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, jueves 4 de julio de 2019

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00463-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Carolina Osorio Herrera en representación de su hijo Juan José Gómez Osorio

Demandado: Protección S.A.

Llamado en garantía: Seguros Bolívar S.A.

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN / QUE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA NORMA ANTERIOR SE HAYAN CUMPLIDO BAJO SU VIGENCIA.**

Como regla general, se tiene que la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado. Sin embargo, tal regla, no es irrompible, sino que en ciertos casos, es perfectamente posible que, cuando bajo un régimen legal anterior se logró cumplir con la densidad de cotizaciones exigidas en ese cuerpo legal, el cambio normativo no puede afectar tal expectativa razonable, así el riesgo se materialice en vigencia de otra norma. Tal posibilidad se desprende del principio de la condición más beneficiosa, que protege las expectativas legítimas frente a las cuales el legislador, ante un cabio normativo, no estableció otro mecanismo de protección, como un régimen de transición.

Sin embargo, la aplicación del aludido principio no proviene de la mera transición legal, sino que es necesario y forzoso para poderse invocar su aplicación, que en vigencia de la normatividad derogada, se hubiere cumplido con todas las exigencias de cotizaciones que la misma exigía, pues de lo contrario, ninguna expectativa legitima se estaría protegiendo y, simplemente, se estaría aplicando ultra activamente una norma sin vigencia, desconociéndose con ello el principio de retrospectividad de la ley laboral y de seguridad social, contenido en el canon 16 del CL, en virtud del cual, una nueva norma produce efecto general inmediato, sin tener efectos retroactivos, empero, los alcances de la nueva ley cubren situaciones no consolidadas o definidas por la norma anterior.

Lo anterior, implica que no es posible la aplicación de cualquier régimen anterior, sino solamente aquel bajo el cual se reunió la densidad de cotizaciones necesarias para que se consolidara el derecho, al amparo de la nueva norma.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy cuatro (4) de julio de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia 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 el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia dictada el 16 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve **Carolina Osorio Herrera** en representación de su hijo menor **Juan José Gómez Osorio**contra la ***AFP Protección S.A. ,*** quien llamó en garantía a**Seguros Bolívar S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***ANTECEDENTES***

Pretende la parte actora que se declare que el señor Leonardo Fabio Gómez Arredondo dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, y con base en ello, aspira a que se condene a la AFP Protección S.A. a reconocer y pagar a favor del menor Juan José Gómez Osorio la prestación económica en cuantía equivalente al SMLMV, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o en subsidio la indexación de las condenas, más las costas procesales a su favor.

Como fundamento a esos pedimentos, se expone en la demanda que la señora Carolina Osorio Herrera sostuvo una relación sentimental sin convivencia con el señor Leonardo Fabio Gómez Arredondo, quien falleció el 19 de julio de 2010 por actos violentos; que la pareja procreó a Juan José Gómez Osorio, quien al momento del deceso de su padre tenía 6 años de edad; que el señor Gómez Arredondo se encontraba afiliado a la AFP ING S.A. hoy Protección S.A., cotizando un total de 38.14 semanas al sistema general de pensiones dentro de los tres años anteriores al deceso; que la madre del menor elevó la respectiva reclamación administrativa ante la entidad de seguridad demandada, empero que, está la negó por medio de oficio Nº 16535 de 31 de diciembre de 2010, por no acreditar la densidad de semanas exigidas en la Ley 797 de 2003, reconociendo en su defecto la devolución de saldos por valor de $800.000; se aduce que no obstante lo anterior, la entidad accionada omitió realizar el análisis con base en el principio de la condición más beneficiosa, aplicando los presupuestos del artículo 46 de la Ley 100/93 original.

Admitida la demanda se dio traslado a la entidad demandada, la cual allegó respuesta por medio de portavoz judicial en la que se opuso a las pretensiones, al considerar que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho en cuestión, por cuanto no acreditó la densidad mínima de semanas exigidas en la norma aplicable. En su defensa, excepcionó de fondo “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Inexistencia de la obligación y/o cobro de lo no adeudado respecto de la pensión de sobrevivencia”, “Inexistencia de la causa por insuficiente densidad de semanas cotizadas para reconocer la pensión de sobrevivencia”, “Ausencia del derecho sustantivo respecto de la pensión de sobrevivencia”, “Exclusiva responsabilidad del empleador en caso de retiro irregular”, “Responsabilidad penal del empleador en caso de haber existido esta”, “Falta de enunciación en cuanto al origen del riesgo”.

En escrito adjunto, llamó en garantía a la sociedad Seguros Bolívar S.A. en virtud a póliza previsional de seguro colectiva de invalidez y/o sobrevivencia vigente entre el 31 de marzo de 2010 y el 31 de marzo de 2011.

Dicha compañía aseguradora allegó respuesta a través de su apoderada judicial, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento y propuso como excepciones las que denominó “Inexistencia del cumplimiento de los requisitos mínimos que establece la Ley para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes”, “Ausencia de prueba de ocurrencia del siniestro”, “Condiciones especiales del contrato de seguro previsional expedido por la compañía de Seguros Bolívar S.A.”, “Límite de responsabilidad de la aseguradora”, “Inexistencia de la obligación de cancelar la mora”, “Buena fe”, “Prescripción” y “Las que resulten probadas en el proceso”.

***SENTENCIA***

El Juez del conocimiento dictó sentencia el 16 de octubre de 2018, en la que negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes peticionada, como quiera que no cotizó las 50 semanas en los tres años que antecedieron su deceso, tal cual lo exige el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. De otra parte, estimó que era improcedente dar aplicación a la Ley 100/93 en su versión original, de conformidad con el principio de la condición más beneficiosa, por cuanto el afiliado no se encontraba afiliado ni cotizó ni una semana en vigencia de dicha norma.

