



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 041

Audiencia número: 566

En Santiago de Cali, a los trece (13) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con el artículo 13 de la ley 2213 del 2022, modificadorio del artículo 82 del CPL y SS, nos constituimos en audiencia con el fin de darle tramite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 282 proferida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por BERNARDA DE LOURDES DE LA OSSA CONTRERAS contra COLPENSIONES.

AUTO NUMERO: 1463

RECONOCER personería a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.144.041.976, con tarjeta profesional número 258.258 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandataria judicial de COLPENSIONES.

Aceptar la sustitución del mandato a favor del abogado JAIME ALBERTO RAIGOZA OROZCO, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.144.182.054, con tarjeta profesional número 322.221 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandatario judicial de COLPENSIONES.

La anterior decisión quedará notificada con la sentencia que a continuación se profiere.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Al formular alegatos de conclusión la apoderada de la parte demandada, luego de hacer el recuento normativo, expresa que el señor José Julio Sinisterra cotizó 356.77 semanas



antes de la Ley 100 de 1993, y en vida recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, considerando por ello que no hay lugar al reconocimiento de la pensión porque el fallecimiento del señor Sinisterra es del 25 de mayo de 2015, no encontrándose cotizaciones dentro de los 3 años inmediatamente al deceso, como lo exige la Ley 797 de 2003, norma vigente para el caso que nos ocupa. Además, expresa que no le es aplicable el principio de condición más beneficiosa, que sólo tendría aplicación respecto de la norma inmediatamente anterior, donde tampoco se acredita las 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, como lo exige la Ley 100 de 1993, norma que, por demás, sólo se aplica cuando el evento acaece del 19 de enero de 2003 al mismo día y mes del año 2006, supuesto que tampoco se da en este caso. Por lo tanto, considera que no surge el derecho reclamado.

La apoderada de la actora, solicita la modificación de la sentencia de primera instancia, para que no se acceda al descuento del retroactivo pensional por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y se concedan los intereses moratorios.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA N. 0524

Pretende la demandante que se declare que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante JOSE JULIO SINISTERRA LEMO, a partir del 25 de mayo de 2015, con el pago de los correspondientes intereses moratorios.

En sustento de esas peticiones anuncia la actora que el señor José Julio Sinisterra Lemo estuvo afiliado a Colpensiones y cotizó 356.57 semanas antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993; que recibió el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$1.851.366. Que la actora convivió con el señor Sinisterra Lemo en calidad de compañera permanente desde el 17 de enero de 1981 hasta el día del fallecimiento de éste.



Que el 12 de noviembre de 2020 solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, presentando como fundamento la sentencia SU 005 de 2018, pero aún no se ha emitido respuesta.

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Colpensiones, dio respuesta a la demanda, a través de apoderada judicial, oponiéndose a las pretensiones porque no se cumple con los parámetros para dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial decide declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada, salvo la de prescripción que la declara probada parcialmente. Declara que la demandante tiene derecho a la aplicación de la condición más beneficiosa, debiendo Colpensiones reconocer la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, señor José Julio Sinisterra Lemo, a partir del 12 de noviembre de 2017 y en forma vitalicia, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, a razón de 13 mesadas anuales, con sus correspondientes rendimientos. Liquidada el correspondiente retroactivo pensional a partir del 12 de noviembre de 2017 al 30 de junio de 2022. Autorizando a Colpensiones a hacer el descuento por aportes a la seguridad social. Ordenando que el retroactivo pensional causado hasta la ejecutoria de la sentencia sea cancelado debidamente indexado hasta la ejecutoria de esta providencia y de ahí en adelante se reconocerán los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas. Autoriza que del retroactivo pensional se haga el descuento de lo cancelado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.



Para arribar a la anterior conclusión la A quo, da aplicación al principio de la condición más beneficiosa, porque no presenta semanas cotizadas antes del deceso del afiliado, pero si cuenta con más de 300 semanas cotizadas antes del 01 de abril de 1994. Atendiendo para ello precedentes jurisprudenciales que cita y por ello concede la prestación bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Además, hace el análisis a efectos de verificar si la actora supera el test expuesto en la sentencia SU 005 de 2018, encontrando que las prueba aportadas al plenario permiten establece se cumple a cabalidad con las exigencias de la sentencia de unificación, declarando a la demandante como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente.

