



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente Dra. ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ

Acta número: 18

Audiencia pública número: 129

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 número con el fin de resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 244 del 22 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por ROSALBA NIDYA VALENCIA ESCOBAR en contra de COLPENSIONES

AUTO NUMERO : 613

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 PAOLA ANDREA GUZMAN CARVAJAL, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.113.673.467, abogada con tarjeta profesional número 295.535 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, al formular los alegatos de conclusión ante esta instancia, solicita sea absuelta esa entidad de todas las pretensiones, haciendo énfasis en la necesidad de acreditar la convivencia de quien reclama frente al afiliado fallecido. Además, que en ese caso no hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes porque el causante no dejó acreditadas las 50 semanas de cotizaciones en los 3 últimos años de vida, de conformidad con la norma vigente al momento del deceso.

La mandataria judicial de la actora argumenta que el causante cotizó más de 1000 semanas y que por causas ajenas a su voluntad no pudo seguir aportando. Ahora su esposa, pretende el reconocimiento del derecho pensional, máxime que es una persona vulnerable y la negativa al otorgamiento de esa prestación le vulnera derechos fundamentales.

Como quiera que no se decretaron pruebas en esta instancia, a continuación, la Sala emite la siguiente

SENTENCIA N. 119

Pretende la demandante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 28 de enero de 2018, en su calidad de cónyuge del señor JESUS MARIA SANDOVAL, intereses moratorios, indexación costas y agencias de derecho.

En sustento de esas pretensiones, manifiesta que el causante JESUS MARIA SANDOVAL, falleció el 28 de enero de 2018, que contrajeron matrimonio por el rito católico el día 21 de diciembre de 1991, que su convivencia fue continua e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa, que en común procrearon tres hijos, actualmente mayores de edad.



Que el 12 de abril de 2018, la actora solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes la cual ha sido negada por la entidad demandada a través del acto administrativo SUB145938 del 30 de marzo de 2018.

Que el señor Jesús María Sandoval al momento de su fallecimiento contaba con 1.187 semanas validas aportadas.

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES al dar respuesta a la acción, se opone a que se le reconozca las pretensiones a la libelista, toda vez que el causante no dejó causado el derecho. Formuló como excepciones de mérito que denominó: innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de la sanción moratoria, buena fe, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió con sentencia, mediante la cual, el A quo declara probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la actora. Condenó a la demandante en costas.

A tal conclusión llegó el operador judicial de instancia al indicar que la norma aplicar en el presente caso es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, toda vez que la fecha de fallecimiento del señor Jesús María Sandoval fue el 28 de enero de 2018, debiendo dejar para su causación mínimo 50 semanas anteriores al fallecimiento, que le asiste razón a la entidad de seguridad social al negar la pretensión solicitada por la actora, toda vez que el causante no dejó causado el derecho en los términos de la legislación enunciada, que en los últimos tres años anteriores a su deceso no presenta ninguna cotización, que revisada su historia laboral allegada al plenario la última cotización la realizó en diciembre de 2004.

Igualmente, se observa que el A quo hace el análisis de la pretensión, dando 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, señala que no se encuentra en discusión la calidad de beneficiaria de la demandante, toda vez que se le concedió la indemnización, sin embargo que la actora no cumple con los tres primeros requisitos del test de procedencia descrito en la sentencia SU 005 de 2018, por cuanto actualmente no está en el primer punto descrito de vulnerabilidad y a la fecha tiene 54 años de edad, no pertenece a la tercera edad, tampoco demostró que la libelista dependiera económicamente del fallecido, que de acuerdo a la prueba testimonial rendida en el proceso se estableció que la libelista trabajaba cuando aún vivía el fallecido y que actualmente se encuentra en España y es activa laboralmente.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de parte actora, interpone recurso de alzada señalando: que el causante cumplió con las semanas de cotización exigidas según el Acuerdo 049 de 1990, solicita la inaplicación a la sentencia SU 005 de 2018 de fecha 13 de febrero de 2018, en el cual se dio el test de procedencia, toda vez que el causante fallece el 28 de enero de 2018 y a la libelista le es favorable que se le reconozca la prestación sin la aplicación del test de procedencia, que los ingresos de la demandante no son fijos, que se va a otro país por la situación económica que se está viviendo en nuestro país, que no se puede pasar por alto que el fallecido cotizó 1187 semanas, solicita la inconstitucionalidad, que no pueden pesar más 50 semanas en los últimos tres años antes del fallecimiento a 1187 semanas cotizadas, siendo el causante solidario con el sistema, que la testigo indica que el fallecido dejó de laborar por sus condiciones físicas, que la libelista hace oficios varios. Reitera que no se dé trámite al test de procedencia por ser una sentencia posterior a la fecha del fallecimiento, que la actora trabaja en el exterior cuidando a un adulto, ya que la promotora del presente proceso cuenta con 53 años y no es posible que aquí consiga trabajo, debiendo irse a otro país.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA



