



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

Acta número: 18

Audiencia número: 130

En Santiago de Cali, a los veintisiete (27) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), 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, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituimos en audiencia pública con el fin de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 73 del 03 marzo de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARIA DEL ROSARIO RAMIREZ DE OSORIO en contra del COLPENSIONES.

AUTO NUMERO : 614

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 de GLORIA MAGDALY CANO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.130.671.842, abogada con tarjeta profesional número 2324.177 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder allegado a esta Sala de manera virtual.



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

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de COLPENSIONES, manifiesta en los alegatos de conclusión presentados ante esta instancia, que no es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, dado que el causante falleció en noviembre de 2001, acumuló 557 semanas y el último aporte es de mayo de 1999, por lo tanto, no acredita los requisitos que exige el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, norma vigente al momento del deceso.

Como quiera que no fue necesario decretar pruebas en esta instancia, se emite a continuación la siguiente

SENTENCIA N° 120

La demandante llamó a juicio a la entidad accionada persiguiendo el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes e intereses moratorios.

En sustento de esas pretensiones expone que el señor Hernán de Jesús Osorio Agudelo, falleció el 01 de noviembre de 2013 y cotizó al ISS más de 300 semanas antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. Que convivió con el causante en calidad de cónyuge, de forma permanente e ininterrumpida por más de 57 años, desde el año 1956 hasta el día de su deceso, esto es 01 de noviembre de 2013. Que el 24 de octubre de 2014 le solicitó a Colpensiones la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, argumentando que ya había reconocido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al señor Hernán de Jesús Osorio Agudelo. Que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 29 de septiembre de 2017 y aún no se ha dado respuesta a la petición.

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA



COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, al señalar que el causante en vida reclamo la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime en primera instancia, mediante la cual la A quo condena a Colpensiones a reconocer la pensión de sobrevivientes que reclama la señora MARIA DEL ROSARIO RAMIREZ DE OSORIO, como consecuencia del fallecimiento del señor Hernán de Jesús Osorio Agudelo, a partir del 01 de noviembre de 2013, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y 13 mesadas anuales. Condenó a Colpensiones a pagar a la actora la suma \$52.112.113, por concepto de retroactivo pensional, liquidado entre el 29 de septiembre de 2014 al 29 de febrero de 2020, debidamente indexado. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada, absolvió a Colpensiones de todas las demás pretensiones incoadas por la demandante. Autorizó a la entidad de seguridad social llamada al proceso para que del retroactivo reconocido efectuara los descuentos que por concepto de aportes al régimen de salud corresponda. Condenó en costas a la demandada.

Para arribar a esa conclusión la A quo da aplicación al principio de la condición más beneficiosa y encontró que el causante dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes al cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, así mismo, que la libelista cumplió con los cinco requisitos del test de procedencia establecidos en la sentencia SU 005 de 2018.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la parte actora presenta recurso de alzada, solicitando se le reconozcan los intereses moratorios, toda vez que a la



fecha de solicitud de la pensión de sobrevivientes 29 de septiembre de 2017 se encontraba publicada la sentencia 042 de 2016 y por ser una sentencia de unificación es de obligatorio cumplimiento no sólo para las entidades judiciales sino también para la administrativas, razón por la cual solicita se reconozcan los intereses moratorios a partir del 29 de noviembre de 2017 y la indexación respecto al tiempo anterior.

Seguidamente la mandataria judicial de COLPENSIONES, formula el recurso de apelación, persiguiendo la revisión, modificación, o la revocatoria de la providencia impugnada y para lograr tal fin, manifiesta que se debe tener en cuenta que se deben salvaguardas los dineros públicos administrados de Colpensiones y evitar un posible detrimento patrimonial.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Al ser el pronunciamiento de primera instancia, adverso a Colpensiones, se surte el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad por ser la Nación garante, como lo prevé el artículo 69 del C.P.L. y SS.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a los argumentos expuestos por las apoderadas judiciales de las partes y ante el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, se revisará la sentencia de primer grado sin limitación alguna, siendo los problemas jurídicos a resolver por la Sala: i) Si es posible atender la pretensión de pensión de sobrevivientes, requerida, es decir, si el causante dejó el requisito de semanas exigidos por la ley o la jurisprudencia, y de ser afirmativa la respuesta, ii) determinaremos si la demandante tiene derecho a ser beneficiaria de la prestación, desde cuando surge el derecho y el valor del retroactivo pensional, previo análisis de la excepción de prescripción y por ultimo iii), si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios.