Concede la prestación en cuantía del salario mínimo y a razón de 13 mesadas anuales, porque ya está vigente el Acto Legislativo 01 de 2005. Considerando que hay prescripción parcial porque el derecho se generó desde el fallecimiento del afiliado y la actora presenta la reclamación el 12 noviembre de 2020, por ello, accede al retroactivo generado a partir del 12 de noviembre de 2017.

En cuanto a los intereses moratorios, no se genera desde el vencimiento del plazo porque la prestación se concede por aplicación de precedentes jurisprudenciales por ello ordena la indexación hasta la ejecutoria y de ahí en adelante los intereses moratorios.

RECURSO DE APELACION

Reclama la apoderada de la parte actora al formular el recurso de alzada que se concedan los intereses moratorios desde el término del vencimiento de los 2 meses como lo establece la sentencia SU 065 de 2018, donde los intereses moratorios, rigen para todo tipo de pensiones. Si bien se da la prestación en aplicación de la condición más beneficiosa, sentencia que son de unificación y por lo tanto de obligatorio cumplimiento. Censura la orden de devolución de lo recibido por la indemnización sustitutiva de a pensión de vejez, porque se trata de un riesgo diferente.

La mandataria judicial de Colpensiones, solicita la revocatoria de la providencia de primera instancia, afirmando que el causante no presenta cotizaciones dentro de 3 años antes del fallecimiento y que la aplicación del principio de condición beneficiosa no opera, pasando de la



Ley 797 de 2003 a Decreto 758 de 1990, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, donde supone una secuencia normativa, por lo tanto, se trata de dar aplicación a la norma inmediatamente anterior, pero tampoco hay semanas cotizadas como lo exige la Ley 100 de 1993, y por lo tanto, no hay lugar a la prestación.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la providencia de primera instancia es adversa a COLPENSIONES, entidad de la cual la Nación es garante, se surte el grado jurisdiccional de consulta en atención al artículo 69 del CPL y SS.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a los argumentos expuestos al formularse el recurso de apelación y ante el grado jurisdiccional de consulta, corresponderá a la Sala determinar si hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, de ser afirmativa la respuesta se analizará si la parte actora acredita la calidad de beneficiarias y de ser así, se cuantificará el retroactivo pensional. Igualmente se analizará si hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios y de ser afirmativa la respuesta, desde cuando se causa. Por último, se definirá si es procede o no ordenar la devolución de lo cancelado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Encuentra la Sala que no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos:

1. La vinculación que tenía el señor José Julio Sinisterra Lemo al régimen de prima media, cotizando de manera interrumpida desde el 20 de febrero de 1989 al 22 de diciembre de 1985, para un total de 356.57. (pdf. 04)
2. El deceso del señor José Julio Sinisterra Lemo, el que acaeció el 25 de mayo de 2015 (pdf. 04)
3. El reconocimiento que hizo la demandada a favor del señor José Julio Sinisterra Lemo de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$1.851.366 (pdf. 04)



4. La reclamación presentada por la demandante el 12 de noviembre de 2020 (pd. 04)

De acuerdo con la fecha del deceso del señor Benjamín Echeverri Ocampo, 25 de mayo de 2015, se encuentra vigente la Ley 797 de 2003, que en el artículo 12 dispone:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento..”:*

El presupuesto que exige la norma citada, es acreditar 50 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al deceso, el que tuvo lugar el 25 de mayo de 2015, por lo tanto, se debía acreditar que entre el 25 de mayo de 2012 al mismo día y mes del año 2015 se tenía ese número de semanas cotizadas, pero de acuerdo con la historia laboral que lleva Colpensiones, la última cotización corresponde al mes de diciembre de 1985.

La A quo otorgó la prestación en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Veamos el marco jurisprudencial al respecto:

La sentencia C-168 de 1995 dispuso:

“[d]e conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.”