Corresponderá a la Sala, resolver: 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 para la prestación reclamada; y si están acreditados los requisitos requeridos para que la demandante, sea beneficiaria de la prestación ii) De ser así, desde cuando operó el fenómeno prescriptivo, que da lugar al consecuente retroactivo pensional; y iii), si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios e indexación.

Antes de darle solución a los problemas jurídicos señalados, encuentra la Sala que no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos:

- 1.- El matrimonio, acto se llevó a cabo el 21 de diciembre de 1991 entre el señor Jesús María Sandoval y Rosalba Nidia Escobar Valencia.
3. Las cotizaciones que el señor Jesús María Sandoval hizo al Sistema General de Seguridad Social en pensiones ante el ISS hoy COLPENSIONES un total de 1.187 semanas, en el período comprendido entre el 31 de julio de 1979 al 16 de diciembre de 2004, tal y como se observa en la historia laboral que obra a folio.
4. La fecha de deceso del señor Jesús María Sandoval, hecho acaecido el 28 de enero de 2018.

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 JESÚS MARÍA SANDOVAL, acaecido el 28 de enero de 2018, 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 a la historia laboral, la última cotización realizada por el causante fue en el mes de diciembre de 2004, resultando claro que al momento del deceso, enero de 2018, no estaba cotizando y hacía varios años que había dejado de hacerlo, por lo tanto, al tenor de la norma citada, no surge el derecho a la pensión de sobrevivientes.



Al presentar el causante 1187.14 semanas de acuerdo con la historia laboral que milita a folios 33, considera necesario traer a colación el parágrafo 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 parágrafo será del 80% del monto que le hubiere correspondido en una pensión de vejez.”

Veamos entonces, si el causante era o no 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 33 que corresponde a la historia laboral que lleva Colpensiones, nos indica que el señor Jesús María Sandoval nació el 05 de mayo de 1959, por lo tanto, al 01 de abril de 1994 tenía 34 años de edad, no siendo beneficiario por edad. Pero como quiera que la norma permite ser declarado beneficiario del régimen de transición por tiempo de servicios, encontramos:

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	TOTAL DIAS	TOTAL SEMANAS
PINSKI Y ASOCIADOS	31/07/1979	14/10/1981	807	115.29
PINSKI Y ASOCIADOS	13/07/1981	14/10/1981	94	13.43
EL PAIS	17/12/1981	31/01/1983	411	58.71
EL PAIS	16/02/1983	25/07/1984	526	75.14
SERV Y ASESORIAS	11/01/1985	02/01/1986	357	51.00
SERV Y ASESORIAS	27/02/1986	26/06/1987	485	69.29
SERV Y ASESORIAS	20/08/1987	31/05/1989	651	93.00
SERV Y ASESORIAS	26/06/1989	04/03/1991	617	88.14
SERV Y ASESORIAS	06/03/1991	01/04/1994	1123	160.43
				724.43

De acuerdo con el conteo de semanas al 01 de abril del señor Jesús María Sandoval sólo presenta 724 semanas, exigiendo la norma 15 años o 750 semanas, razón por la cual el causante no fue beneficiario del régimen de transición.

Retomando la literalidad del parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, se debe seguir analizando si el causante presenta el número de semanas que exige la Ley 100 de 1993 y su reforma para adquirir el derecho pensional; por consiguiente, nos remitimos al artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma vigente para el caso en estudio, que establece:

“Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
A partir del 1 de enero de 2014 la edad se incrementará a los cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) para el hombre.*
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.
A partir del 1 de enero de 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015”*

El causante al haber nacido el 05 de agosto de 1959, al año 2013 tenía 54 años de edad, por lo tanto, le cobija la reforma que aumentó la edad para pensionarse en 62 años de edad, los que el señor Jesús María Sandoval cumpliría en el año 2021. Además, debía de acreditar 1300 semanas, que de acuerdo con la historia laboral allegada a folios 33, sólo presenta 1187.14 semanas, es decir, un número inferior al que exige la norma.

