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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, 19 junio de 2019

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00197-02

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María Ovidia Morales de Pescador

Demandado: Colpensiones y otros

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CAUSADA EN VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993 / NO SE CUMPLEN SUS REQUISITOS / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA PARA APLICAR ACUERDO 049 DE 1990 / REQUISITO DE TEMPORALIDAD / NO APLICA SI SE CUMPLE EL REQUISITO DE LAS 300 SEMANAS COTIZADAS EN CUALQUIER TIEMPO / FECHA DE CAUSACIÓN DEL DERECHO.**

… 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 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, el cual exige una densidad mínima de 26 semanas en cualquier tiempo, siempre que el asegurado al momento del deceso hubiere estado efectuando cotizaciones al régimen, o que habiendo dejado de cotizar al sistema hubiere cotizado por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se produjo su deceso.

Siendo ello así, el afiliado Ángel Miro Pescador Bañol no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes con fundamento en dicha disposición normativa, como quiera que para el día de su óbito no se encontraba cotizando al sistema y, además, tampoco colma 26 semanas dentro del año que precedió su deceso…

… según reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa es perfectamente admisible para aquellos eventos en que el deceso del afiliado ocurre en vigencia de la Ley 100/93 original, permitiendo dar aplicación a lo dispuesto en el Acuerdo 049/90 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. En reciente sentencia SL4631 del 24 de octubre de 2018, radicación 68300, proceso donde se solicitó una pensión de invalidez con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa, y con base en dicho tránsito legislativo, esa superioridad asentó:

“No hay controversia en torno a la posibilidad de acudir al artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990 para resolver sobre pensiones de invalidez estructuradas en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando, como en este caso, el demandante no estaba cotizando para el 12 de noviembre de 2002, fecha en la cual se invalidó, ni cotizó 26 semanas en el año inmediatamente anterior a esa fecha”. (…)

… esta Sala de Decisión por mayoría de sus integrantes, concluye que la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, si bien de tiempo atrás le trazó un límite temporal a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre la Ley 100/93 y el Acuerdo 049/90, cuando se trata del cumplimiento de la hipótesis de densidad de 150 semanas aportadas dentro de los seis (6) años anteriores al suceso de invalidez o muerte, según sea el caso, tal como puede consultarse en sentencias SL4631 de 2018 y SL 14091 de 2016; no impuso tal restricción a la aplicación del referido principio cuando se trata del cumplimiento del requisito de las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, satisfechas en su integridad antes del 1º de abril de 1994, es decir, para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993.

… la causa que le da origen al derecho a la pensión de sobrevivientes es el deceso del afiliado o pensionado, por lo que es la fecha de ocurrencia de ese suceso la que debe ser tomada como referente para determinar, no sólo el surgimiento del derecho a la prestación, sino también la normatividad aplicable, indistintamente de si el surgimiento del derecho se da gracias a la aplicación de una interpretación constitucional favorable o no.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Es posición pacifica de la jurisprudencia considerar que la norma que rige las pensiones de invalidez y sobrevivientes es la vigente al momento en el que se produce el deceso del afiliado.

Excepcionalmente se ha permitido la aplicación de la legislación anterior en desarrollo de la denominada “condición más beneficiosa, respecto a la cual, para su aplicación, caben las siguientes precisiones.

Como quiera que el punto de partida para aceptar, en los asuntos de invalidez y sobrevivencia, la aplicación de la mal llamada “condición más beneficiosa”, es la falta de consagración de un régimen de transición –figura que por definición siempre tiene un límite temporal-, claro resulta que dicho beneficio no puede tener una vigencia ilimitada, conclusión a la que recientemente llegó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4650 de 25 de enero de 2017 radicación Nº 45262 con ponencia de los Magistrados Fernando Castillo Cadena y Gerardo Botero Zuluaga.

… la finalidad del pronunciamiento jurisprudencial, a que se hizo alusión con anterioridad, es limitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, de manera tal que se permita el uso de la antigua legislación mientras corre el período previsto en la nueva ley para poder cumplir con el requisito que esta señala. Esto es, en el tránsito de ley 100 de 1993 a ley 797 de 2003, tres (3) años y en el tránsito de acuerdo 049 de 1990 a ley 100 de 1993 un (1) año.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, hoy diecinueve de junio de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho de la mañana (8:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 03 de julio de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***María Ovidia Morales de Pescador*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** trámite al cual fueron vinculados los señores ***Fernoraldo Pescador Morales, María Adeli, César Augusto y María Rubiela Pescador Morales.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende la demandante se declare que en su condición de cónyuge supérstite del señor Ángel Miro Pescador Bañol, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y en consecuencia, se condene a Colpensiones a pagar dicha prestación económica a partir del 17 de julio de 1996, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales a su favor.

