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 8 de junio de 2017

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

**Radicación No**:66001-31-05-001-2015-00227-01

**Demandante**: Amanda Marulanda Henao

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Primero 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. **Disfrute de la pensión de sobrevivencia reconocida con base en interpretaciones constitucionales favorables:** es pertinente recordar que esta Sala de Decisión, ha explicado en criterio mayoritario, que en tratándose de pensiones de invalidez o sobrevivencia reconocidas en aplicación del principio de la condición más beneficiosa entre la Ley 797 u 860 de 2003 y el Acuerdo 049 de 1990, las mesadas pensionales empiezan a devengarse a partir de la ejecutoria de la sentencia, en la medida en que la prevalencia del derecho a la pensión, surge por una interpretación constitucional favorable. En otras palabras, que no tiene cabida el reconocimiento del retroactivo pensional peticionado, en esos puntuales eventos.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los ocho (08) días del mes de junio 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 15 de junio de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por *Amanda Marulanda Henao* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

*IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES*

1. *INTRODUCCIÓN*

 Pide la demandante pide que se declare que le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes que dejó causada su compañero permanente Luis Enrique Zapata Agudelo, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, y como consecuencia de ello, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la prestación a partir del 5 de febrero de 2007, junto con el retroactivo pensional, los intereses de mora que prevé el artículo 141 de la Ley 100/93, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Como sustento fáctico de sus pedimentos indicó que ella y el causante, en calidad de compañeros permanentes, convivieron de manera ininterrumpida desde el año 1975 hasta el 5 de febrero de 2007; que procrearon tres hijos; que el causante sufragó un total de 868.28 semanas de aportes al sistema pensional administrado actualmente por Colpensiones; y que el 29 de marzo de 2007 presentó la solicitud pensional ante el antiguo ISS, la cual fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución No. 8019 de 2007.

Admitida la demanda, se dispuso el traslado a la sociedad demandada, quien a través de procurador judicial allegó escrito oponiéndose a las pretensiones del gestor, luego de considerar que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues no acredita la densidad de semanas exigidas en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. En su defensa, propuso como medios exceptivos de fondo “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

*II. SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 15 de junio de 2016, en la que condenó a Colpensiones al pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante, en cuantía de 1 SMLMV y por 14 mesadas anuales, partir del 11 de julio de 2012, pues declaró avante la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con antelación a esa calenda. En consecuencia, condenó a la entidad a pagar la suma de 34`127.158 por concepto de retroactivo, la cual deberá ser indexada al momento del pago, así como a los intereses moratorios a partir del vencimiento del término concedido a la entidad para la inclusión en nómina. Autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo reconocido, el porcentaje correspondiente por aportes a salud y, el valor reconocido a título de indemnización sustitutiva, debidamente indexada.

En la motiva, luego de apoyarse en pronunciamientos de la Corte Constitucional, estimó que el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión, por haber colmado la densidad de semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. De otra parte, de las pruebas testimoniales recibidas en la actuación, dio por acreditada la calidad de beneficiaria a la pensión de sobrevivientes de la actora, por haber demostrado convivencia con el fallecido al momento de la muerte, por un lapso superior a 30 años.

Respecto del citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta ante esta Sala y surtido como se encuentra el trámite procesal, se procede a desatarlo.

 ***Del problema jurídico.***

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

*¿Dejó causada con su deceso el señor Luis Enrique Zapata Agudelo la pensión de sobrevivientes?*

*¿Acreditó la actora las calidades necesarias para tenerle como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del causante?*

***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 empezar, se pone de presente que son supuestos fácticos no controvertidos: (i) que Luis Enrique Zapata Agudelofalleció el 5 de febrero de 2007, conforme el registro civil de defunción visible a fl.15; (ii) que el susodicho sufragó un total de 868.44 semanas al ISS entre el 27 de octubre de 1975 y el 30 de junio de 1992, según la historia laboral que obra a fl.39, (iii) que la demandante y el causante procrearon tres hijos, todos mayores de edad a la fecha del deceso del afiliado, según se colige de los registros civiles de nacimiento obrantes a fls.16 a 18, y (iv) que mediante Resolución No.008019 de 2007, el ISS le reconoció a la actora la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de Luis Enrique Zapata Agudelo, ver folio 19.