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia SL4650-2017 estableció que este principio de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características:

“a) Es una excepción al principio de la retrospectividad b) 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 solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva. e) Entra



en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada. f) Respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma.”

Establece claramente ese pronunciamiento:

“Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.”

De lo anterior queda claro que, es indispensable para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa que el afiliado cumpla con todos los requisitos exigidos por la norma que pretende le sea aplicada, antes de que se dé el cambio de legislación o dentro de lo que llama nuestro órgano de cierre de la jurisdiccional ordinaria “zona de paso”.

Pero sobre el tema que nos ocupa, también se ha pronunciado la corte Constitucional SU 005-2018, cuya finalidad, en palabras de la Guardiania de la Constitución es dar hacer un “ajuste jurisprudencial a la interpretación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes”, y para ello expuso textualmente las siguientes consideraciones:

(i) De conformidad con lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de sobrevivientes son los dispuestos en las leyes del Sistema General de Pensiones, esto es, el sistema reglado entre otras, por la Ley 100 de 1993 y modificado por la Ley 797 de 2003. Esta regla constitucional impide la aplicación ultractiva de regímenes de pensiones de sobrevivientes anteriores a la Ley 100 de 1993.

(ii) Varias Salas de Revisión han aplicado, de manera ultractiva, el régimen previsto por el Acuerdo 049 de 1990 -e incluso regímenes anteriores-¹, en cuanto al primer requisito para la causación del derecho, esto es, el número mínimo de semanas de cotización para la obtención de la pensión de sobrevivientes.

¹ Cfr., entre otras, las sentencias T-566 de 2014, T-719 de 2014, T-735 de 2016, T-084 de 2017 y T-235 de 2017.



(iii) Asimismo, en la Sentencia SU-442 de 2016 la Sala Plena aplicó de forma ultractiva el régimen del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto al requisito del número mínimo de semanas de cotización para la pensión de invalidez. Sin embargo, debido a que la pensión de sobrevivientes tiene una finalidad distinta de aquella de la pensión de invalidez -a saber, amparar al beneficiario del riesgo de desaparición del ingreso del cotizante, y garantizar la sustitución de este emolumento por el provisto por la pensión-, la Sala Plena no cambió su jurisprudencia acerca de la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 o anteriores, en cuanto tiene que ver con la pensión de invalidez, sino que la distinguió de aquella que debe aplicarse en cuanto a la pensión de sobrevivientes.

(iv) La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el principio de la condición más beneficiosa de una forma que lejos de resultar constitucionalmente irrazonable es acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005. Para dicha Corte, este principio no da lugar a la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 u otros regímenes anteriores. Por tanto, el hecho de que el cotizante hubiese realizado aportes pensionales, por lo menos por el número mínimo de semanas previsto en dicha normativa para acceder a la pensión de sobrevivientes, sumado a la muerte del cotizante tras la expedición de la Ley 797 de 2003, no genera el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes para el beneficiario. Esta regla, en todo caso, sí ha considerado la aplicación ultractiva de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, para efectos del cómputo de las semanas mínimas de cotización, únicamente en aquellos supuestos en los que la muerte del afiliado hubiese acaecido dentro de los 3 años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003. (Esta postura fue unificada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 25 de enero de 2017, Expediente SL45650-2017, Radicación N° 45262.)

(v) No obstante, para la Corte Constitucional, la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sí resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder a la pensión de sobrevivientes es una persona vulnerable. En estos casos, los fines que persigue el Acto Legislativo 01 de 2005 -hacer viable el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad y de igualdad para todos los cotizantes- tienen un menor peso en comparación con la muy severa afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas de las personas vulnerables. Por tanto, solo respecto de estas personas resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 –o regímenes anteriores- en cuanto al primer requisito, semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque el segundo requisito, la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003. Si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del tutelante, amerita protección constitucional.

(vi) Solo para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se considerarán como personas vulnerables aquellos individuos que hayan superado el Test de procedencia antes descrito. Para estas personas, las sentencias de tutela tendrán efecto declarativo del derecho y solo se podrá ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela.