De otro lado, el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, establece:

“Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, psíquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993”

Si bien, el señor Jesús María Sandoval presenta 1.187 semanas cotizadas, número superior a las 1000 que exige el parágrafo citado, debió acreditarse el padecimiento de una de las deficiencias que señala la disposición en el porcentaje igualmente requerido por esa norma y como quiera que sobre esa situación no se afirmaron supuestos fácticos no es procedente tampoco atender la pensión de vejez con la excepción consagrada en el parágrafo citado.

Bajo los anteriores argumentos, concluye la Sala que no es posible dar aplicación al parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y las normas concordantes antes



analizadas, por lo tanto, el causante bajo esas disposiciones no dejó causado el derecho que se reclama.

La parte actora solicita 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.”

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 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 anteriores¹, 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 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

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.



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	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.
Segunda condición	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.
Tercera condición	Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que



	<i>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>

De otro lado, se debe atender la sucesión normativa a que hace alusión 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”

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 Jesús María Sandoval, fue en el mes de diciembre de 2004, lo que se traduce en que el afiliado ni se encontraba cotizando al momento de su muerte (enero de 2018), 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 y tenemos que la documental obrante en el expediente, como lo es su historia laboral, nos ilustra que cotizó 1.187, semanas, en toda su vida laboral desde el 31 de julio de 1979 hasta el 31 de diciembre de 2004; de ellas 724.43 semanas fueron cotizadas a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es, al 01 de abril de 1994, de conformidad con el conteo que hizo la Sala, 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, por consiguiente, surge el derecho a la pensión de sobrevivientes y se otorga desde el momento del fallecimiento del afiliado, esto es, el 28 de enero de 2018.



Corresponde ahora a la Sala verificar si la demandante adquiere la calidad de beneficiaria de la prestación, es necesario verificar si en el caso concreto se cumplen las cinco condiciones del test de procedencia: para ello partimos de la edad de la demandante, quien nació el 15 de septiembre de 1966, por lo tanto, a esta anualidad tiene 54 años, de la declaración rendida por la señora María Blanca Aroca de Arana ante el A quo, y quien fue llamada por el juzgado de manera oficiosa, declarante que manifestó que era amiga del causante, que conoce a la actora desde el año 1995, en el barrio Puertas del Sol Sector 5, que viven a una cuadra, que visitaba muy poco a la demandante, que la actora está en España, se fue porque quedo sola y en busca de un mejor bienestar, esta en España cuidando un señor, que vive donde trabaja, es interna, que el señor Jesús María Sandoval era el esposo de la señora Rosalba, que desde que el causante tuvo la enfermedad de “ulcera varicosa” no volvió a trabajar porque se le hinchaban los pies y se complicó, tenía “tiroides, diabetes”, y Rosalba debía salir a trabajar, que sus hijos ya tiene hogares conformados.

Encuentra la Sala que la demandante si supera el Test de procedencia, porque debido a la edad de la libelista es claro que está por fuera del mercado laboral o se le dificulta el mismo en nuestro país, debiendo salir a España en busca de trabajo, que debido a la enfermedad que presentaba el causante debió la actora salir en busca de empleo y ocuparse haciendo oficios varios como lo ha señalado la declarante; fue diligente al presentar la reclamación administrativa y judicial.

Además, está acreditado el hecho de la convivencia de la demandante con el afiliado fallecido, presupuesto legal que entre otros se encuentra acreditado toda vez que la entidad demandada le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en el acto administrativo SUB 120613 del 23 de enero de 2019 de 208, en cuantía de \$18.899.109, razón por la cual está acreditada la calidad de beneficiaria de la demandante.



Con lo citado, queda claro que el requisito de la convivencia y dependencia, se encuentra acreditado, por lo tanto, la demandante tiene la calidad de beneficiaria de la prestación y se concederá a favor de la actora la prestación reclamada.