Como fundamento a esos pedimentos, expone que el 17 de julio de 1996 su cónyuge Ángel Miro Pescador Bañol falleció; que en vida se encontraba afiliado al régimen de prima media administrado por el ISS hoy Colpensiones, donde cotizó más de 300 semanas al 1 de abril de 1994; que convivieron de manera continua e ininterrumpida desde el 8 de julio de 1963, calenda en que contrajeron matrimonio; que producto de esa unión procrearon diez hijos; que mediante Resolución No. 002376 de 1997 el ISS hoy Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes peticionada, argumentando que el causante no cotizó el número de semanas exigidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para dejar causado el derecho, empero que sí reconoció la calidad de beneficiaria.

Por auto del 3 de mayo de 2016, la a-quo ordenó vincular al proceso a Fernoraldo, María Aldelli, César Augusto y María Rubiela Pescador Morales, quienes a la fecha del fallecimiento del afiliado, tenían 25 años de edad o menos.

Trabada la Litis, Colpensiones se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de mérito las de: “Inexistencia de la obligación”, “Improcedencia del cobro de intereses moratorios”, “Prescripción” y “Compensación”, ver fls.39 a 46.

Los vinculados María Aldelli, César Augusto y Fernoraldo Pescador Morales, pese haber sido debidamente notificados del auto admisorio de la demanda, guardaron silencio dentro del término otorgado para descorrer el traslado. Por su parte, María Rubiela Pescador Morales, contestó la demanda a través de Curador Ad Litem –fl.76-, sin oponerse a las pretensiones y sin proponer ningún medio exceptivo, ver fl.77.

El juzgado de conocimiento profirió sentencia condenatoria el 8 de agosto de 2017, sin embargo, esta Sala de Decisión mediante auto calendado el 4 de septiembre de ese mismo año, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia inclusive, al encontrar que el emplazamiento efectuado a María Rubiela Pescador Morales, no cumplía con las exigencias del artículo 108 del C.G.P.

Una vez corrigió el yerro advertido, la jueza de instancia profirió fallo el 3 de julio de 2018, en el que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir de la ejecutoria de la sentencia, en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, al encontrar que el afiliado fallecido había cotizado más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, y que la demandante demostró ser beneficiaria de la pensión en mención. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y compensación y no probada las demás.

Inconformes la parte actora y Colpensiones se alzaron contra la decisión. La primera, con el fin de que se acceda al retroactivo pensional e intereses moratorios solicitados, y la segunda, alegando que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes que se reclama.

Aunado a ello, la decisión fue remitida en grado jurisdiccional de consulta por haber sido desfavorable a los intereses de Colpensiones.

Nota: Por lo reglado en el inciso final del artículo 280 del C.G.P., de aplicación por la integración normativa autorizada por el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, no es necesario que la Sala se extienda en mayores prolegómenos de este litigio, más cuando son ampliamente conocidos por las partes.

***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 a los voceros de las partes asistentes por el término de 8 minutos, 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 lo que corresponda, previas las siguientes:

1. ***CONSIDERACIONES***

En orden a resolver la instancia, la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos:

*¿Dejó causado el señor Ángel Miro Pescador Bañol el derecho a la pensión de sobrevivientes, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa? En caso positivo,*

*¿Acreditó la señora María Ovidia Morales de Pescador la calidad de beneficiaria de la prestación pensional por sobrevivencia que reclama? En caso positivo,*

*¿Hay lugar a imponer condena por concepto de retroactivo pensional e intereses moratorios?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Son supuestos fácticos no controvertidos en esta actuación: (i) que el señor Ángel Miro Pescador Bañol falleció el 17 de julio de 1996, pues así se colige del registro civil de defunción visible a folio 10; (ii) que aquel contrajo matrimonio católico con la demandante el 8 de julio de 1963, según registro civil de matrimonio que obra a folio 11; (iii) que estuvo afiliado al ISS desde el 1º de junio de 1971 y el 1º de febrero de 1990, donde cotizó un total de 494 semanas en toda su vida laboral, según hoja de prueba del ISS visible a folio 13.

Partiendo de esas bases, se adentrará la Colegiatura a resolver el primero de los dilemas jurídicos planteados, consistente en determinar si el asegurado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios.