El pronunciamiento de la Corte Constitucional expuesto en la sentencia SU 05-2018, lo acoge en su integridad la Sala mayoritaria por estar acorde con los principios expuestos en los artículos 53 de la C.P. y 21 del CST.

El test, que plantea la Guardiana de la Constitución es el siguiente:

Test de Procedencia	
Primera condición	<i>Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.</i>
Segunda condición	<i>Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.</i>
Tercera condición	<i>Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario.</i>
Cuarta condición	<i>Debe establecerse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes.</i>
Quinta condición	<i>Debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.</i>

Corresponde a la Sala verificar si en el caso concreto se cumplen las cinco condiciones del test de procedencia:

Primera: Pertenecer a un grupo de especial protección:

Dentro de los anexos de la demanda, se presentó copia de la cédula de ciudadanía de la señora Bernarda de Lourdes de La Ossa Contreras que permite determinar que cuenta con 71 años de



edad, al haber nacido el 11 de febrero de 1951. Además, se incorporó el certificado del Sisbén, donde anuncia que el puntaje de la actora es de 25.12. (pdf. 04)

El Sisbén es el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales que, a través de un puntaje, clasifica a la población de acuerdo con sus condiciones socioeconómicas. Se utiliza para identificar de manera rápida y objetiva a la población en situación de pobreza y vulnerabilidad para focalizar la inversión social y garantizar que esta sea asignada a quienes más lo necesitan. Este puntaje va de 1 a 100, siendo el 1 correspondiente a las personas de más necesidad y atención inmediata y 100 aquella que está en situación de mucha prosperidad económica.

De acuerdo con el puntaje obtenido en la encuesta del Sisbén practicado a la demanda, se encuentra que hace parte del grupo de personas con vulnerabilidad y por ello requiere protección especial del Estado.

Segunda: Afectación de la satisfacción de necesidades básicas y la tercera: Dependencia económica: Situación de a la que refieren el señor Ramiro Pio Álvarez Rodríguez, yerno de la demandante y Ana Rosa Castro Pastrana, vecina, quienes expusieron que la actora nunca ha laborado, siempre fue dependiente de su compañero permanente, decida al hogar y que ahora es una persona muy pobre, dependiendo actualmente de lo que su hija le pueda contribuir.

Cuarta: exige que se establece si *“el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes.”*. Condición que igualmente se cumple, como lo expuso los señores Ramiro Pio Alvarez y Ana Rosa Castro, cuando afirmaron que en el municipio donde residen en poca la fuente de trabajo, y por ello no pudo continuar cotizando.

Quinta. La diligencia que exige la sentencia de la Corte Constitucional, debe revisarse a partir de su pronunciamiento, y en este caso la actora solicita la pensión en el 2020 y ante la negativa, formula la respectiva acción judicial.



Al haber superado la demandante el Test de Procedencia, da lugar a la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, contemplado en el artículo 53 de la Carta Magna, definida entre otras en la sentencia T-190 de 2015, bajo el siguiente pronunciamiento:

“La regla de la condición más beneficiosa está llamada a operar en aquellos casos en que se identifique una sucesión de normas, en donde la preceptiva derogada del ordenamiento recobra vigencia para así mantener el tratamiento obtenido de su aplicación por conducir a un escenario mucho más beneficioso para el trabajador que aquel que resultaría de emplear la regulación legal que la sustituyó. La condición más beneficiosa supone la existencia de una situación fáctica concreta previamente reconocida y determina que ella debe ser respetada siempre y cuando sea más favorable al trabajador en comparación con la nueva que habría de aplicársele”

El principio de la condición más beneficiosa en materia de seguridad social es aplicado, precisamente en aquellos eventos en que el legislador no consagró un régimen de transición y la razón de ello, se genera “en las pensiones de vejez se da porque es viable considerar la mayor o menor aproximación a la edad y al total de cotizaciones exigidas bajo un régimen, para determinar el grupo de la población que eventualmente puede acceder a esa prestación (por el transcurso del tiempo – hecho determinable –, ya para completar cierta edad o para sumar un período de cotizaciones); mientras que en la de invalidez, por ejemplo, obedece a contingencias improbables de predecir y, por ende, no regulables por un régimen de transición” (sentencia CSJ SL de 5 de jul. 2005, rad. 24.280).