El disfrute del derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de la señora ROSALBA NIDYA VALENCIA ESCOBAR, se genera desde el fallecimiento del afiliado, 28 de enero de 2018; la reclamación fue radicada el 12 de abril de 2018, tal como se parecía en el acto administrativo No. SUB145938; y la demanda presentada en reparto el 10 de agosto de 2018, observándose que entre estas fechas NO ha operado el fenómeno prescriptivo de los 3 años que pregonan el artículo 151 del CPL y SS.

En cuanto al valor de la mesada pensional, ésta se otorgará en valor del salario mínimo de cada anualidad, dado que sobre la base de éste se hicieron las cotizaciones (fl. 33), debiéndose atender lo enunciado en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 que prohíbe fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

La Sala hace las siguientes operaciones matemáticas:

AÑO	MESADA	N. DE MESADAS	TOTAL
2018	781,242.00	3 DIAS+ 12 MESADAS	9,453,028.20
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
			35,264,079.20

El valor del retroactivo pensional causado del 28 de enero de 2018 al 30 de abril de 2021, teniendo en cuenta una mesada adicional anual, porque la prestación se causa en el año 2018, es decir, después de haber entrado la limitante que trajo el Acto Legislativo 01 de 2005, de sólo conceder una mesada adicional anual. El retroactivo asciende al valor de \$35.264.079.20. Debiendo seguir cancelando la entidad demandada a la actora a partir del 01 de mayo de 2021 una mesada pensional equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

INTERESES MORATORIOS

Habr  de sealarse por esta Sala que en virtud, a que la prestación se atiende en aplicación de un principio constitucional contenido en la SU 805 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 record  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 benefeciosa (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 se había 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 ésta se calculará hasta la ejecutoria de la providencia y de ahí en adelante, se deberá cancelar los intereses moratorios.

DESCUENTOS

Finalmente del retroactivo pensional adeudado a la demandante se autoriza atendiendo el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 a la entidad demandada a descontar – salvo las mesadas adicionales - los aportes en salud que le correspondieran y a su vez deberá trasladarlos a la EPS a la que se encuentre afiliada la beneficiaria. Igualmente se le hagan los descuentos que por concepto de indemnización sustitutiva indexada que haya recibió la demandante.

En razón de lo anterior habrá de revocarse la sentencia de primera instancia.

Dentro del contexto de esta providencia, se ha realizado un análisis de los alegatos de conclusión presentados por las partes.

Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese las agencias en derecho que corresponde en esta instancia 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.- REVOCAR la sentencia número 244 llevada a cabo el 22 de septiembre de 2020 en audiencia pública por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, para en su lugar:

- A. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.
- B. DECLARAR que la señora ROSALBA NIDYA VALENCIA ESCOBAR en su calidad de cónyuge supérstite del señor JESUS MARIA SANDOVAL, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa expuesto en la sentencia SU 005 de 2018.
- C. CONDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a ROSALBA NIDYA VALENCIA ESCOBAR, la suma de \$\$35.264.079.20, por concepto de retroactivo pensional causado desde el 28 de enero de 2018 al 30 de abril de 2021, teniendo en cuenta que el valor de la mesada pensional es equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y 13 mesadas anuales. Debiendo seguir cancelando a partir del 01 de mayo de 2021 una mesada pensional equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.
- D. CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la señora ROSALBA NIDYA VALENCIA ESCOBAR, el retroactivo pensional causado con la correspondiente indexación generada 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.
- E. AUTORIZAR a COLPENSIONES que del valor del retroactivo pensional, reconocido a favor de la demandante, salvo lo que corresponde por mesadas adicionales, haga el descuento por salud, sumas que deben ser transferidas a la EPS donde se encuentre vinculada la demandante. Igualmente se le hagan los descuentos que por concepto de indemnización sustitutiva indexada que haya recibido la demandante.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese las agencias en derecho que corresponde en esta instancia en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
ROSALBA NIDYA VALENCIA ESCOBAR
VS. COLPENSIONES
RAD. 76-001-31-05-011-2018-00452-01

El fallo que antecede fue discutido y aprobado, 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: ROSALBA NIDYA VALENCIA ESCOBAR
APODERADO: YAMILETH RAMIREZ HOYOS
Correo electrónico: yamilethramirez@yaraabogados.com

DEMANDADO: COLPENSIONES
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. 011-2018-00452-01