Para ello, es menester precisar 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 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, el cual exige una densidad mínima de 26 semanas en cualquier tiempo, siempre que el asegurado al momento del deceso hubiere estado efectuando cotizaciones al régimen, o que habiendo dejado de cotizar al sistema hubiere cotizado por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se produjo su deceso.

Siendo ello así, el afiliado Ángel Miro Pescador Bañol no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes con fundamento en dicha disposición normativa, como quiera que para el día de su óbito no se encontraba cotizando al sistema y, además, tampoco colma 26 semanas dentro del año que precedió su deceso, según la relación de novedades registradas por la Gerencia Nacional del ISS, el resumen de días pagados por salario y, la hoja de prueba expedida por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS, los cuales obran en el expediente administrativo allegado en medio magnético CD, y gozan de pleno valor probatorio, el último aporte del afiliado al sistema pensional fue el 1º de febrero de 1990.

No obstante, como quiera que los documentos en mención y la Resolución No. 002376 de 1997, por medio de la cual se negó el derecho a la pensión de sobrevivientes acá peticionada, dan cuenta que el asegurado fallecido había cotizado en toda su vida laboral al sistema pensional un total de 494 semanas entre el 1º de junio de 1971 y el 1º de febrero de 1990, 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 lo que respecta a la aplicación del mencionado principio, como fundamento de los pedimentos de esta acción, 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 referido principio, fundadas 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, en sentencias: 22 de octubre de 2013, 8 de mayo y 25 de julio de 2012, radicaciones: 39229, 35319 y 38674, entre otras, sostuvo:

“*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 (…). 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*”

Es así como, según reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa es perfectamente admisible para aquellos eventos en que el deceso del afiliado ocurre en vigencia de la Ley 100/93 original, permitiendo dar aplicación a lo dispuesto en el Acuerdo 049/90 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. En reciente sentencia SL4631 del 24 de octubre de 2018, radicación 68300, proceso donde se solicitó una pensión de invalidez con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa, y con base en dicho tránsito legislativo, esa superioridad asentó:

“No hay controversia en torno a la posibilidad de acudir al artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990 para resolver sobre pensiones de invalidez estructuradas en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando, como en este caso, el demandante no estaba cotizando para el 12 de noviembre de 2002, fecha en la cual se invalidó, ni cotizó 26 semanas en el año inmediatamente anterior a esa fecha.

Conforme al artículo 6 literal a) del mencionado acuerdo y a la actual jurisprudencia laboral, el actor tendría derecho a la pensión de invalidez por enfermedad común, siempre que hubiera cotizado: a) 300 semanas en cualquier tiempo anteriores a la vigencia del estatuto de pensiones, o b) 150 dentro de los 6 años inmediatamente anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, más 150 semanas, en los 6 años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; es decir, entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000, por haberse estructurado su estado incapacitante después de esta última fecha, tal cual lo ha adoctrinado la jurisprudencia laboral”.

En cuanto la temporalidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre la Ley 100/93 y el Acuerdo 049/90, en la citada sentencia, el órgano de cierre realizó las siguientes acotaciones:

*“Sobre esta temática se pronunció la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia CSJ SL 14091-2016, así:*

*Igualmente de manera pacífica, la Corte viene reiterando, en lo concerniente a las dos hipótesis sobre semanas cotizadas, que contiene la normatividad anterior a la nueva ley de seguridad social el Acuerdo 049 de 1990 art.6°, que: (i) la relativa a las 300 semanas cotizadas en cualquier época, deben estar satisfechas para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, o sea antes del 1° de abril de 1994; (ii) frente al otro supuesto referido a una densidad equivalente a 150 semanas, (…)”.*

Bajo esa perspectiva, esta Sala de Decisión por mayoría de sus integrantes, concluye que la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, si bien de tiempo atrás le trazó un límite temporal a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre la Ley 100/93 y el Acuerdo 049/90, cuando se trata del cumplimiento de la hipótesis de densidad de 150 semanas aportadas dentro de los seis (6) años anteriores al suceso de invalidez o muerte, según sea el caso, tal como puede consultarse en sentencias SL4631 de 2018 y SL 14091 de 2016; no impuso tal restricción a la aplicación del referido principio cuando se trata del cumplimiento del requisito de las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, satisfechas en su integridad antes del 1º de abril de 1994, es decir, para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993. Y no lo hizo, en razón a que dicho presupuesto, a diferencia del primero, no contempla un lapso mínimo determinado para el cumplimiento del requisito de semanas cotizadas al sistema pensional.

