***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 23 de noviembre de 2017*

***Radicación No****:**66001-31-05-001-2015-00534-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral*

***Demandante****: Mariana Estefania Peláez Paniagua y otro*

***Demandado:*** *Colpensiones*

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

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

***Tema a tratar: Pensión de sobrevivientes. Muerte presunta. Fecha desde la cual se debe revisar la densidad de cotizaciones.*** *Para verificar la exigencia de semanas, la regla general implica que se contabilice a partir del momento del deceso tres años hacia atrás, con miras a verificar si en ese interregno se cotizaron 50 semanas. Sin embargo, en casos como el presente, cuando la muerte del afiliado se presume por su desaparecimiento, claramente la fecha que se fija judicialmente como de muerte no puede ser el hito de partida para el conteo referido, pues según las voces del ordinal 6º del articulo 97 C.C., corresponde a “el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias” que se tuvo de la persona, pues claramente sería imposible para los beneficiarios del afiliado presuntamente muerto acceder a la prestación por sobrevivientes, ante la imposibilidad de totalizar la densidad de semanas exigida… La solución que brinda la jurisprudencia en cita, que es plenamente compartida por esta Corporación, permite mover el punto de inicio de contabilización del trienio, a aquel correspondiente al de las últimas noticias que se tuvieron del afiliado, lo que sin duda permite armonizar la figura de la muerte presunta con el sistema de seguridad social en pensiones y puntualmente, con la pensión de sobrevivientes.* ***Pensión de sobrevivientes por muerte presunta. Exigibilidad.*** *Pues bien, dígase que en los casos de muerte por desaparecimiento, la pensión de sobrevivientes tiene una especial forma de exigibilidad, pues solamente nace a la vida jurídica, cuando la decisión judicial que declara la muerte por desaparecimiento adquiere ejecutoria, es decir, solamente a partir de la firmeza de ese pronunciamiento, es que resulta posible a los beneficiarios reclamar al ente de seguridad social el reconocimiento de la pensión, pues antes no se ha adquirido la certidumbre (a lo menos judicial) sobre el deceso del afiliado.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 19 de enero de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Mariana Estefanía Peláez Paniagua y Sigifredo Peláez Hoyos*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***ANTECEDENTES***

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 persigue por los demandantes que se declare que Colpensiones es responsable del reconocimiento y pago de la sustitución pensional causada con el deceso de la señora Luz Edilia Paniagua Castaño, que se declare que los demandantes son beneficiarios de la prestación en su calidad de hija y cónyuge supérstite de la mencionada y en consecuencia, pide que se condene a la entidad demandada a reconocer la prestación desde el 26 d enero de 2006 fecha en que se declaró la muerte por desaparecimiento de la señora Paniagua Castaño, con los réditos moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como sustento fáctico de las pretensiones sintetizadas que el 26 de enero de 2006 se declaró la muerte por desaparecimiento de la señora Luz Edilia Paniagua Castaño, que ella fue casada con el señor Sigifredo Peláez Hoyos desde el 18 de enero de 1975, que de dicha unión se procrearon 3 hijos, todos mayores de edad, aunque Mariana Estefanía se encuentra estudiando en la UTP, que la causante cotizaba a través del sistema de seguridad social subsidiado, que ambos reclamaron el reconocimiento pensional, que la entidad negó la prestación, argumentando que al momento de la declaración por muerte se encontraba cotizando, que la causante abandonó el país con miras a obtener mejores posibilidades.

Admitida la demanda, se dio traslado a la entidad pasiva del litigio, la que allegó respuesta por intermedio de procurador judicial, en la que se pronunció respecto a los hechos, aceptando la calenda de deceso presunto de la señora Paniagua, el matrimonio celebrado entre la pareja, la solicitud pensional y la negativa de la entidad a reconocer la prestación. Respecto a los restantes hechos, indica que no le constan. Se oponen a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

***SENTENCIA***

La Jueza a-quo dictó sentencia en la que encontró que la causante dejó a sus beneficiarios el derecho pensional por sobrevivencia. Ello, porque encontró que en los tres años anteriores al momento en que se tuvo una última noticia de la actora -26 de enero de 2004- contaba con 86 semanas cotizadas, superándose las 50 exigidas en dicha calenda y, frente al requisito de fidelidad, el mismo no es exigible por su declaratoria de inconstitucionalidad.