Para la aplicación de la condición más beneficiosa, es necesario revisar el tránsito legislativo, y de acuerdo con el análisis practicado, la norma vigente al momento del deceso del causante, es la Ley 797 de 2003, no cumpliéndose con los presupuestos que trae la norma en cita, como se analizó anteriormente.

Antes de esta normatividad se aplicaba Ley 100 de 1993, que establece en el artículo 46 como presupuestos para tener derecho a esa prestación:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;*
- b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.”*



La última cotización de Benjamín Echeverri Ocampo fue en diciembre de 1985 lo que se traduce en que el afiliado ni se encontraba cotizando al momento de su muerte (mayo de 2015), ni tenía 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su deceso.

Antes de la vigencia de la Ley de Seguridad Social, gobernaba el tema de pensiones el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, donde el 25 consagra la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común, indicando que hay derecho en los siguientes casos:

“a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común”.

La norma citada hace un reenvío al artículo 6, que exige:

“b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”

Verificamos el tiempo cotizado por el afiliado y tenemos que la documental obrante al pdf 04, que corresponde a la historia laboral, nos ilustra que el afiliado fallecido cotizó en total **356.57 semanas** que corresponden de febrero de 1969 a diciembre de 1985. Atendiendo la exigencia de la norma citada, se puede acreditar 300 semanas en cualquier tiempo, y en aplicación del principio constitucional de la condición beneficiosa, da derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por acreditar más del número de semanas que exige la norma en comento, derecho que se otorga desde el momento del fallecimiento del afiliado, esto es el 25 de mayo de 2015.

Al darse aplicación a la condición más beneficiosa, se debe dar aplicación total a la norma bajo la cual se analiza el tiempo cotizado, esto es el Acuerdo 049 de 1990, donde en su artículo 29 dispone.

“Compañero permanente. Para que el compañero o compañera permanente tengan derecho a la pensión de sobrevivientes, se requerirá, que sea soltero o siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y bienes, y que haya vida marital con el causante durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, o con la que haya tenido hijos; si en varias mujeres concurren estas circunstancias sólo tendrán un derecho preferencial las que tuvieron hijos con el asegurado fallecido.”



Como quiera que para ser beneficiarios de la prestación se debe acreditar convivencia, hecho acreditado con la declaración rendida por el señor RAMIRO PIO ALVAREZ RODRIGUEZ, que es la persona que convive con la hija del causante y de la demandante, razón por la cual refiere de ese conocimiento desde hace más de 15 años, además, expuso que él compartió vivienda con sus suegros del año 2004 a 2013. Que esa familia estaba compuesta por José Julio Sinisterra, Bernarda de la Ossa y su hija. Que la persona que trabajada era el señor Sinisterra, en labores de cargue y descargue de madera. Que a su fallecimiento la demandante se encuentra en condiciones de pobreza. En similares términos hizo referencia la señora ANA ROSA CASTRO PASTRANA, quien dice haber conocido a la pareja Sinisterra – De la Ossa desde hace más de 30 años, porque han compartido vecindario, que sabe que sólo tuvieron una hija, que el señor Sinisterra Lemo laboraba en oficios varios y era la persona que sostenía ese hogar, del que nunca se separaron.

Con esa prueba testimonial, no refutada por la parte contraria, se acredita una convivencia superior al término exigido por la ley; que da lugar al reconocimiento de la demandante como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente que lo fue del señor José Julio Sinisterra Lemo.

En cuanto a la cuantía de la pensión fue determinada en primera instancia en la suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, sin que esa consideración hubiese sido objeto de censura por las partes, que por demás está ajustada a lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 que prohíbe fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Antes de cuantificarse el valor del retroactivo pensional, la Sala analiza la excepción de prescripción oportunamente presentada por la parte demandada. Para ello, se parte de la fecha del fallecimiento del afiliado, 12 de noviembre de 2020 (pdf 04), obteniendo respuesta negativa a través de la Resolución SUB 282772 del 31 de diciembre de 2020 (pdf. 09) para finalmente presentar la demanda el 16 de diciembre de 2020.(pdf. 02). Por lo tanto, encuentra la Sala que se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas tres años antes de la reclamación administrativa, como acertadamente lo determinó la A quo, esto se concede el derecho a partir del 12 de noviembre de 2017.



