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 la Secretaría de esta Sala.

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 11 de enero de 2018*

***Radicación No****:**66001-31-05-004-2015-000397-01*

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

***Demandante****: Martha Luz Ramírez Ospina*

***Demandado:*** *Colpensiones*

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

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

***Tema a tratar: Condición más beneficiosa.*** *No obstante lo anterior, el asunto bien puede analizarse bajo la egida del principio de la condición más beneficiosa, en virtud del cual es posible que, si bajo una normatividad anterior, el afiliado logró cumplir las condiciones de cotización allí exigidas, es posible que su derecho se rija por esa norma anterior, así el riesgo se consolide en vigencia de otra norma posterior. Este principio constitucional, derivado del canon 53 superior, implica la ultra actividad de la norma, pues autoriza a que una norma derogada, regule un caso posterior a su vigencia.* ***Convivencia. Reconocimiento indemnización sustitutiva.*** *No obstante lo anterior, ha de decirse que obra en el expediente copia de la Resolución No. 00269 de 2001 –fl. 77- mediante la cual el ISS le reconoció a la demandante la indemnización sustitutiva, prestación que de conformidad con el canon 49 de la Ley 100 de 1993, solo se entrega a los “miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes”, lo que permite inferir que el ISS valoró la condición de beneficiaria de la prestación de la demandante y la encontró acreditada, supliéndose de esta forma el deber probatorio que le asistía a la demandante.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy once (11) de enero de dos mil dieciocho (2018), siendo las siete y treinta de la mañana (07:30 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 20 de febrero de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Martha Luz Ramírez Ospina*** 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 la demandante que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de su cónyuge Servulo de Jesús Loaiza, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 30 de enero de 2000 con los correspondientes intereses moratorios o, en subsidio, la indexación de las condenas y las costas procesales.

Tales pedidos se sustentaron en que el 30 de enero de 2000 falleció el señor Servulo de Jesús Loaiza, que a su muerte sobrevivió la demandante y su, por esa época, hijo menor, Johan Andrés Loaiza Ramírez, que la actora convivió con el causante hasta el momento de su muerte, que el 06 de diciembre de 2000 solicitó al ISS el reconocimiento de la prestación, que el ISS negó la misma y les reconoció indemnización sustitutiva en calidad de cónyuge sobreviviente e hijo menor, que el 28 de octubre de 2013 nuevamente solicitó el reconocimiento de la prestación pensional, la cual fue negada por Colpensiones, al encontrarse que el causante no cumplió con la densidad de cotizaciones exigida en la norma vigente al momento del deceso, que el señor Loaiza al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 300 semanas.

Admitida la demanda, se trabó la Litis con la entidad demandada, la cual allegó respuesta por medio de portavoz judicial, que se pronunció respecto a los hechos de la demanda, aceptando el deceso del señor Loaiza, la calidad de sobrevivientes de la demandante y su hijo, la convivencia de aquella con el afiliado fallecido, la negativa de la entidad demandada, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a la demandante y al hijo. Respecto a los restantes indica que no le constan. Se opone a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Inexistencia de la obligación”, “Improcedencia de los interese de mora” y “Prescripción”.

***SENTENCIA***

Agotados los ritos procesales, la señora Jueza profirió sentencia en la que accedió a las pretensiones de la demanda, al encontrar que si bien el causante bajo la norma vigente al momento del deceso –Ley 100 de 1993 en su redacción original- no dejó causado el derecho pensional, sí lo hizo bajo la norma anterior –Acuerdo 049 de 1990-, por lo que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, dejó causado el derecho pensional a favor de sus causahabientes. En cuanto a la calidad de la beneficiaria de la demandante, estima que la misma se desprende del reconocimiento de la indemnización sustitutiva, pues esta y la pensión de sobrevivientes exige igual acreditación.

Procedió a analizar una posible cosa juzgada, por un proceso anterior que adelantó la actora, sin embargo estima que en este se presenta un hecho nuevo, consistente en una corrección en la historia laboral del causante, con el cual se supera ampliamente la exigencia de cotizaciones.

Procedió a determinar la condena a imponer, señalando que la prestación debe ser igual al salario mínimo, por 14 mesadas pensionales al mes. En cuanto al retroactivo, encuentra prescritos los anteriores al mes de octubre de 2010, imponiendo condena por el retroactivo desde el 01 de noviembre de 2010 a la fecha de la sentencia. Se abstuvo de imponer intereses moratorios y autorizó a la entidad demandada a descontar lo pagado por concepto de la indemnización sustitutiva.

La decisión no fue apelada, por lo que al ser adversa a los intereses de la demandada, en la que es garante el Estado, se dispuso el grado de consulta.

***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.***

Corresponde a la Sala analizar, en primer lugar, si el señor Servulo de Jesús Loaiza dejó causado el derecho pensional y, como segundo punto, si la demandante cumplió con las condiciones necesarias para ser tenida como beneficiaria de la prestación pensional.

