El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir el salvamento dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-005-2016-00146-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Amada Cristina Ojeda de Otero

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES (TEMPORALIDAD PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA) / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE CON SOLO ALCANZAR LAS SEMANAS COTIZADAS SIN EDAD / MORA PATRONAL / REVOCA – ABSUELVE – (…)** Dicho lo anterior, es dable colegir sin mayor disertación, que no era posible que la a quo hubiere tenido que acudir en primer lugar al estudio del Acuerdo 049 de 1990, de los que encontró insatisfechos los requisitos, por no ser la norma inmediatamente anterior a la Ley 797 de 2003, vigente al momento de fallecer la afiliada.

Ahora, el mismo órgano de cierre de esta especialidad más recientemente precisó que la aplicación del citado principio no es ilimitado, sino temporal, pues su finalidad es la de proteger a aquellas personas que tenían una situación jurídica concreta al momento de presentarse el cambio legislativo, entendida esta como la acumulación de las semanas necesarias para acceder a la prestación; por lo que se les permite que en vigencia de la nueva normativa acrediten los requisitos de la anterior, pero siempre y cuando la contingencia –muerte-, se presente dentro de los 3 años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 -29/01/2003 y el 29/01/2006-.

(…)

Bien como en el caso concreto, la señora Zilia Teresa Otero Ojeda falleció el 03-11-2014, es decir, por fuera de los tres años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, señalado por la Sala Laboral de la C.S.J, no puede ser destinataria de la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, debido a la temporalidad que del mismo se predica en la jurisprudencia antes citada, que comparte la Sala. Por tal motivo, no era posible efectuarse un análisis de la pretensión principal reclamada bajo la óptica de la Ley 100 de 1993, tal como se hiciera por la Jueza de primera instancia.

Así las cosas, se tiene que la señora Zilia Teresa Otero Ojeda, no dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes, por lo que se releva esta Corporación de analizar la acreditación del requisito subjetivo.

En este orden de ideas, al no salir avante las pretensiones principales, es deber estudiar las subsidiarias, orientadas a que se reconozca la pensión de sobreviviente al haber alcanzado la señora Otero Ojeda el mínimo de semanas para pensionarse, aludiendo a las exigidas en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 original, a pesar de no llegar a la edad exigida en esta norma, de 50 años; ello al tenor del parágrafo 1 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993; a lo que se contraerá la Sala a Continuación.

(…)

La norma en mención, dispone que el afiliado también podrá dejar causada la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, si al fallecer tiene cotizadas las semanas mínimas requeridas en el régimen de prima media anterior a este acaecimiento, sin que haya tramitado o recibido indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o devolución de saldos.

Ahora, la disposición a aplicar en este asunto es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, al no ser beneficiaria la señora Zilia Teresa Otero Ojeda del régimen de transición por tener al 01 de abril de 1994, solo 34 años de edad y 12 años de servicios, edad y tiempo inferior al exigido por el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Así, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 exigía 1000 semanas de cotización; normativa que modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y dispuso que para obtener el derecho a la pensión de vejez se requiere acreditar 55 años de edad y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo; las que se incrementarán anualmente a partir del 01-01-2005, en 50 semanas; y desde el 01-10-2006 en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el 2015. En cuanto a la edad se incrementará a 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres a partir del 01-01-2014.

(…)

Añadidos estos valores, arrojan 1.227,01 semanas (entre el sector público y cotizadas directamente al ISS), que son las que alcanzó a reunir la señora Otero Ojeda hasta el año 2014, cuando falleció; guarismo inferior al exigido por la ley 797 de 2003 para la fecha del deceso, que lo era 1.275 semanas, en razón a la gradualidad que introdujo esta ley; sin que por el solo hecho de aglutinar 1000 semanas antes de entrar a regir la mencionada ley, le permitiera un especie de congelamiento de los requisitos de la ley 100 de 1993 original hasta cumplir los 55 años de edad, que logró antes de fallecer, dado que al no satisfacer el requisito de la edad también en el año 2003, lo irradió la modificación que sufrió la Ley 100 de 1993, por lo que debía seguir cotizando, teniendo en cuenta que los dos requisitos: edad y semanas de cotización deben confluir bajo la misma normativa en el que se reúna el último de los requisitos.

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los tres (03) días del mes de abril de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho de la mañana (8:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 01 de marzo de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Amada Cristina Ojeda de Otero** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, radicado bajo el N° 66001-31-05-005-2016-00146-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderada:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderada:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos atendiendo lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

La señora Amada Cristina Ojeda de Otero pretende de manera principal se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente desde el 03-11-2014, conforme al Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, junto con su retroactivo, debidamente indexado e intereses moratorios.

