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 30 de marzo de 2017

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

**Radicación No**: 66001-31-05-002-2014-00522-01

**Demandante:** Gloria Inés Ocampo Palau

**Interviniente**: Claudia Quintero Ocampo

**ad- excludemdum**

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.** Con todo el material jurisprudencial citado de que se ha hecho mérito, es menester recordar que más allá de acudir al concepto que en sí mismo encierra el principio de la condición más beneficiosa, a propósito de los cambios legislativos entorno a las pensiones de invalidez y sobrevivencia, a lo que realmente se acude es al principio de favorabilidad, en los términos como lo entiende la Corte Constitucional, proporcionalidad, equidad, igualdad, buena fe y confianza legítima, por cuanto en una sana lógica, no tendría explicación que quien apenas haya efectuado aportes por 26 o 50 semanas, cual ocurre en el ámbito de aplicación de las leyes 100 y 797 o 860, respectivamente, se causaría el derecho a sus beneficiarios, en cambio, quienes por no haber colmado ese mínimo de cotizaciones, pero sí más de 150 o 300 con anterioridad a la Ley 100, quedarían por fuera de la protección legal.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los treinta (30) días del mes de marzo de dos mil diecisiete (2017), siendo las ocho y quince minutos de la mañana (8:15 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistrada y el suscrito magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por el vocero judicial de la demandante y de la interviniente ad-excludendum, así como el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 15 de abril de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora *Gloria Inés Ocampo Palau,* quien actúa en nombre propio y de su hija inválida *Claudia Quintero Ocampo* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

*I. 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, dígase que la parte actora y la tercera interviniente pretenden que se declare que les asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes a partir del 9 de octubre de 2012, con ocasión al fallecimiento del señor Francisco Javier Quintero González, junto con los intereses de mora, la indexación de las mesadas dejadas de percibir y las costas del proceso.

Sustentan sus pretensiones en que el señor Francisco Javier Quintero González estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones administrado actualmente por Colpensiones; que él y la demandante contrajeron matrimonio el 4 de junio de 1977 en el Municipio de Santa Rosa de Cabal, manteniendo una convivencia ininterrumpida hasta la fecha del deceso de aquel, esto es, el 4 de junio de 1977; que procrearon tres hijos, de los cuales, uno de ellos, Claudia Quintero Ocampo, presenta una pérdida de capacidad superior al 50%; y que ambas, tanto la cónyuge demandante como su hija discapacitada dependían económicamente del causante. Indican que el afiliado sufragó un total de 663 semanas en toda su vida laboral, de las que 300 fueron con antelación al 1º de abril de 1994; que presentaron solicitud pensional ante la entidad demandada el día 23 de octubre de 2013, la cual fue resuelta negativamente mediante Resolución GNR 54979 de 2014; que contra dicho acto administrativo se interpuso el recurso de reposición, empero, fue resuelto confirmando la decisión anterior a través de la Resolución GNR 263385 de 2014. Por último, se indica que la demandante solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión, sin que la entidad haya dado respuesta a la presentación de esta acción judicial.

Admitida la demanda principal y la de la tercera interviniente, se dio traslado a Colpensiones, quien por medio de procuradora judicial se opuso a la totalidad de las pretensiones y en su defensa, formuló como excepciones de mérito las de “Inexistencia del derecho”, “Cobro de lo no debido”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”, “Prescripción” y “Compensación”.

 *II. SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia, declarando que la señora Gloria Inés Ocampo Palau y Claudia Quintero Ocampo, en calidad de cónyuge e hija invalida del afiliado Francisco Javier Quintero González, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. En consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la prestación pensional a favor de ambas beneficiarias, en un 50 % a cada una, a partir del 9 de octubre de 2012, en cuantía equivalente a 1 SMLMV y por trece mesadas anuales. Igualmente, condenó a la entidad demandada a pagar a título de retroactivo pensional causado hasta el 31 de marzo de 2016, la suma de $28`232.041, facultándola para descontar de dicho rubro el valor de la indemnización sustitutiva reconocida, en caso en haber sido cobrada por su beneficiaria.

Para así decidir, se apoyó en pronunciamientos de esta Sala sobre el asunto y, al encontrar que el afiliado había cotizado más de 300 semanas con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que se acreditó con suficiencia la calidad de beneficiaria de la pensión tanto de la cónyuge supérstite como de la hija inválida del causante, estimó que estaban dados los presupuestos para imponer a Colpensiones el reconocimiento y pago de la prestación desde el momento mismo del fallecimiento del aquel. Negó el pago de los réditos moratorios, considerando que el reconocimiento de la pensión se da por criterios jurisprudenciales y no normativos.