Verificada la existencia del derecho, se entró a verificar la calidad de beneficiarios de los demandantes. Frente al señor Sigifredo, se tiene que de conformidad con lo dicho por los testigos, la convivencia entre ambos perduró desde antes del matrimonio, pues tuvieron una convivencia previa y lo fue hasta el momento en que se tuvo la última noticia de la presunta fallecida, en la que no hubo interrupción alguna y que claramente supera los cinco años exigidos en la normatividad. Frente a la señora Mariana Estefanía, se acreditó el vínculo parental con el registro civil, del cual se pudo colegir además, que al momento del deceso presunto contaba con 12 años de edad. Además, se acreditó que estuvo estudiando en la Universidad Tecnológica de Pereira hasta el primer semestre de 2016, por lo que se acreditaron las condiciones para conceder la pensión de sobrevivientes a ella hasta ese período, acrecentando la del señor Sigifredo a partir del 01 de julio de 2016.

Procedió a condenar a la demandada a pagar la prestación, con el correspondiente retroactivo, encontrando que no prospera la excepción de prescripción propuesta, atendiendo que la pensión se hizo exigible cuando se ejecutorió la sentencia que declaró la muerte presunta. Impuso, además, los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 17 de diciembre de 2013, atendiendo que el 17 de octubre de esa misma anualidad se elevó la solicitud pensional.

Al ser adversa la decisión respecto a Colpensiones, se dispuso además el grado jurisdiccional de consulta de la misma, al tenor del canon 69 del CPLSS.

***ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

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 demandante (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:

***CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

En orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala deberá abordar los siguientes problemas jurídicos:

*¿Dejó la causante el derecho pensional a favor de sus beneficiarios?*

*¿Cumplieron los demandantes las condiciones para ser considerados como beneficiarios de la aludida prestación pensional?*

*¿En el caso de la muerte presunta, desde qué fecha se hace exigible la prestación pensional?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

**Causación del derecho.**

Se ha dicho que, por regla general, la normatividad que rige la pensión de sobrevivientes, es la vigente al momento del deceso del afiliado. Para el caso puntual se tiene que la fecha del deceso presunto se fijó en el 26 de enero de 2006, conforme se constata con el registro civil de defunción visible a folio 50. Para tal fecha se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993, artículo 46, modificada por el canon 12 de la Ley 797 de 2003. Tal normatividad traía dos exigencias para que, al deceso de un afiliado, nazca a sus causahabientes el derecho a la pensión de sobrevivientes. El primero de ellos es que el afiliado, en los tres años anteriores a su deceso, contara con 50 semanas cotizadas al sistema pensional y el segundo, con la fidelidad que debía tener el afiliado al sistema, equivalente mínimo al 20% del tiempo trascurrido entre los 20 años y la fecha del deceso.

Este último presupuesto, sin embargo fue declarado inexequible por la sentencia C-556 de 2009, al encontrarse que era una medida regresiva que atentaba contra la progresión que tienen los derechos sociales. Y dígase que si bien a tal decisión no se le dieron efectos retroactivos, los fundamentos allí adoptados claramente dan pie a que se estudie si es posible, para el caso concreto y con apoyo en el canon 4º de la Carta Política, la inaplicación de la aludida exigencia.

