustadas a derecho, por lo que se mantendrán, actualizándose el valor del retroactivo a la fecha de esta sentencia.

Así las cosas, esta Sala confirmará la concesión de la pensión de sobrevivientes, pero en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.

Sin costas en esta sede por conocerse en 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. **Confirmar** la sentencia proferida el 24 de febrero de 2016, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, pero modificándola en el sentido de que la concesión se hace en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y actualizando la condena por concepto de retroactivo impuesta en el ordinal cuarto, debido a la fecha de esta sentencia, el cual equivale a $40.839.581.
2. **Sin costas en esta sede.**

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

**ANEXO**