El derecho a la pensión de sobrevivientes corresponde a las 13 mesadas anuales y una adicional por haberse concedió el derecho ya en vigencia de la reforma con la reforma constitucional expuesta en el Acto Legislativo 01 de 2005, encontrando la Sala que las operaciones realizadas en primera instancia, presentan error y al hacer la correspondiente liquidación y actualizar el valor del retroactivo pensional dándose aplicación al artículo 283 del CPG, norma aplicable en materia laboral como lo dispone el artículo 145 del CPL y SS, dando como resultado la suma de **\$57.061.995.20**, que corresponde al retroactivo pensional causado desde el 12 de noviembre de 2017 al 30 de noviembre de 2022, incluida una mesada adicional, de acuerdo con las siguientes operaciones matemáticas:

AÑO	MESADA	NUM. MESADAS	TOTAL ANUAL
2.017	737.717,00	18 días24 mesadas	1.918.064,20
2.018	781.242,00	13	10.156.146,00
2.019	828.116,00	13	10.765.508,00
2.020	877.803,00	13	11.411.439,00
2.021	908.526,00	13	11.810.838,00
2.022	1.000.000,00	11	11.000.000,00
TOTAL			57.061.995,20

Se declara que a partir del mes de diciembre el valor de la mesada pensional es igual al salario mínimo legal mensual vigente y se seguirá reconociendo una mesada adicional anual.

En cuanto a los intereses moratorios, que sólo fueron concedidos en primera instancia a partir de la ejecutoria de esta providencia, decisión que se mantiene, en primer lugar porque si bien se ha emitido la sentencia SU 065 de 2018, precedente que refiere al reconocimiento de esta clase de intereses para toda clase de pensiones, no puede omitirse que el derechos se reconoce en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, donde la Sala Laboral de la Corte en sentencia SL 10504 Radicación 46826 de 2014, y como lo expone la providencia SL1346 de fecha 28 de abril de 2020 M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero, en los siguientes términos:



“Ahora bien, la Corte ha puntualizado que no en todos los casos es imperativo condenar a los intereses moratorios y ha definido una serie de circunstancias excepcionales y específicas, en que se exonera de su pago. Así, en sentencia CSJ SL 5079-2018 reiterada en la sentencia SL4103-2019, se recordó que no hay lugar a la condena por intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en algunos eventos, entre ellos, cuando:

- 1. El derecho pensional reclamado se hubiese causado antes de la vigencia de esa ley, es decir, previo al 1° de abril de 1994 (CSJ SL, 16 sep. 2008, rad. 34358).*
- 2. Existe una nueva liquidación que genere un mayor valor o diferencias en la mesada pensional (CSJ SL 6 dic. 2011, rad. 30852 y CSJ SL17725-2017).*
- 3. Cuando la negativa de las entidades para reconocer las prestaciones a su cargo tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL704-2013).*
- 4. Se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL 787-2013, rad.43602, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016).*
- 5. Se inaplica el requisito de fidelidad al sistema. Así se expuso en la sentencia CSJ SL10637-2014, reiterada en CSJ SL6326-2016, CSJ SL070-2018 y CSJ SL4129-2018.*
- 6. La controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016).*
- 7. Existe controversia entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, tal como se precisó en sentencias CSJ SL 21 sep. 2010, rad. 33399 y CSJ SL 14528-2014”.*

Acogiendo el anterior pronunciamiento jurisprudencial, considera la Sala que no se generan los intereses moratorios contabilizados desde la fecha de solicitud y el vencimiento del plazo de los 2 meses que concede el Artículo 1° de la Ley 717 de 2001 modificado por el art. 4° de la Ley 1204 de 2008, porque la negación del derecho por parte de la demandada se hizo de conformidad con la interpretación de la norma que concede la pensión de sobrevivientes, pero que ante la no vulneración del principio constitucional de la seguridad social, se da vida a principios constitucionales, como ya quedó anotado, no accediéndose a lo solicitado por la parte recurrente.