Respecto al primero de los dislates planteados, debe decirse que por regla general, la pensión de sobrevivientes se rige por la legislación vigente al momento del causante. Por ello, en este caso, la prestación, en principio, debería regirse por la Ley 100 de 1993, en su versión original, que exigía, en caso del deceso de un afiliado, que si éste estaba como cotizante activo debía contar con 26 semanas en cualquier tiempo y, en caso de encontrarse inactivo, debía contar con 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior al deceso, hipótesis que en el caso sub-judice no se cumple, amén que el señor Loaiza cotizó hasta el año 1996 y su deceso se produjo en enero del 2000, por lo que se encontraba como afiliado inactivo y en el año inmediatamente anterior a su deceso no contaba con cotizaciones.

No obstante lo anterior, el asunto bien puede analizarse bajo la egida del principio de la condición más beneficiosa, en virtud del cual es posible que, si bajo una normatividad anterior, el afiliado logró cumplir las condiciones de cotización allí exigidas, es posible que su derecho se rija por esa norma anterior, así el riesgo se consolide en vigencia de otra norma posterior. Este principio constitucional, derivado del canon 53 superior, implica la ultra actividad de la norma, pues autoriza a que una norma derogada, regule un caso posterior a su vigencia.

La aplicación de tal principio ha sido autorizado y decantado claramente por la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción laboral siendo pertinente citar una reciente decisión que, si bien se refiere a un caso de pensión de invalidez, por la similitud de los presupuestos de cotización, es plenamente aplicable al caso de la prestación de sobrevivientes y además explica diáfanamente cómo y cuándo deben verificarse las semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, con el fin de dar aplicación al aludido mandato de optimización:

*“Pues bien, sobre la aplicación de la condición más beneficiosa, tratándose de pensiones de invalidez, cuando se estructura dicha invalidez en vigencia de la Ley 100 de 1993, esta Corporación ha sostenido desde la sentencia del 5 de julio de 2005, rad. 24280, que es inadmisible aceptar que el asegurado que sufragó un abundante número de semanas, quede privado de la prestación por no contar con las 26 semanas requeridas en el nuevo régimen, en la medida que dentro del antiguo tenga consolidado el amparo, lo cual no pude ser desconocido, pues resultaría el sistema ineficaz y sin sentido práctico o dinámico….*

 *Igualmente de manera pacífica, la Corte viene reiterando, en lo concerniente a las … hipótesis sobre semanas cotizadas, que contiene la normatividad anterior a la nueva ley de seguridad social el Acuerdo 049 de 1990 art.6°, que: … la relativa a las 300 semanas cotizadas en cualquier época, deben estar satisfecha para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, o sea antes del 1° de abril de 1994….” (Providencia SL 14091 del 07 de septiembre de 2016).*

Se evidencia pues, que la transición normativa no puede ser la excusa para desconocer los derechos de una persona que ha efectuado cotizaciones por tan largo espacio –más de 300 semanas-, por lo que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, es posible, se reitera, que se aplique a la pensión de sobrevivientes pedida en este caso, el Acuerdo 049 de 1990. Y bajo tal normatividad (arts. 25 y 6), es claro que señor Servulo de Jesús Loaiza sí dejó causado el derecho pensional, pues contaba al 01 de abril de 1994 con 390,97 semanas cotizadas al sistema pensional, conforme se verifica en la historia laboral visible a folio 302.

En cuanto a la posibilidad de reconocer el derecho pensional, una vez se ha pagado una indemnización sustitutiva, debe decirse que ante el carácter subsidiario que ostenta esta última, no puede convertirse en un obstáculo para el reconocimiento del derecho pensional. Así lo ha dejado claro la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral (por ejemplo en providencia SL 6080 de 2016), indicando que en esos casos lo procedente es la devolución del monto pagado por indemnización sustitutiva y el reconocimiento del derecho pensional. Por tal razón, el haberse reconocido a la actora tal indemnización, no es obstáculo para que en el caso puntual se pueda predicar que el afiliado sí dejó causado el derecho pensional a favor de sus causahabientes.