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

1. Las cotizaciones que el señor Hernán de Jesús Osorio hizo al Sistema General de Seguridad Social en pensiones ante el ISS hoy COLPENSIONES un total de 557,71. semanas, en el período comprendido entre el 30 de julio de 1974 al 31 de mayo de 1999.
2. El matrimonio celebrado entre el señor Hernán de Jesús Osorio Agudelo y la señora María del Rosario Ramírez Chica, el 9 de abril de 1956.
3. La fecha de deceso del señor Hernán de Jesús Osorio Agudelo, hecho acaecido el 01 de noviembre de 2013.

Para darle respuesta al primero de los planteamientos expuestos, esto es, si se dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, se hace necesario partir de la fecha de fallecimiento del señor Hernán de Jesús Osorio Agudelo, acaecido el 01 de noviembre de 2013, estando vigente la Ley 797 de 2003, que en el artículo 12 dispone:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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.”

De acuerdo con la historia laboral, obrante a folios 06, la última cotización realizada por el causante fue en el mes de mayo de 1999, presentando en total 557.71 semanas cotizadas. Resultando claro que, al momento del deceso, noviembre de 2013, no estaba cotizando y hacía muchos años que había dejado de hacerlo, por lo tanto, al tenor de la norma citada, no surge el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Es necesario traer a colación el párrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 46 de la ley 100 de 1993, que textualmente establece:

“Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldo de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.



El monto de la pensión para aquellos beneficiarios a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiere correspondido en una pensión de vejez.”

Para hacer el análisis con de la prestación reclamada con fundamento en el párrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es necesario en primer lugar analizar si el causante fue beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, requiriendo acreditar en el caso de los hombres tener 40 años o más de edad o 15 años de servicios al 01 de abril de 1994. Al darse lectura al folio 6 que corresponde a la historia laboral que lleva Colpensiones, nos indica que el señor Hernán de Jesús Osorio Agudelo nació el 23 de agosto de 1930, por lo tanto, al 01 de abril de 1994 tenía 64 años de edad, lo que lo hace beneficiario del régimen de transición, que permite revisar la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que en su artículo 12 exige cotizar 500 semanas en los últimos 20 años antes del cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, además de acreditar 60 años de edad.

En cuanto a la edad, los 60 años de edad el actor los acredita en el año 1990, debiéndose acreditar 500 semanas cotizadas entre los años 1970 a 1990 y para ello hacemos el conteo de las semanas que reporta la historia laboral y encontramos que durante ese período sólo se presentan 170.14 semanas, de acuerdo con el siguiente conteo:

| EMPLEADOR | DESDE | HASTA | TOTAL DIAS | TOTAL SEMANAS | | |
|--------------------|------------|------------|------------|---------------|--|--|
| RIVERA CONCHA LTDA | 30/07/1974 | 25/09/1974 | 58 | 8.29 | | |
| RIVERA CONCHA LTDA | 04/02/1975 | 25/10/1975 | 264 | 37.71 | | |
| CLUB CAMPESTRE | 13/12/1975 | 31/12/1975 | 19 | 2.71 | | |
| AIC OBRA | 06/01/1976 | 18/02/1977 | 410 | 58.57 | | |
| SOCIEDAD COLOM | 11/01/1985 | 01/06/1985 | 142 | 20.29 | | |
| GALLEGO SANCHEZ | 08/06/1988 | 01/04/1989 | 298 | 42.57 | | |
| | | | | 170.14 | | |

Al presentar el causante tan sólo 170 semanas cotizadas en el interregno que reclama la ley, permite concluir que no dejó causado el derecho de conformidad con el párrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.



La parte actora reclama la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para acceder a la prestación. 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.”

Al tenor de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es posible aplicar para el análisis de la pensión de sobrevivientes, la Ley 100 de 1993, disposición anterior a la Ley 797 de 2003, si el deceso tuvo lugar entre el año 2003 y 2006.

Descendiendo al caso que nos ocupa, el fallecimiento del señor HERNAN DE JESUS OSORIO AGUDELO tuvo lugar el 01 de noviembre de 2013, no procediendo el análisis de la petición de la pensión de sobrevivientes bajo el marco normativo de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la interpretación realizada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Pero sobre el tema que nos ocupa, también se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia SU -005-2018, cuya finalidad, en palabras de la Guardiana 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.

(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

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.



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 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:

Encontramos que la demandante nació el 13 de diciembre de 1935, documento extraído de la carpeta administrativa, por lo tanto, a esta anualidad tiene 85 años de edad; debido a la edad de la demandante es claro que está por fuera del mercado laboral o se le dificulta el mismo. La libelista dependía económicamente del causante y sus necesidades básicas se cubrían con lo suministrado por el fallecido; fue diligente al presentar la reclamación administrativa y judicial.