De forma subsidiaria solicita se le reconozca a la fallecida la pensión de vejez bajo los postulados del art. 33 de la Ley 100/1993, a partir del 29-08-2014, con un IBL calculado con el promedio de los últimos 10 años cotizados y una tasa de reemplazo del 73%; en consecuencia, se reconozca la pensión de sobrevivientes a partir del 03-11-2014, junto con el retroactivo pensional, indexación e intereses moratorios.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) la señora Zilia Teresa Otero Ojeda a la entrada en vigencia de la Ley 797/2003 acreditaba un total de1.045,71 semanas, por lo que consolidó el derecho de la pensión, faltándole solo la edad; (ii) al fallecer el 03-11-2014 contaba con 1.216,14 semanas, sumadas las 720 cotizadas a la Caja Nacional de Previsión Social y 496,14 al RAIS y al ISS, hoy Colpensiones; (iii) la señora Otero Ojeda no tenía conyugue o compañero permanente e hijos con derecho; (iv) la señora Zilia era hija de Amada Cristina Ojeda de Otero, de quien dependía en gran medida.

(v) El 09-03-2015 la progenitora solicitó la pensión de sobrevivientes a Colpensiones, quien la negó por medio de Resolución GNR 228271 del 28-07-2015, bajo el argumento de que a la fecha del fallecimiento no contaba con 50 semanas cotizadas, dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

(vi) En la historia laboral existe la anotación “empleador presenta deuda por no pago” en los ciclos de marzo a julio de 2006.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, se opuso a todas las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda y argumentó como razones de defensa que el actor no había logrado acreditar las semanas exigidas bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, y que tiene la posibilidad de reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente de que trata el artículo 49 de la ley 100 de 1993. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Deber del Demandante de Demostrar los Supuestos de Hecho”, “Prescripción”, “Cobro de lo no Debido”, “Improcedencia de los intereses moratorios”, “Buena Fe” e “Innominada”.

1. **Síntesis de la sentencia consultada**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira reconoció la pensión de sobreviviente a la actora, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, desde el 3-11-2014 en cuantía de $953.464, en razón de 13 mesadas anuales y dispuso su pago, junto con el del retroactivo, intereses moratorios desde la ejecutoria de esta decisión y costas en un 90%.

Para arribar a esa conclusión, señaló que la causante no logró acreditar las 50 semanas exigidas por la ley 797/2003, vigente para el momento del fallecimiento, solo 25,64; por lo que con apoyo en el principio de la condición más beneficiosa le es aplicable la versión original de la Ley 100, que requiere reunir 26 semanas al momento del deceso si estaba activo o 26 en el año anterior a la muerte de estar inactivo.

Y halló que la causante era cotizante activa al dejar aportar el 31-10-2014, 3 días antes del fallecimiento, cotizando en toda su vida laboral a Colpensiones 318,14 semanas, cantidad suficiente para generar la pensión de sobrevivientes, siendo su beneficiaria la demandante, al probarse la dependencia económica con su interrogatorio de parte y los testimonios recaudados.

1. **Del grado jurisdiccional de consulta**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.L. se ordenó el grado jurisdiccional de consulta respecto de la anterior decisión, al haber resultado adversa a los intereses de Colpensiones.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

1.1 ¿Resulta procedente la pensión de sobrevivientes bajo la égida de la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, cuando el fallecimiento de la asegurada se produjo el 03-11-2014, dada la temporalidad de este principio, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia recientemente?

1.2 De ser positiva la respuesta anterior, ¿Demostró la demandante ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama?

1.3 ¿Causó la señora Zilia Teresa Otero Ojeda la pensión de sobreviviente por alcanzar las semanas necesarias para pensionarse por vejez al morir?

1.4 De ser positiva la respuesta anterior, ¿Demostró la demandante ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama?

**2. Solución al problema jurídico.**

**2.1 De la pensión de sobreviviente del afiliado**

**2.1.1 Fundamento jurídico**

Se encuentra acreditado y fuera de discusión que la señora Zilia Teresa Otero Ojeda falleció el 03-11-2014, por lo tanto, la normativa aplicable en esta actuación es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que para los afiliados al sistema de seguridad social, exige haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su deceso y, conforme al artículo 13 de esa misma normativa en su literal e), para quien reclame la prestación a falta de cónyuge o compañera permanente e hijos con derecho, debe demostrarse la dependencia económicamente de esta para su hija o hijo.