Igualmente, se mantiene la decisión de autorizar a la demandada a realizar el descuento del valor del retroactivo pensional, salvo lo que corresponde a mesadas adicionales, por concepto de aportes en salud, sumas que deberán ser transferidas a la EPS a la que se encuentre vinculada la actora.

En relación con la autorización dada en primera instancia, para que el valor reconocido al afiliado como indemnización sustitutiva de la pensión de vejez fuera descontado del retroactivo pensional originado por la pensión de sobrevivientes; consideración censurada por la parte actora y que la Sala acoge, porque claramente la Corte Constitucional en sentencia SU 005 de 2018, sobre ese tema, expuso:

“Se reitera la jurisprudencia constitucional en cuanto a que no existe incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y la pensión de sobrevivientes². Ha señalado la Corte que la causa y origen de cada derecho es diferente: la primera es consecuencia del cumplimiento de la edad legalmente establecida y la imposibilidad de continuar cotizando para completar el número de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; la segunda, se causa por la muerte del afiliado. La primera ampara el riesgo de vejez; la segunda el riesgo de muerte. Tal como se señaló en el numeral 4.5.1 supra, las fuentes de financiación de cada prestación son distintas; por tanto, no puede sostenerse que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez desequilibre el sistema de tal forma que no pueda cumplir con el pago de la prestación de sobrevivientes, también garantizada por el sistema.

Se aclara que la indemnización sustitutiva correspondía a la pensión de vejez y fue recibida por el afiliado en vida, distinto sería si la indemnización sustitutiva fuera de la pensión de sobrevivientes y hubiera sido recibida por la accionante, caso en el cual sí procedería el descuento correspondiente por amparar un mismo riesgo.”

Bajo las anteriores consideraciones, se revocará ese punto de la sentencia.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por los apoderados de las partes como alegatos de conclusión.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la promotora de este proceso. Fíjese como agencias en derecho que corresponden a esta instancia en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente, se condenará en costas a la parte activa, temiendo en cuenta que no prosperó el recurso impetrado, relacionado con los intereses

² Cfr., entre otras, las sentencias T-003 de 2014, T-228 de 2014, T-681-2014, T-596 de 2016, y T-002A de 2017.



moratorios; Fíjese como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia número 282 proferida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, el cual quedará así: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante BERNARDA DE LOURDES DE LA OSSA CONTRERAS la suma de **\$57.061.995.20**, que corresponde al retroactivo pensional causado desde el 12 de noviembre de 2017 al 30 de noviembre de 2022, incluida una mesada adicional. A partir del mes de diciembre de 2022 el monto de la pensión corresponde al equivalente al salario mínimo legal mensual vigente. Se autoriza a COLPENSIONES a descontar de ese retroactivo pensional, salvo lo que corresponde a mesadas adicionales, lo correspondiente por aportes en seguridad social en salud.

SEGUNDO. REVOCAR el numeral sexto de la sentencia número 282 proferida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, para en su lugar, no autorizar a COLPENSIONES a hacer descuento del retroactivo pensional por la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de acuerdo con las consideraciones antes expuestas.

TERCERO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 282 proferida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

CUARTO. COSTAS en esta instancia a cargo COLPENSIONES y a favor de la parte demandante. Fíjese como agencias en derecho que corresponden a esta instancia en el

equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente, se condenará en costas a la parte activa, temiendo en cuenta que no prosperó el recurso impetrado, relacionado con los intereses moratorios; Fíjese como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado y se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos de las partes.

DEMANDANTE: BERNARDA DE LOURDES DE LA OSSA CONTRERAS
APODERADA: LORENA MEJIA LEDESMA
mejialedesmalorena@gmail.com

DEMANDADO: COLPENSIONES
APODERADO: JAIME ALBERTO RAIGOZA OROZCO
notificacionessl@mejiasociadosabogados.com

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 005-2020-00398-01