De suerte que, no se equivocó la a-quo al declarar que el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobreviviente en favor de sus beneficiarios, en los términos del artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con el artículo 25 ibídem, por haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo.

Con todo, se advierte que más que darle prosperidad a la pretensión de la parte actora con apoyo en el principio de la condición más beneficiosa, a lo que se acude realmente es a los más altos principios de proporcionalidad, equidad, igualdad, buena fe, confianza legítima y justicia, puesto que lo que se busca es evitar que los cambios legislativos transformen de manera arbitraria las expectativas legitimas que tienen los afiliados respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, haciendo un reconocimiento al esfuerzo de quienes han cotizado 300 o 150 semanas o más en tiempo anterior al tránsito legislativo, cuando operado éste tan sólo exigía 26 semanas al momento de la muerte en cualquier tiempo, si se encontrare cotizando, o 26 semanas en el último año, si hubiere dejado de cotizar, requisitos que si bien eran más benignos no los reunía, por haber terminado ya su ciclo laboral.

En cuanto a la calidad de beneficiaria de la pensión que ostenta la demandante, cabe resaltar que ésta fue aceptada por la entidad de seguridad social demandada cuando accedió a reconocerle la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite de aquél, por lo que tal circunstancia es suficiente para dar por acreditado su derecho a la prestación que reclama. Por consiguiente, acertó la funcionaria de primer grado al tenerla como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada.

Igual situación ocurre con los vinculados al proceso en calidad de litisconsortes necesarios César Augusto y Fernoraldo Pescador Morales, a quienes en calidad de hijos menores del causante al momento de su deceso, les fue reconocida en la proporción correspondiente la indemnización sustitutiva de la pensión, al tenor de lo preceptuado en el artículo 47 de la Ley 100/93 original.

De suerte que, tampoco milita duda en torno al derecho pensional que les asistía desde la fecha del deceso del afiliado -17 de julio de 1996- y hasta el momento en que arribaron a la mayoría de edad, esto es, el 2 de diciembre de 2001 y el 8 de diciembre de 1997, en su orden, sin que acreditaran que con posterioridad emprendieron estudios académicos, en aras de conservar el derecho hasta los 25 años de edad.

No obstante, como quiera que una vez adquirieron capacidad legal para actuar, dejaron transcurrir más de tres años para acudir ante la justicia a reclamar el derecho que les asistía, las mesadas pensionales antes referidas, quedaron cobijadas por el fenómeno de la prescripción que alegó Colpensiones, en los términos del artículo 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T y de la S.S., tal como lo indicó la a-quo.

En relación con los otros dos litisconsortes, María Adelli y María Rubiela Pescador Morales, cabe agregar que ningún pronunciamiento se hará, pues pese a que fueron debidamente notificadas de la demanda, no manifestaron su intención de reclamar el derecho que eventualmente podría asistirles frente a la pensión de sobrevivientes, en calidad de hijas del causante, mayores de edad pero menores de 25 años al momento del deceso.

Con lo expuesto, queda resuelto en su integridad el grado de consulta y el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

En cuanto a la inconformidad de la parte actora, ésta reprocha que la operadora de primera instancia haya optado por otorgar la prestación pensional, empero, a partir de la ejecutoria de la sentencia, sin reconocer retroactivo alguno, pues a su juicio, sí era procedente por lo menos desde el 3 de agosto de 2013, esto es, tres años antes de la presentación de la demanda.

Para resolver tal cuestionamiento, basta precisar que la causa que le da origen al derecho a la pensión de sobrevivientes es el deceso del afiliado o pensionado, por lo que es la fecha de ocurrencia de ese suceso la que debe ser tomada como referente para determinar, no sólo el surgimiento del derecho a la prestación, sino también la normatividad aplicable, indistintamente de si el surgimiento del derecho se da gracias a la aplicación de una interpretación constitucional favorable o no.

Así lo consideró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, sentencia STL 4333 de 2018, cuando en un asunto de similares contornos, dijo que procedía el retroactivo de una pensión de invalidez que fue reconocida en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Además, ha procedido de conformidad en múltiples pronunciamientos, entre ellos, en sentencia SL 22232 de 2017.