Conforme a lo anterior, de acuerdo con la historia laboral (fls 129 a 131 vlto) se tiene que la señora Zilia Teresa Otero Ojeda dentro del lapso de tres años, comprendido entre el 03-11-2011 y la misma fecha de 2014 reporta 25,71 semanas, con lo cual resulta fácil colegir que no satisfizo las exigencias del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Sin embargo, como el libelo introductorio se depreca la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se analizará su procedibilidad en el caso concreto.

Así pues, frente al referido principio, ha sostenido reiteradamente la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia[[1]](#footnote-1) que el mismo no le permite al juzgador aplicar a un caso en particular cualquier norma legal que en el pasado haya regulado el asunto, sino que, de darse las condiciones necesarias para su aplicación, ello sería respecto a la norma inmediatamente anterior a la vigente en el momento en que se estructuró el derecho, tesis que se comparte y no la de la Corte Constitucional, por ser aquel el órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

Dicho lo anterior, es dable colegir sin mayor disertación, que no era posible que la

a quo hubiere tenido que acudir en primer lugar al estudio del Acuerdo 049 de 1990, de los que encontró insatisfechos los requisitos, por no ser la norma inmediatamente anterior a la Ley 797 de 2003, vigente al momento de fallecer la afiliada.

Ahora, el mismo órgano de cierre de esta especialidad más recientemente precisó[[2]](#footnote-2) que la aplicación del citado principio no es ilimitado, sino temporal, pues su finalidad es la de proteger a aquellas personas que tenían una situación jurídica concreta al momento de presentarse el cambio legislativo, entendida esta como la acumulación de las semanas necesarias para acceder a la prestación; por lo que se les permite que en vigencia de la nueva normativa acrediten los requisitos de la anterior, pero siempre y cuando la contingencia –*muerte*-, se presente dentro de los 3 años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 -*29/01/2003 y el 29/01/2006*-.

**2.1.2 Fundamento fáctico**

Bien como en el caso concreto, la señora Zilia Teresa Otero Ojeda falleció el 03-11-2014, es decir, por fuera de los tres años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, señalado por la Sala Laboral de la C.S.J, no puede ser destinataria de la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, debido a la temporalidad que del mismo se predica en la jurisprudencia antes citada, que comparte la Sala. Por tal motivo, no era posible efectuarse un análisis de la pretensión principal reclamada bajo la óptica de la Ley 100 de 1993, tal como se hiciera por la Jueza de primera instancia.

Así las cosas, se tiene que la señora Zilia Teresa Otero Ojeda, no dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes, por lo que se releva esta Corporación de analizar la acreditación del requisito subjetivo.

En este orden de ideas, al no salir avante las pretensiones principales, es deber estudiar las subsidiarias, orientadas a que se reconozca la pensión de sobreviviente al haber alcanzado la señora Otero Ojeda el mínimo de semanas para pensionarse, aludiendo a las exigidas en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 original, a pesar de no llegar a la edad exigida en esta norma, de 50 años; ello al tenor del parágrafo 1 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993; a lo que se contraerá la Sala a Continuación.

**2.2 Pensión de sobreviviente al tenor del parágrafo 1 del artículo 46 de la ley 100 de 1993**

**2.2.1 Fundamento jurídico**

La norma en mención, dispone que el afiliado también podrá dejar causada la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, si al fallecer tiene cotizadas las semanas mínimas requeridas en el régimen de prima media anterior a este acaecimiento, sin que haya tramitado o recibido indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o devolución de saldos.

Ahora, la disposición a aplicar en este asunto es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, al no ser beneficiaria la señora Zilia Teresa Otero Ojeda del régimen de transición por tener al 01 de abril de 1994, solo 34 años de edad y 12 años de servicios, edad y tiempo inferior al exigido por el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Así, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 exigía 1000 semanas de cotización; normativa que modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y dispuso que para obtener el derecho a la pensión de vejez se requiere acreditar 55 años de edad y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo; las que se incrementarán anualmente a partir del 01-01-2005, en 50 semanas; y desde el 01-10-2006 en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el 2015. En cuanto a la edad se incrementará a 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres a partir del 01-01-2014.

**2.2.2 Fundamento fáctico**

Al revisar la historia laboral –fl.144- se observa que la causante logró acreditar un total 480.29 semanas, del 01-11-1995 hasta el 31-10-2014; cotizaciones a las que debe agregarse 5101 días, que equivalen a 728,71 semanas, que corresponde al tiempo laborado con la Registraduría y cotizados a Cajanal, antes de afiliarse al fondo privado, del 2-11-1981 al 1-11-1995, a pesar de regir la Ley 100 de 1994 para esta entidad desde el 1-04-1994, como se deja constando en el certificado de información laboral (fl. 40).