Partiendo de esas bases, se adentrará la Colegiatura a resolver el primero de los dilemas jurídicos planteados, esto es, determinar si el causante dejó el derecho pensional para sus causahabientes.

Es menester partir, por recordar que la normatividad aplicable, por regla general, a la pensión de sobrevivientes, es la vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, que para este caso era el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual exige una densidad mínima de 50 semanas dentro de los tres años anteriores al deceso del asegurado; condición ésta que no satisfizo en el caso puntual, pues en este interregno no se efectuó cotización alguna.

 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 la demandante 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 2º 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 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.

Así las cosas y como en este caso el señor Luis Enrique Zapata Agudelo antes del 1º de abril de 1994 había cotizado un total de 868.44 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.

Por último, ha de estimarse que en sentencia SL 2358 de 2017, el órgano de cierre de esta especialidad no le puso límite temporal a la pensión de sobrevivientes causada con 300 semanas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100/30, como sí lo hizo referente a la condición más beneficiosa, en la órbita de la Ley 797 de 2003.

Superado ese primer escollo, se adentrara la Sala en determinar si la demandante ostenta la condición de beneficiaria de la prestación pensional de sobrevivientes.

Para el efecto, se tiene que la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que ostenta la señora Amanda Marulanda Henao fue aceptada por la entidad de seguridad social, cuando mediante Resolución No. 008019 de 2007, le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, y que además, se corrobora con las versiones entregadas por los declarantes Fernando Henao Benjumea, Luis Márquez Marín y Javier de Jesús Giraldo Vallejo, quienes al unísono manifestaron que la pareja convivió en forma ininterrumpida desde aproximadamente el año 75 o 76 y hasta el deceso del asegurado, que procrearon tres hijos, que siempre convivieron en el mismo lugar de residencia, ubicado en la Calle 35 con 8ª, y que no tienen noticia de separación o rompimiento del vínculo marital conformado por la pareja.

Así las cosas, se observa atino en la conclusión de la a-quo, en cuanto tuvo a la demandante como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

No obstante lo dicho, el retroactivo pensional al que accedió la a-quo, no alcanza la mayoría de los votos de los integrantes de esta Sala, para su aprobación, razón por la cual se empezarán 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 un 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 ajustarlas a 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, se equivocó la a-quo al liquidar el retroactivo pensional causado entre el 11 de julio de 2012 y la fecha de emisión de la sentencia, motivo por el que habrá que revocar la decisión, para en su lugar ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y los intereses moratorios que se llegaren a generar, a partir de la ejecutoria de este fallo, advirtiéndose, que no hay lugar a realizar el descuento por el reconocimiento de la indemnización sustitutiva ni los aportes a seguridad social en salud, pues no existe monto para proceder a efectuar los respectivos descuento.

En cuanto al número de mesadas pensionales, al tenor de lo establecido en el inciso 8º del Acto Legislativo 01 de 2005, se reconocerán 13 mesadas anuales, debido a que la causación del derecho a la gracia pensional se fijó a partir de la ejecutoria de este proveído.

Por las razones anteriormente esbozadas se revocará también la condena en costas procesales impuestas por la a-quo a la entidad demandada.

En esta sede, 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. *Revocar*losordinales 2°, 3° 4º, 5°, 6°, 7°, 8° y 10° de la sentencia proferida el 15 de junio de 2016, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia y, en su lugar:
2. Ordena a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reconocer y pagar en favor de Amanda Marulanda Henao, la pensión de sobrevivientes y los intereses moratorios si se llegasen a generar, a partir de la ejecutoria de esta providencia, en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente, y en razón de 13 mesadas anuales. En consecuencia,
3. Absuelve a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones del pago del retroactivo pensional y de las costas procesales de primera instancia.
4. Declara no probada las excepciones propuestas por la entidad demandada.
5. *Confirma*en todo lo demás.
6. *Sin costas*en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta

La anterior decisión queda notificada *en estrados.*

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÙLVEDA

 Magistrada Magistrada

 -Salva voto-

Alonso Gaviria Ocampo

Secretario