Pues bien, ha de decirse que el tema ha sido abordado ampliamente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo que se debe inaplicar el aludido requisito por su carácter claramente contrario a la Carta Política. Vale la pena, para mejor claridad del tema, citar uno de los pronunciamientos recientes de dicha Corporación:

*“En lo que tiene que ver con el requisito de fidelidad al sistema de pensiones, esta Corporación en sentencias CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 41832 y CSJ SL, 10 jul. 2010, rad. 42423 (pensión de invalidez), y luego, en providencias CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 42540 y CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 42501 (pensión de sobrevivientes), cambió su criterio para señalar que el requisito de fidelidad incorporado en las reformas pensionales (Ley 797 y Ley 860 de 2003) del sistema general de pensiones, impuso una evidente condición regresiva en relación con lo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993, motivo por el cual, los juzgadores tienen el deber de abstenerse de aplicar esa exigencia, por resultar abiertamente incompatible con los contenidos materiales de la Carta Política, especialmente con el principio de progresividad y no regresividad.*

*Tal decisión no implica darle retroactividad a la sentencia C-428 de 2009, sino más bien, constituye una expresión del deber de los jueces de inaplicar en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 C.P.), las normas legales que sean manifiestamente contrarias e incompatibles con el marco axiológico de la Constitución Política” (sentencia SL 8615 de 2017).*

Por lo tanto, al ser evidente la contrariedad de la exigencia de fidelidad con el mandato de progresividad contenido en el Bloque de Constitucionalidad de los derechos sociales, resulta pertinente aplicar la supremacía de la Carta Política y dejar de aplicar en el sub-judice dicha exigencia de fidelidad, lo que conlleva a verificar la densidad de semanas con que contaba la causante, a fin de determinar si dejó o no causado el derecho perseguido.

Para verificar la exigencia de semanas, la regla general implica que se contabilice a partir del momento del deceso tres años hacia atrás, con miras a verificar si en ese interregno se cotizaron 50 semanas. Sin embargo, en casos como el presente, cuando la muerte del afiliado se presume por su desaparecimiento, claramente la fecha que se fija judicialmente como de muerte no puede ser el hito de partida para el conteo referido, pues según las voces del ordinal 6º del articulo 97 C.C., corresponde a “*el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias”* que se tuvo de la persona, pues claramente sería imposible para los beneficiarios del afiliado presuntamente muerto acceder a la prestación por sobrevivientes, ante la imposibilidad de totalizar la densidad de semanas exigida. El tema ha sido analizado y dirimido por la Sala de Casación Laboral, siendo pertinente traer a colación uno de tales pronunciamientos:

*“Ciertamente, la muerte presunta por desaparecimiento, instituida en el derecho civil en defensa de derechos patrimoniales, no podría tener perfecta cabida en la Seguridad Social cuya finalidad es ofrecer un amparo ante las carencias que se generan desde la mera ausencia, sin que ello signifique que no deba transcurrir el tiempo necesario para desvirtuar que no se está frente a un episodio transitorio, sino ante el de la muerte, pero considerada desde el momento en que se tuvo la última noticia de existencia de la persona, esto es, desde cuando se estaba en capacidad de hacer o generar cotizaciones al sistema; la tesis contraria no puede ser admitida porque conduce inevitablemente a la inoperancia de la protección de la seguridad social” (Exp. 29.641del 08 de mayo de 2007).*

La solución que brinda la jurisprudencia en cita, que es plenamente compartida por esta Corporación, permite mover el punto de inicio de contabilización del trienio, a aquel correspondiente al de las últimas noticias que se tuvieron del afiliado, lo que sin duda permite armonizar la figura de la muerte presunta con el sistema de seguridad social en pensiones y puntualmente, con la pensión de sobrevivientes.

Pues bien, en el sub-lite, se tiene que la fecha de las últimas noticias de la señora Paniagua Castaño lo fue el 26 de enero de 2004, tal como se constata con la copia de la sentencia de muerte presuntiva emitida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Anserma, Caldas –fls. 17 y ss.-, por lo que es a partir de esta fecha hacia atrás que se deben constatar las 50 semanas cotizadas. En ese lapso, correspondiente al 26 de enero de 2001 y la misma fecha de 2004, la señora Luz Edilia cotizó 81,43 semanas, las que superan con creces las exigidas en la norma, por lo que se debe concluir que la afiliada fallecida dejó causado el derecho pensional.