También se deben adicionar 8.57 semanas, por los ciclos de marzo y julio de 2006, que se dejaron de contabilizar por mora del empleador, según el detalle de pago que milita a folio 83 del C.1, y que se echan de menos en la historia laboral visible a folio 144, al probarse que sí los canceló Aservicol- fls. 79 y 80-.

Igual ocurre con respecto a los ciclos de julio y noviembre de 2007, esto es, 8.57 semanas, que se anotan en 0 por la mora del empleador, lo que no debe afectar al afiliado dado las acciones de cobro que tienen a su alcance las AFP[[3]](#footnote-3); máxime que no hay duda que laboró para el empleador citado, al efectuar pagos en los meses anteriores como posteriores a los que se enuncian como morosos, sin que se presente novedad de retiro, de lo que se infiere que existió continuidad con el patronal Aservicol.

De otro lado, la Sala avizora que para los periodos de septiembre de 2000, enero de 2006, enero de 2007, a pesar de reportarse el pago de 30 días, se contabilizaron menos por la mora en el pago del empleador, lo que no puede afectar al afiliado, de lo que sigue que deben contabilizarse completos, faltando por agregar 0.87 semanas.

En suma, deben adicionarse un total de 120 días, 4 meses, respectivamente, que equivalen 17.14 semanas y 0.87 semanas, de los ciclos incompletos; que sumadas a las reportas en la historia laboral de la demandante, se genera un total de 498,3 semanas cotizadas al 31/10/2014.

Añadidos estos valores, arrojan 1.227,01 semanas (entre el sector público y cotizadas directamente al ISS), que son las que alcanzó a reunir la señora Otero Ojeda hasta el año 2014, cuando falleció; guarismo inferior al exigido por la ley 797 de 2003 para la fecha del deceso, que lo era 1.275 semanas, en razón a la gradualidad que introdujo esta ley; sin que por el solo hecho de aglutinar 1000 semanas antes de entrar a regir la mencionada ley, le permitiera un especie de congelamiento de los requisitos de la ley 100 de 1993 original hasta cumplir los 55 años de edad, que logró antes de fallecer, dado que al no satisfacer el requisito de la edad también en el año 2003, lo irradió la modificación que sufrió la Ley 100 de 1993, por lo que debía seguir cotizando, teniendo en cuenta que los dos requisitos: edad y semanas de cotización deben confluir bajo la misma normativa en el que se reúna el último de los requisitos.

De ésta forma lo estableció la Corte Suprema de Justica en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL 7039 del 5-04-2017, radicado 73273, donde señaló que el hecho que el afiliado alcance a cumplir el requisito de la edad en vigencia de una legislación determinada, no le da la posibilidad a completar el requisito faltante en cualquier tiempo, entrando en una especie de congelamiento.

En este orden de ideas, no se cumplieron los supuestos del parágrafo 1 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, entonces, no se dio paso a la pensión de sobrevivientes, por lo que tampoco sale avante la pretensión subsidiaria de la demanda.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se revocará en su totalidad la sentencia del 01-03-2017, y en su lugar, se absolverá a Colpensiones de las pretensiones formuladas en su contra y se condenará en costas en primera instancia a la parte actora a favor de Colpensiones al fracasar la demanda.

Costas en esta instancia no se causaron al tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Segunda de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 01 de marzo 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Amada Cristina Ojeda de Otero** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones** **COLPENSIONES,** para en su lugar:

1. **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES de las súplicas de la demanda.
2. **CONDENAR** en costas, en primera instancia, a la parte actora en favor de Colpensiones, por lo dicho.

**SEGUNDO.** Costas en esta instancia no se causaron al tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. SL18545-2016. Radicación N° 54796 de 30 de noviembre de 2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. M.P. Dres. Fernando Castillo Cadena y Gerardo Botero Zuluaga. SL4650-2017, Radicación N.° 45262 del 25/01/2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencias Sl 6912 del 10-05-2017 y Sl. 15980 del 02-11-2016, con ponencia de la magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, dentro de los procesos rad. 48378 y 69294. En la última de las citadas, se reiteró la posición adoptada en las Sentencias SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL 6469-2016, CSJ SL 16814-2015, CSJ SL 8082-2015, CSJ SL 4818-2015, CSJ SL 15718-2015 y CSJ SL 5429-2014, CSJ SL907-2013 y CSJ SL, 6 feb. 2013, rad. 45173. [↑](#footnote-ref-3)