Como quiera que para ser beneficiarios de la prestación se debe acreditar convivencia, la actora en su deber procesal allegó las declaraciones extraprocesales vertidas por los señores María Luisa Rendón Brand y Henry Ramos Sánchez, extraídas de la carpeta administrativa,



señalando que conocieron al causante Hernán de Jesús Osorio Agudelo, quien estaba casado desde el 09 de abril de 1956 con la señora María del Rosario Ramírez de Osorio, que compartían techo, lecho y mesa en el municipio de Buga, que en común tuvieron cinco hijos, actualmente mayores de edad, que la actora es ama de casa y dependía económicamente del causante.

Esta Corporación haciendo acopió de la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, resalta que tales declaraciones extra judiciales, deben ser asumidas por el juez como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto en el artículo 262 del Código General del Proceso no requieren por tanto de ratificación, salvo que la parte contraria así lo solicite o el juez la disponga, ratificación que no fue ni solicitada por la parte pasiva, debiendo dársele pleno valor probatorio a las mismas. Tal orientación puede verse reproducida en decisiones como las rad. 42536, SL16322-2014, SL1188-2015, SL1227-2015, SL3103-2015 y SL5665-2015, SL706-2019.

De las declaraciones rendidas extraproceso vertidas por los señores MARIA LUISA RENDON BRAND y HENRY RAMOS SANCHEZ, se puede establecer que la pareja conformada por la libelista y el causante, si existió convivencia, entre otros porque procrearon cinco hijos en común. Con lo citado, queda claro que el requisito de la convivencia, se encuentra acreditado, por lo tanto, la demandante tiene la calidad de beneficiaria de la prestación.

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 Hernán de Jesús Osorio Agudelo fue en el periodo del mes de mayo de 1999, lo que se traduce en que el afiliado ni se encontraba cotizando al momento de su muerte (noviembre de 2013), 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 fallecido al 1° de abril de 1994, retomándola historia laboral que milita a folios 6.

| EMPLEADOR | DESDE | HASTA | TOTAL DIAS | TOTAL SEMANAS | | |
|--------------------|------------|------------|------------|---------------|--|--|
| RIVERA CONCHA LTDA | 30/07/1974 | 25/09/1974 | 58 | 8.29 | | |
| RIVERA CONCHA LTDA | 04/02/1975 | 25/10/1975 | 264 | 37.71 | | |
| CLUB CAMPESTRE | 13/12/1975 | 31/12/1975 | 19 | 2.71 | | |
| AIC OBRA | 06/01/1976 | 18/02/1977 | 410 | 58.57 | | |
| SOCIEDAD COLOM | 11/01/1985 | 01/06/1985 | 142 | 20.29 | | |
| GALLEGO SANCHEZ | 08/06/1988 | 01/04/1989 | 298 | 42.57 | | |
| GALLEGO SANCHEZ | 04/09/1990 | 02/10/1992 | 760 | 108.57 | | |
| NIETO SOGAMOSO | 11/03/1993 | 01/04/1994 | 387 | 55.29 | | |
| | | | | 334.00 | | |

De acuerdo con el conteo de semanas el causante cotizó al 1° de abril de 1994, antes de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, 334 semanas, luego 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 01 de noviembre de 2013.



PRESCRIPCION

Para proceder a reconocer el retroactivo pensional, se hace el análisis de la excepción de prescripción. Tenemos que el derecho surge desde el fallecimiento del afiliado, 01 de noviembre de 2013; la reclamación fue radicada el 29 septiembre de 2017; y la demanda presentada en reparto el 29 de mayo de 2018, observándose que entre las primeras fechas han transcurrido el término de 3 años que pregona el artículo 151 del CPL y SS, por consiguiente, hay mesadas prescritas, se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas antes del 29 de septiembre de 2014, como acertadamente lo concluyó la A quo.

En cuanto a la cuantía de la mesada pensional, fue determinada en primera instancia en el equivalente al salario mínimo, sin que esa consideración hubiese sido objeto de censura, razón por la cual no se modificará ésta, máxime que se está atendiendo el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 que prohíbe fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

La Sala actualizará el valor del retroactivo pensional, en atención al artículo 283 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por remisión que hace el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social.