**Calidad de beneficiarios.**

Los demandantes en este proceso alegan tener la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que son el cónyuge y la hija de la fallecida.

Pues bien, para determinar tal situación, la Sala deberá acudir al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por el canon 13 de la Ley 797 de 2003. Los literales a y b de dicha norma regulan la vocación del cónyuge o el compañero permanente supérstite para acceder a la prestación, la cual está supeditada a que se evidencie que hubo una convivencia de –mínimo- los cinco años que antecedieron al deceso del afiliado o del pensionado.

Contempló el legislador varias hipótesis fácticas que se pueden dar, ajustadas a la realidad social y que regulan casos de convivencia simultanea o de la existencia de varios beneficiarios de la prestación: (i) cuando existan dos o más compañeros permanentes con vocación de beneficiarios, la pensión se repartirá entre ellos, a prorrata del tiempo de convivencia (inc. 2 lit. b); (ii) cuando exista convivencia simultánea de un cónyuge y un compañero permanente, según el texto legal, la pensión se otorgaría al cónyuge, sin embargo, tal consecuencia jurídica fue revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008, encontrándose que no puede excluirse al compañero permanente que acredite haber tenido convivencia con el causante en el mismo tiempo, razón por la cual la consecuencia es que se divida la pensión en proporción al tiempo convivido y (iii) se contempla la posibilidad de que no exista convivencia simultánea, que el vínculo marital siga vigente, pero se haya roto de hecho la convivencia y, además, exista una convivencia del afiliado o pensionado con otro compañero permanente, caso en el cual le corresponderá a éste una parte de la pensión en proporción al tiempo de convivencia y el resto le corresponderá al cónyuge, siempre y cuando se acredite que se mantuvieron los lazos familiares, el ánimo de ayuda mutua y de socorro (SL 16949 del 23 de noviembre de 2016).

De todas estas hipótesis, lo que se extracta es que la pensión de sobrevivientes, premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad o el ánimo de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia, incluso así se rompe la convivencia física, por cuestiones laborales o de salud.

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió, en los términos antes anotados, con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años. Y como la norma exige convivencia, no importa si se dio en el marco de una relación matrimonial o una relación de hecho, pues ambas tienen igual tratamiento por la ley, pudiendo incluso darse la convivencia una parte, en el marco de una unión de hecho y otra por vínculos jurídicos o viceversa.

En el caso puntual, se tiene que las declaraciones de Melba Lucia Castaño Betancur y Jackeline Castaño, dan cuenta de que la pareja conformada por la señora Luz Edilia y el señor Sigifredo tuvieron una larga convivencia, constante y sin rompimientos, que inicialmente se dio por vínculos de hecho y, posteriormente legales, en virtud del matrimonio católico que se celebró entre la pareja el 24 de diciembre de 1992, como se indica en el registro civil de matrimonio –fl. 15- y que tal unión se dio hasta el último de los momentos en que se tuvo noticia de la existencia de Luz Edilia, lo que permite colegir que la convivencia supera ampliamente los 5 años exigidos por la Ley y, por lo tanto, es claramente beneficiario de la prestación pensional perseguida.