*III. APELACIÓN*

El vocero judicial de la parte demandante se alzó contra la decisión en orden a que se acceda al reconocimiento y pago de los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100/93, dada la tardanza en el pago de las mesadas pensionales.

Igualmente, de conformidad con lo indicado en el artículo 69 del Estatuto Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, se dispuso la consulta de la decisión por ser desfavorable a la entidad demandada.

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte recurrente (art. 66 A CPLSS.). Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

*V. CONSIDERACIONES*

*Del problema jurídico.*

En orden a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, esta Sala se plantea los siguientes interrogantes jurídicos:

*¿Dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes el señor Francisco Javier Quintero González?*

*¿Acreditaron las demandantes Gloria Inés Ocampo Palau y Claudia Quintero Ocampo, los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes perseguida?*

*¿Hay lugar al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93?*

*Desenvolvimiento de la problemática planteada*

Frente al primer interrogante, dígase que la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado. En el caso concreto, el señor Francisco Javier Quintero González falleció el 9 de octubre de 2012, momento para el cual se encontraba vigente la Ley 797 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993, indicando en su artículo 46 que se causa la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del afiliado fallecido, cuando éste hubiere cotizado al menos 50 semanas en los tres años que anteceden a su deceso. Dicha condición no se satisfizo en el caso del asegurado fallecido, pues en este interregno no se efectuó cotización alguna (ver fl.82 a 85).

 Bajo esas circunstancias, dado que el asegurado al 1º de abril de 1994, había aglutinado más de 300 semanas sufragadas al sistema pensional, las que en vigencia del acuerdo 049 de 1990, hubieran sido suficientes para que sus causahabientes alcanzaran el derecho a la pensión de sobrevivientes, es preciso el análisis en torno a si en favor de las pretensiones de las demandantes juega el principio de la condición más beneficiosa.

En ese orden, las altas Cortes han dimensionado la densidad de aportes exigidas en rigor de una norma anterior al del suceso de la muerte, en aras de atender el principio de la condición más beneficiosa, fundada justamente en la expectativa legítima que la situación le envuelve a su titular, en instantes en que en palabras del órgano de cierre de la especialidad laboral, sus sentencias: 22 de octubre de 2013, 8 de mayo y 25 de julio de 2012, radicaciones: 39229, 35319 y 38674, entre otras.

“*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 atrás reseñada).

Tal manera de razonar, para justificar la condición más beneficiosa entre la ley 100 de 1993 y el acuerdo 049 de 1990, posee para la Corte Suprema de Justicia, otros ingredientes jurídicos, tomados tanto del derecho internacional como interno, al traer a cuento el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT, el Convenio 128 de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, que dispone:

“*ART. 30.—La legislación nacional deberá, bajo condiciones prescritas, prever la conservación de los derechos en curso de adquisición respecto de las prestaciones contributivas de invalidez, vejez y sobrevivientes*”.

Al efecto, la alta Corporación hace notar que “*este convenio confiere un valor relevante a la preservación de “los derechos en curso de adquisición”, destacando con ello la obligación estatal de respetar aquellos requisitos que ya han sido consolidados por una persona, con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición*” (ob. cit.).

Por otra parte, también a manera ilustrativa, cita el Convenio 157 de la OIT, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social (1982), que versa sobre los llamados “derechos en curso de adquisición, en materia de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes”.

Así mismo, trae a cuento el artículo 2 de la declaración universal de los derechos humanos, y los convenios 100 y 101 sobre factores ilegítimos de discriminación, y remata con la legislación interna, artículo 13 superior, y 272 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al primero, predica:

 “*bajo la órbita del artículo 13 superior, imponer unas condiciones más exigentes a quien ha consolidado de hecho, bajo una determinada normativa, una “situación” de semanas cotizadas, que le confieren fundamento para reclamar ulteriormente una pensión de invalidez, o a sus sucesores una de sobrevivientes, constituye una forma de discriminación. Es decir, en este caso se está imponiendo un trato diferente, más gravoso, con un motivo no relevante, como lo es el hecho de que, no obstante su situación consolidada, deba acreditar adicionalmente mayores requisitos, en ausencia de los cuales no puede ser beneficiario de la respectiva pensión. Con otras apalabras, se estaría contraviniendo lo proclamado por el artículo 53 superior, que ordena reconocer “la situación más favorable” …”.*

Al paso que el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, establece que “*los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia*”. Y con ello pregona el órgano de cierre de la especialidad laboral, “*la propia Carta Fundamental extiende a la seguridad social, sin ninguna duda, los principios que, en su origen, son propios del derecho laboral*”.