Atendiendo lo dicho, la fecha de disfrute de esta prestación sería el 18 de julio de 1996, día siguiente al deceso del afiliado. Sin embargo, por virtud de la excepción de prescripción propuesta, quedan afectadas por dicho fenómeno extintivo las mesadas causadas con antelación al 8 de marzo de 2013, como quiera que esta acción judicial fue presentada ese día y mes del año 2016, según consta a folio 9 del expediente.

Así las cosas, efectuados los cálculos de rigor, el valor del retroactivo pensional por las mesadas causadas entre el 8 de marzo de 2013 y el 31 de mayo de 2019, asciende a $56.493.757, según el cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta final que se suscriba de esta audiencia.

A lo que si no se accederá es al pago de los intereses moratorios desde el término peticionado, en razón a que tal como lo pregonó 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).

Por ende, acertó la juez de instancia al acceder a tales réditos moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Sale avante, por ende, parcialmente el recurso de la parte actora, por lo que se revocará el ordinal 3º de la sentencia apelada, para acceder al retroactivo solicitado.

Costas en esta instancia a cargo de la Colpensiones y en favor de la demandante, dada la improsperidad del recurso.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** Sala de decisión No. 3 administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. **Revocar parcialmente** el ordinal 3ºdela sentencia proferida el 3 de julio de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de indicar que el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes surte efectos a partir del 8 de marzo de 2013, debiendo Colpensiones cancelar a favor de María Ovidia Morales de Pescador a título de retroactivo pensional causado al 31 de mayo de 2019, la suma de $56.493.757, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.
2. **Confirma** todo lo demás.
3. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y en favor de la actora.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

Salva voto

**ANEXO**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **VALOR DE LA MESADA** | **No. MESADAS** | **TOTAL** |
| 2013 | $589.500 | 6,43 | $3.790.485 |
| 2014 | $616.000 | 14 | $8.624.000 |
| 2015 | $644.350 | 14 | $9.020.900 |
| 2016 | $689.454 | 14 | $9.652.356 |
| 2017 | $737.717 | 14 | $10.328.038 |
| 2018 | $781.242 | 14 | $10.937.388 |
| 2019 | $828.116 | 5 | $4.140.580 |
| **TOTAL** | | | **$56.493.757** |

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

*Radicación: 66001-31-05-005-2016-00197-02*

*Proceso: Ordinario.*

*Accionante: María Ovidia Morales de Pescador*

*Demandado: Colpensiones y otros*

MAGISTRADO: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, diecinueve [19] de junio de dos mil diecinueve [2019].

**SALVAMENTO DE VOTO:**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la decisión del juzgado de conocimiento proferida el 03 de julio de 2018 debió ser revocada para en su lugar negar todas las pretensiones de la demanda.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia, se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso, partiendo de la necesidad de resolver como problemas jurídicos, si:

***¿Dejó causada con su deceso la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios el señor Ángel Miro Pescador Bañol?***

***De acuerdo con la respuesta al interrogante anterior ¿Tiene derecho la señora María Ovidia Morales de Pescador a la pensión de sobrevivientes y el pago de retroactivo pensional?***

Con el propósito de dar solución al interrogante en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, el siguiente aspecto:

**1. NORMATIVIDAD APLICABLE PARA LA PENSION DE SOBREVIVIENTES.**

Es posición pacifica de la jurisprudencia considerar que la norma que rige las pensiones de invalidez y sobrevivientes es la vigente al momento en el que se produce el deceso del afiliado.

Excepcionalmente se ha permitido la aplicación de la legislación anterior en desarrollo de la denominada “condición más beneficiosa, respecto a la cual, para su aplicación, caben las siguientes precisiones.

**2. VIGENCIA DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.**

Como quiera que el punto de partida para aceptar, en los asuntos de invalidez y sobrevivencia, la aplicación de la mal llamada “condición más beneficiosa”, es la falta de consagración de un régimen de transición –figura que por definición siempre tiene un límite temporal-, claro resulta que dicho beneficio no puede tener una vigencia ilimitada, conclusión a la que recientemente llegó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4650 de 25 de enero de 2017 radicación Nº 45262 con ponencia de los Magistrados Fernando Castillo Cadena y Gerardo Botero Zuluaga.

En esa providencia, la Alta Magistratura, luego de señalar que la condición más beneficiosa es: a) Una excepción al principio de la retrospectividad, b) Que opera en la sucesión o tránsito legislativo, c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro, d) Entra en vigor a falta de un régimen de transición, e) Es aplicable a aquellos afiliados que tienen una expectativa legítima, al cumplir en su integridad la densidad de semanas exigidas en la Ley derogada, y f) Respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma; determinó que para dejar causada la pensión de sobrevivientes en desarrollo del mencionado principio de la condición más beneficiosa en tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, se debe acreditar como requisito sine qua non que el deceso se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y a partir de ese evento, en cada caso concreto se debe estudiar si el causante se encontraba en alguna de las cuatro circunstancias allí descritas para dejar causado el derecho.