***CONSULTA***

Atendiendo que la decisión es completamente desfavorable a los intereses de la parte actora, se dispuso su consulta en los términos 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.***

Deberá la Sala analizar los siguientes interrogantes jurídicos:

¿Dejó causado el afiliado Leonardo Fabio Gómez Arredondo el derecho pensional de sobrevivientes al momento de su deceso?

En caso de que la pregunta anterior tenga respuesta positiva, deberá la Sala resolver la siguiente pregunta:

¿Reúne el menor Juan José Gómez Osorio las condiciones exigidas por la Ley para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes?

**Solución de los problemas jurídicos.**

**Causación del derecho.**

Como regla general, se tiene que la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado. Sin embargo, tal regla, no es irrompible, sino que en ciertos casos, es perfectamente posible que, cuando bajo un régimen legal anterior se logró cumplir con la densidad de cotizaciones exigidas en ese cuerpo legal, el cambio normativo no puede afectar tal expectativa razonable, así el riesgo se materialice en vigencia de otra norma. Tal posibilidad se desprende del principio de la condición más beneficiosa, que protege las expectativas legítimas frente a las cuales el legislador, ante un cabio normativo, no estableció otro mecanismo de protección, como un régimen de transición.

Sin embargo, la aplicación del aludido principio no proviene de la mera transición legal, sino que es necesario y forzoso para poderse invocar su aplicación, que en vigencia de la normatividad derogada, se hubiere cumplido con todas las exigencias de cotizaciones que la misma exigía, pues de lo contrario, ninguna expectativa legitima se estaría protegiendo y, simplemente, se estaría aplicando ultra activamente una norma sin vigencia, desconociéndose con ello el principio de retrospectividad de la ley laboral y de seguridad social, contenido en el canon 16 del CL, en virtud del cual, una nueva norma produce efecto general inmediato, sin tener efectos retroactivos, empero, los alcances de la nueva ley cubren situaciones no consolidadas o definidas por la norma anterior.

Lo anterior, implica que no es posible la aplicación de cualquier régimen anterior, sino solamente aquel bajo el cual se reunió la densidad de cotizaciones necesarias para que se consolidara el derecho, al amparo de la nueva norma.

El tema fue tratado de manera amplia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicando las características que ostenta el principio de la condición más beneficiosa, siendo pertinente, para una mejor comprensión, citar algunos apartes del mismo:

*“5. El destinatario posee una situación jurídica concreta - expectativa legítima-*

*En pensiones de siniestro, como las de invalidez y sobrevivientes, no es fácil establecer qué es una situación jurídica concreta. Empero, se ha entendido por la Jurisprudencia que la situación es concreta si se cumple en estos casos con la densidad de semanas de cotización, dentro del plazo estrictamente exigido por la normatividad aplicable*

*Así, por ejemplo en el régimen de los seguros sociales obligatorios, la situación es concreta si el afiliado cotizó 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, dado que la norma exigía ese número de semanas de cotización en todo el tiempo.*

*Con la vigencia de la Ley 100 de 1993, en parte puede existir una definición de situación concreta a estos efectos, dado que la norma precisa tal situación dependiendo de la cotización efectiva” (SL 4650 de 2017).*

Claro como quedó con lo dicho, especialmente, con la jurisprudencia memorada, ha de concluirse que el principio de la condición más beneficiosa es el medio interpretativo, con el cual se amparan aquellas expectativas legítimas o situaciones jurídicas no consolidadas, sin preverse un régimen de transición que respetare por breve tiempo tales expectativas legítimas, o cualquier otro medio legal que posea el mismo propósito, tal es lo que sucede con la regulación legal de las prestaciones de invalidez o sobrevivencia, respecto de las cuales se haya cumplido al amparo de la disposición anterior la densidad de cotizaciones o similares, aunado a que el riesgo se materialice con posterioridad, por cuanto no se dieron las condiciones establecidas en la nueva normativa.

Con estas sub-reglas, se dispondrá la Colegiatura a analizar el caso puntual, aludiendo desde ya, que la respuesta que se brindará a los interrogantes jurídicos será negativa, amén que el causante Leonardo Fabio Gómez Arredondo no efectuó conforme lo exige el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al deceso, pues según la certificación emitida por el fondo privado, visible a folio 81, únicamente reporta durante ese lapso un total de 41.71 semanas de aportes. Aunado a ello, tampoco reporta cotización alguna al sistema pensional, cuando estaba vigente la Ley 100 de 1993 en su versión original, puesto que su afiliación al sistema pensional apenas se dio para el ciclo febrero de 2007 como se observa en los documentos visibles a folios 74 y 75, lo que necesariamente implica, la imposibilidad de dar aplicación al citado principio, en la medida en que, su situación tampoco estuvo subsumida en la precedente legislación.

Claramente, como ya se dijo, no es que el beneficiario pueda escoger la norma que regula su situación, sino que, alcanzados los presupuestos consagrados en la legislación precedente, se pueda activar bajo el imperio de la nueva, la protección especial a su expectativa legitima, brindada por el principio de la condición más beneficiosa.

Así las cosas, se itera, el afiliado fallecido no dejó causado el derecho pensional a sus beneficiarios, razón por la cual, tal como lo hizo el a-quo, se deben negar las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia, dado que el asunto se conoce en grado jurisdiccional de consulta.

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

***FALLA***

***1. Confirmar*** la sentencia proferida el 16 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

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

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

***FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES***

***ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA***

 *Magistrada Magistrada*

 *En uso de permiso*