En lo que toca al principio de la sostenibilidad financiera del sistema de la seguridad social, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2005, señala la ameritada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

*“la aplicación jurisprudencial del principio de la condición más beneficiosa no atenta contra la regla de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, no solo porque esta regla obliga específicamente al legislativo a partir de la fecha señalada, sino, sobre todo, porque la aplicación del principio señalado opera sobre unas personas que han reunido las exigencias fácticas que, bajo una normativa determinada, aseguraban a ellas o a sus sucesores la obtención de un derecho. Y al reunir esas exigencias fácticas, traducidas en una determinada densidad de cotizaciones, esas personas han igualmente satisfecho las exigencias de tipo financiero demandadas por el sistema, según la normativa para ese momento. O sea, para el sistema vigente en ese momento, sus pensiones estaban financiadas al cumplir el tiempo exigido de cotización…el hecho de que una persona haya cumplido con los requerimientos de cotización impuestos bajo una determinada normativa, garantiza que la pensión para la cual ha cotizado está garantizada por el propio estado, con lo cual se cumple otro elemento normativo adicionado al artículo 48 de la Constitución por el Acto Legislativo 01 de 2005”.*

En estos puntuales aspectos, es preciso indicar en respaldo de la tesis favorable a la condición más beneficiosa, en materia de pensión de sobrevivencia o invalidez, gracias al salto de las Leyes 797 u 860 de 2003 al Acuerdo 049 de 1990, que la misma se ve robustecida, primero, por cuanto si se sustentan en la expectativa legítima, ésta no admite límite en el tiempo, además, recientemente la Corte Constitucional (sentencia T SU-442) dijo:

“*en virtud de la condición más beneficiosa, las expectativas legítimamente contraídas antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 constituyen barreras, que limitan la competencia del legislador para agravar los requisitos ya cumplidos mediante reformas desprovistas de regímenes de transición. Este límite, de raigambre constitucional, es entonces oponible a la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, en su versión original, e incluso por la Ley 860 de 2003*”.

En segundo lugar, resulta significativo el planteamiento del alto Tribunal Constitucional, en orden a que no sea estrictamente necesaria, en ejercicio de la condición más beneficiosa, la aplicación de la norma sucesivamente anterior, sobre el fundamento de que este principio se basa en la certeza y no en la duda.

Así lo expuso en sentencia de Tutela SU-442 de 2016 (18 de agosto), tras exponer que como órgano de cierre en materia constitucional tiene competencia para unificar la interpretación correspondiente (CP. 241), prosigue que a diferencia de los principios de favorabilidad e indubio pro operario, “*la condición más beneficiosa se desarrolla sobre la base de la certeza, pues el operador jurídico sabe cuál es la norma vigente y cuál, por ende, debería aplicar. Lo que sucede es que, al comprobar que dicha actuación tendría unos efectos desproporcionadamente injustos en un caso particular, acude a una excepción resolviendo la situación con una norma derogada*”.

Finalmente remata, en torno a la carga argumentativa del juez, que el asunto: “*versa sobre un derecho fundamental, como es el relativo al derecho a la seguridad social. Existe en este aspecto una prohibición de regresividad que incrementa la carga de argumentación judicial para retroceder en el alcance de protección alcanzado… Esta prohibición ata a todas las autoridades, incluidas las judiciales. Por lo que para apartarse de la jurisprudencia en sentido restrictivo es preciso demostrar que hay argumentos poderosos para no incurrir en la prohibición de regresividad en los derechos sociales. Pues bien, la Corte considera que no se han aportado razones de esa naturaleza para cambiar la jurisprudencia constitucional vigente sobre la materia, o para apartarse de ella*”.

Con todo el material jurisprudencial al que se ha hecho mérito, es menester recordar que más allá de acudir al concepto que en sí mismo encierra el principio de la condición más beneficiosa, a propósito de los cambios legislativos entorno a las pensiones de invalidez y sobrevivencia, a lo que realmente se acude es al principio de favorabilidad, en los términos como lo entiende la Corte Constitucional, proporcionalidad, equidad, igualdad, buena fe y confianza legítima, por cuanto en una sana lógica, no tendría explicación que quien apenas haya efectuado aportes por 26 o 50 semanas, cual ocurre en el ámbito de aplicación de las leyes 100 y 797 o 860, respectivamente, se causaría el derecho a sus beneficiarios, en cambio, quienes por no haber colmado ese mínimo de cotizaciones, pero sí más de 150 o 300 con anterioridad a la Ley 100, quedarían por fuera de la protección legal.

Así las cosas y como en este caso el señor Francisco Javier Quintero González antes del 1º de abril de 1994 cotizó un total de 355.14 semanas al sistema de pensiones, es evidente que en aplicación del aludido principio, debe entenderse que se dejó causado el derecho pensional, conforme a las pautas del Acuerdo 049 de 1990, que en su canon 6º, en concordancia con el 25, establece que deben ser 300 semanas en cualquier tiempo, densidad ampliamente superada.