En cuanto a la condición de beneficiaria de la hija de la señora Paniagua Castaño, Mariana Estefanía Peláez Paniagua, ha de decirse que el literal c del canon 47 anteriormente citado, vigente para el momento en que se causó la pensión de sobrevivientes establece que los hijos del afiliado pueden acceder a la pensión de sobrevivientes, cuando son menores de edad y, una vez adquirida la mayoría de edad, si acreditan estar estudiando y, por tanto, incapacitados para trabajar. Pues bien, en el caso puntual se tiene que la demandante Peláez Paniagua nació el 18 de julio de 1994, conforme se verifica en el registro civil de nacimiento visible a folio 16, por lo que al momento del deceso presunto de su progenitora -26 de enero de 2006-, contaba con 11 años de edad, por lo que es evidente, sin más miramientos, el derecho pensional que nació a su favor. Tal condición se le mantuvo hasta alcanzar la mayoría de edad, esto es, el 18 de julio de 2012. Para la calenda mencionada, la demandante se encontraba estudiando en la Universidad Tecnológica de Pereira, tal como consta en la certificación emitida por ese ente universitario, visible a folio 133, documento que además indica que tal estudio en la Facultad de Tecnología, se extendió hasta el primer semestre del 2016, sin que aparezca acreditado estudio posterior. Por lo tanto, al tenor de la norma que regula el caso puntual, se tiene claridad de que la demandante mantuvo las condiciones para disfrutar de la prestación pensional hasta el 30 de junio de 2016, atendiendo la imposibilidad para trabajar, por razón de sus estudios, por lo que la Sala encuentra que, tal como lo indicó la a-quo, que los demandantes cuentan con la calidad de beneficiaros de la prestación pensional.

**Exigibilidad de la pensión de sobrevivientes cuando se genera por muerte presunta.**

Con el fin de verificar la posible ocurrencia del fenómeno de prescripción, propuesto por la entidad a favor de la cual se surte este grado jurisdiccional como excepción, es indispensable analizar si el razonamiento de la a-quo fue acertado, al establecer que la pensión de sobrevivientes solamente se hizo exigible con la ejecutoria de la providencia que declaró la muerte presuntiva de la afiliada Luz Edilia Paniagua.

Pues bien, dígase que en los casos de muerte por desaparecimiento, la pensión de sobrevivientes tiene una especial forma de exigibilidad, pues solamente nace a la vida jurídica, cuando la decisión judicial que declara la muerte por desaparecimiento adquiere ejecutoria, es decir, solamente a partir de la firmeza de ese pronunciamiento, es que resulta posible a los beneficiarios reclamar al ente de seguridad social el reconocimiento de la pensión, pues antes no se ha adquirido la certidumbre (a lo menos judicial) sobre el deceso del afiliado.

Sobre el tema, ya se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral, en providencia que citó la a quo y que da plena claridad. Por ello, en este caso, se tiene que la aludida decisión que declaró la muerte ficta de la señora Paniagua Castaño, adquirió ejecutoria el 11 de abril de 2013, como se desprende del auto visible a folio 24, por lo que es evidente que no ha operado el fenómeno de prescripción, amén que el 17 de octubre de 2013 se agotó la reclamación pensional y el proceso se inició el 08 de octubre de 2015, evidenciándose que, en ningún caso, han transcurrido más de los tres años exigidos por el canon 151 del CPLSS.

Finalmente, la Sala se ocupara de la condena por concepto de intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, debiéndose decir que proceden los mismos, amén que la parte demandada claramente incumplió el lapso de dos meses otorgado por la Ley 717 de 2001 para reconocer y pagar la prestación de sobrevivientes, puesto que la reclamación se agotó el 17 de octubre de 2013, lo que imponía a Colpensiones la carga de reconocer y pagar la prestación a más tardar el 17 de diciembre de 2013. Por tal motivo, se observa que la condena impuesta por este concepto en primera instancia se mantendrá.

Se actualizará el monto del retroactivo pensional que incumbe al demandante Sigifredo Peláez Hoyos hasta la fecha de la sentencia, así:



Frente a las costas en esta instancia, atendiendo que se conoció del proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se abstendrá la Sala de fijarlas.

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. ***Actualiza*** el ordinal tercero de la sentencia del 19 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, en el proceso de la referencia, en lo tocante al valor del retroactivo pensional que le corresponde al demandante Sigifredo Peláez Hoyos, el cual a la fecha de esta sentencia corresponde a la suma de $52.198.384, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando.
2. ***Confirma*** la sentencia en todo lo demás.
3. ***Sin costas*.**

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario

**ANEXO**