Para efectos del retroactivo pensional tomamos del 29 de septiembre de 2014 al 30 de abril de 2021, con una sola mesada adicional anual

| AÑO | MESADA | N. DE MESADAS | TOTAL |
|-------|------------|------------------|---------------|
| 2014 | 616,000.00 | 2 DÍAS+3 MESADAS | 1,889,066.67 |
| 2015 | 644,350.00 | 13 | 8,376,550.00 |
| 2016 | 689,454.00 | 13 | 8,962,902.00 |
| 2017 | 737,717.00 | 13 | 9,590,321.00 |
| 2018 | 781,242.00 | 13 | 10,156,146.00 |
| 2019 | 828,116.00 | 13 | 10,765,508.00 |
| 2020 | 877,803.00 | 13 | 11,411,439.00 |
| 2021 | 908,526.00 | 4 | 3,634,104.00 |
| TOTAL | | | 64,786,036.67 |



De acuerdo con las operaciones matemáticas que realiza la Sala a la actora se le adeuda \$64.786.036.97 por concepto de retroactivo pensional por pensión de sobrevivientes, causado del 29 de septiembre de 2014 y liquidado hasta el 30 de abril de 2021, incluida una mesada adicional anual. A partir del 01 de mayo de 2021 se seguirá cancelando a la demandante por concepto de mesada pensional el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

INTERESES MORATORIOS

Respecto al recurso de alzada de la parte actora, referente a los intereses moratorios reclamados, habrá de señalarse por esta Sala que en virtud, a que la prestación se atiende en aplicación de un principio constitucional contenido en la SU 005 de 2018, y es a partir de ésta la obligatoriedad de respetar ese precedente jurisprudencial y de ahí surge el reconocimiento prestacional, sin que la parte demandada hubiera actuado de forma caprichosa, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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”.*

Atendiendo los anteriores precedentes, 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, por lo tanto, se ordenará el pago del retroactivo pensional indexado, pero éste se calculará hasta la ejecutoria de la providencia y de ahí en adelante, se deberá cancelar los intereses moratorios, lo que conllevará a modificar la providencia de primera instancia, que sólo concedió indexación, sin la limitación que establece la Sala.

Igualmente, se autorizará a la demandada, a que del valor del retroactivo pensional, realice el descuento cancelado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debidamente indexada, ante el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, lo que conllevará a modificar la providencia de primera instancia.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado análisis de los argumentos presentados por la apoderada de la demandada, al presentar alegatos de conclusión.

En relación con la censura formulada sobre las costas procesales, se recuerda que el artículo 365 del CGP, aplicable por remisión del artículo 145 del CPL y SS, se condena en costas a la parte vencida, donde los argumentos expuestos por COLPENSIONES no fueron atendidos ni en primera ni en segunda instancia, lo que conllevará a mantenerse la condena impuesta por la A quo e igualmente se condenará en esta instancia, fijándose como agencias



en derecho que deberá cancelar a la promotora de esta acción en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral segundo y tercero de la sentencia número 73 llevada a cabo en audiencia pública el 03 de marzo de 2020, proferida por el Sexto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y el grado jurisdiccional consulta, el que quedará así: **CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, a pagar a la señora MARIA DEL ROSARIO RAMIREZ DE OSORIO, como retroactivo pensional comprendido desde el 29 de septiembre de 2014 y hasta el 30 de abril de 2021, la suma de \$64.786.036.97, sobre 13 mesadas anuales y teniendo como base de un salario mínimo legal. Suma que deberá ser indexada al momento de su pago sobre las mesadas causadas hasta la ejecutoria de esta providencia y de esa data en adelante los intereses moratorios hasta que se haga el pago total de la obligación.

SEGUNDO.- MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia número 73 llevada a cabo en audiencia pública el 03 de marzo de 2020, proferida por el Sexto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y el grado jurisdiccional consulta, el que quedará así: **AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que del retroactivo pensional adeudado a la actora, realice el descuento por concepto de aportes en salud y el valor cancelado por indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debidamente indexada.

CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto apelación y de consulta.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA DEL ROSARIO RAMIREZ DE OSORIO
VS. COLPENSIONES
RAD. 76-001-31-05-006-2018-00289-01

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese las agencias en derecho en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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: MARIA DEL ROSARIO RAMIREZ
APODERADA: HERMAN OCAMPO SAYA
Correo electrónico:
abogados.pensiones.ap@gmail.com

DEMANDADO: COLPENSIONES
APODERADA: APODERADA: PAOLA ANDREA GUZMAN CARVAJAL
Correo electrónico:
secretariageneral@mejiayasociadosabogados.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 RAMIREZ AMAYA
Magistrado


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 06-2018-00289-01