Superado ese primer escollo, se adentrara la Sala en determinar si la demandante y la hija del causante ostentan la condición de beneficiarias de la pensional de sobrevivientes, en los términos del literal a) y c) del artículo 13 de la Ley 797/03.

Tal norma, establece que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o el compañero permanente o supérstite, quien deberá acreditar que hizo vida marital con el causante, por lo menos en los cinco (5) años que antecedieron a su deceso. Y*,* los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo [38](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#38) de la Ley 100 de 1993”

Para el efecto, se tiene que la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de la señora Gloria Inés Ocampo Palau fue aceptada por la entidad de seguridad social, cuando mediante Resolución GNR 11805 de 2015, le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, y se corrobora con las versiones de José Octavio Buriticá Orozco, Teresa Escobar Jaramillo y Mary Luz López Castro, quienes de manera clara, precisa y coherente, dieron cuenta de la convivencia ininterrumpida de la pareja en el barrio nacederos, hasta el deceso del asegurado, de que procrearon tres hijos, uno de ellos con discapacidad, de la dependencia económica respecto del afiliado, y de que la señora Ocampo Palau se vio obligada a ejercer una actividad laboral que le permitiera cubrir sus necesidades básicas y las de su hija inválida, luego del fallecimiento de su cónyuge.

De otra parte, la invalidez de la señora Claudia Quintero Ocampo, hija del causante, según el registro civil de nacimiento obrante a folio 44, se acredita con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, en el cual se determina una pérdida de capacidad laboral del 60% de origen común, estructurada el 23 de abril de 1978, dada la alteración cognitiva que presenta desde su nacimiento, - *ver folio 179-.*

En cuanto a la dependencia económica de ésta respecto del causante, en casos como el presente, en el cual la señora Quintero Ocampo desde su nacimiento se encontraba en condición de discapacidad, el tema de la dependencia puede presumirse, pues se entiende que siempre ha carecido de la capacidad necesaria para atender las exigencias de su congrua subsistencia, tal como lo indicaron los testigos antes referidos, razón por la cual lógico es colegir que son sus padres quienes velan por su sostenimiento económico y su cuidado personal, por virtud de la estructuración legal en cabeza de los padres frente a sus hijos, contenidas tanto en el canon 42 constitucional y las normas respectivas del Código Civil.

Así las cosas, acertó la sentenciadora de primer grado al reconocer el derecho pensional a partir del 9 de octubre de 2012, en favor de la cónyuge supérstite en un 50% de la mesada, en forma vitalicia, y de la hija discapacitada del causante, en la proporción restante, siempre que se mantengan las causas que le dieron origen a la prestación.

No obstante lo dicho, el retroactivo pensional desde que se causó el derecho -9 de octubre de 2012- no alcanza la mayoría de los votos de los integrantes de esta Sala, para su aprobación, razón por la cual se empezará a devengar las mesadas pensionales, a partir de la ejecutoria de este proveído, en la medida en que la prevalencia del derecho acá declarado, surge por una interpretación constitucional favorable.

En esas circunstancias, tal cual lo expuso el órgano de cierre de la especialidad laboral, en caso análogo de interpretación constitucional favorable, se está en frente de un evento en que las actuaciones de las administradoras de pensiones, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, “*encuentran plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que le es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlasa los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir*”. (Sent.02 de octubre de 2013. Rad. 44.454 Cas. Laboral).

En síntesis, la pensión de sobrevivientes se concederá a partir de la ejecutoria de este fallo.

En ese orden, por las razones antes esbozadas se denegará el pago de los intereses moratorios.

En cuanto a las costas en ambas instancias, se exonerará a la sociedad demandada de su pago, por las mismas razones antes expuestas.

En mérito de lo expuesto, el *H. 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. *Revocar parcialmente* los ordinales 1º y 3º dela sentencia proferidael 15 de abril de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral dela referencia, y en su lugar, disponer que la prestación pensional por sobrevivencia en favor de Gloria Inés Ocampo Palau y Claudia Quintero Ocampo, sea reconocida a partir de la ejecutoria de esta providencia.
2. Revocar los ordinales 5º y 6º de la sentencia referida y en su lugar absolver a Colpensiones del pago del retroactivo pensional y de las costas del proceso.

3. Sin costas en esta instancia.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCIA CAICEDO CALDERON OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

 Magistrado Magistrada

 -Aclara voto- -Salva voto-

ALONSO GAVIRIA OCAMPO

Secretario