**2. TEMPORALIDAD PARA LA APLICACIÓN DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.**

Así pues, la finalidad del pronunciamiento jurisprudencial, a que se hizo alusión con anterioridad, es limitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, de manera tal que se permita el uso de la antigua legislación mientras corre el período previsto en la nueva ley para poder cumplir con el requisito que esta señala. Esto es, en el tránsito de ley 100 de 1993 a ley 797 de 2003, tres (3) años y en el tránsito de acuerdo 049 de 1990 a ley 100 de 1993 un (1) año. La razón es simple: mientras esos periodos están corriendo, si ocurre la contingencia, no es posible decir que se tuvo oportunidad de cumplir la exigencia de la nueva ley y por ello debe permitirse acudir a la anterior, pero corridos los mismo no existe justificación para no tener cumplido a cabalidad el número de semanas que la nueva legislación exige.

En otras palabras, a título de ejemplo en el paso de ley 100 de 1993 a ley 797 de 2003, se pone este límite (3 años), por la potísima razón de que es ese precisamente el lapso previsto en la nueva ley para poder acreditar el requisito de las 50 semanas, entendiéndose entonces que transcurridos esos tres años, no existe razón para que no se hayan realizado los aportes exigidos en la nueva normatividad y por ende, si el interesado no los efectuó, no hay lugar a mantener la vigencia de la ley anterior.

Ahora, si bien hasta el momento no existe interpretación que en similar sentido cobije el cambio normativo que se presentó entre el Acuerdo 049/90 y la Ley 100/93, se considera que en ese evento, al tratarse de normas más antiguas, resulta igualmente procedente establecer la misma restricción y con los mismos parámetros señalados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, antes referida.

**EL CASO CONCRETO**

No se encuentra en discusión que el señor Ángel Miro Pescador Bañol falleció el 17 de julio de 1996, pues de ello da cuenta el registro civil de defunción expedido por la Notaría Única del Circuito de Riosucio Caldas –fl.10-; mediante Resolución No. 002376 de 1997 el ISS hoy Colpensiones, reconoció y pagó a favor la señora María Ovidia Morales de Pescador y sus hijos César Augusto y Fernoraldo Pescador Morales, en calidad de beneficiarios del afiliado fallecido, la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes –fl.12 a 14-.

En consecuencia, es necesario estudiar si el afiliado fallecido pudo haber dejado causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus causahabientes, habiendo cotizado el número de semanas exigidas por la normatividad que se encontraba vigente para el 17 de julio de 1996, que no es otra que la establecida en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

En ese sentido, señala la precitada norma, que de estar activo como cotizante para el momento del deceso, le basta al afiliado fallecido haber cotizado 26 semanas en cualquier tiempo para dejar causada la prestación, pero que de no tener esa calidad al momento de su muerte, le corresponderá haber cotizado esas mismas 26 semanas, pero dentro del año anterior a su fallecimiento.

Como se desprende de la historia laboral del causante –fls.79 a 80- y la hoja de prueba con base en la cual el ISS liquidó la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a la actora –fls.13 y 14-, se observa que el señor Ángel Miro Pescador Bañol no se encontraba activo como cotizante para el 17 de julio de 1996 y dentro del año anterior a dicha calenda no registra cotizaciones al sistema general de pensiones, lo que conlleva a declarar que el afiliado no dejo causado el derecho pensional que se reclama, a favor de sus beneficiarios, conforme a los postulados la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, tampoco habría lugar a dar aplicación a la condición más beneficiosa, por cuanto como bien se indicó precedentemente, para estudiar la solicitud pensional bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990, el deceso del señor Ángelo Miro Pescador Bañol, debió producirse dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, entre el 1º de abril de 1994 y la misma fecha del año 1995, sin embargo, según el registro civil de defunción visible a folio 10 del expediente, tal suceso tuvo lugar el 17 de julio de 1996.

Bajo tales circunstancias, como el señor Ángel Miro Pescador Bañol no dejó causado el derecho pensional reclamado por la accionante, debió revocarse la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, para en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

Dejo así salvado mi voto,

#### JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Magistrado