En cuanto a la calidad de beneficiaria, en calidad de cónyuge supérstite, que alega la demandante, debe decirse que obra a folio 182 del proceso que entre ella y el causante existió un vínculo matrimonial, celebrado el 24 de mayo de 1995, además a folios 183 y 184, copia de los registros civiles de nacimiento de dos hijos de la pareja, nacidos el 17 de septiembre de 1985 y el 13 de agosto de 1991. Ningún otro medio probatorio da cuenta de la convivencia sostenida por la demandante con el pensionado, su duración o rompimiento. No obstante lo anterior, ha de decirse que obra en el expediente copia de la Resolución No. 00269 de 2001 –fl. 77- mediante la cual el ISS le reconoció a la demandante la indemnización sustitutiva, prestación que de conformidad con el canon 49 de la Ley 100 de 1993, solo se entrega a los “miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes”, lo que permite inferir que el ISS valoró la condición de beneficiaria de la prestación de la demandante y la encontró acreditada, supliéndose de esta forma el deber probatorio que le asistía a la demandante. Sobre el tema, bien vale la pena traer a colación un pronunciamiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al respecto:

*“Ha precisado la jurisprudencia de la Corte que el supuesto normativo referente a la convivencia del (de la) cónyuge o compañero (a) permanente debe darse por probado, cuando el hecho se acepta expresamente en la contestación de la demanda o en los actos administrativos que expida la entidad, o tácitamente cuando en una resolución el Instituto reconoce la condición de beneficiaria de una persona porque le otorga otra prestación derivada de la muerte, para la cual se exige tener esa calidad y los mismos requisitos que la pensión de sobrevivientes. Eso ocurre a manera de ejemplo, en los eventos en que se concede indemnización sustitutiva, pues el reconocimiento implícito de la condición de beneficiario, tiene un respaldo objetivo o expreso como lo es la concesión de la prestación por muerte”. (SL 831-2015).*

Así las cosas, encuentra la Sala que están debidamente acreditados los supuestos para tener a la demandante como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Frente al tema de la excepción de cosa juzgada, analizada por la a-quo, se tiene que a folios 191 y ss. obran sendas copias de las providencias emitidas el 29 de septiembre de 2010 y confirmada por esta Judicatura el 19 de septiembre de 2011, en los que existe identidad de partes y de pretensiones, según se observa de las síntesis efectuadas por ambos fallos. No obstante, como bien lo dijo la a-quo, claramente existe en este nuevo proceso un hecho sobreviviente y absolutamente modificatorio del panorama procesal, como lo es la corrección de la historia laboral y la existencia de un mayor número de semanas a tener en cuenta que, como ya se analizó, supera las 300 antes del 01 de abril de 1994 y en el inicial proceso apenas contaba con 286,42 semanas antes de esa calenda. Así las cosas, claramente no ha operado la cosa juzgada, al no cumplirse a plenitud las exigencias del canon 303 del CGP.

El reconocimiento deberá hacerse desde el 31 de enero de 2000, de conformidad con lo ordenado en el canon 26 del Acuerdo 049 de 1990. Y si bien en casos en los que se ha venido dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa esta Sala ha indicado que el retroactivo no es imponible, por cuanto la negativa que dio la entidad, correspondía a una interpretación plausible de la norma. Más sin embargo, en este caso y para el momento en que se resolvió la solicitud pensional –mayo de 2014-, ya existía una circular de la entidad, en la que se aceptaba de manera expresa la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en la transición normativa del Acuerdo 049 de 1990 a la Ley 100 de 1993 en su redacción original. Tal Circular es la No. 01 del 01 de octubre de 2012, indicándose en el punto 5.3 de la misma, lo siguiente:

*5.3. APLICACIÓN DE LA CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA.*

*“Para efectos del estudio de pensiones de invalidez y sobrevivientes, se dará aplicación al principio de la condición más beneficiosa en aquellos casos en donde el hecho generador de la pensión se cause entre la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994) y la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003(29 de enero de 2003), y que no reúnan el requisito de semanas requeridas señaladas en estos últimos, siendo entonces pertinente estudiar la prestación bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990”.*

Tal documento, que se dirigió a vicepresidentes, directores nacionales de oficina, gerentes nacionales de oficina y gerentes regionales de la entidad, indicaba los criterios jurídicos que se debían seguir para el estudio de las prestaciones, razón por la cual la negativa que se dio al demandante con la Resolución No. GNR182160 del 21 de mayo de 2014 –fls. 88 y ss-, no es plausible y por tanto, la consecuencia de ello es que deba concederse el retroactivo causado, teniendo eso sí en cuenta la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada al contestar la demanda. Teniendo en cuenta que la demandante elevó reclamación pensional el 28 de octubre de 2013 y la demanda se inició el 21 de julio de 2015, pues habrá de decirse que la prescripción cobijó las mesadas causadas con antelación al 28 de octubre de 2010, debiéndose actualizar el valor del retroactivo a la fecha de esta providencia, así:



Así las cosas, se confirmará la sentencia consultada, actualizando el valor del retroactivo a la fecha de esta providencia.

Sin costas por conocerse del asunto en grado jurisdiccional de consulta.

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. Confirmar*** la sentencia proferida el 20 de febrero de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, actualizando el valor del retroactivo causado hasta el 30 de noviembre de 2017, el cual alcanza la suma de $61.380.060.

***2.* Sin costas** en esta instancia**.**

***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