



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL**

Acta número: 23

Audiencia pública número: 204

En Santiago de Cali, a los ocho (08) días del mes de julio 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 la finalidad de darle trámite al recurso de apelación de la sentencia número 265 del 10 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por ELVIA DORIS GARCIA BALANTA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de COLPENSIONES solicita la revocatoria de la providencia, argumentando que la historia laboral denota una mora patronal en el período 01-12-79 al 08-09-80.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA N. 179

La demandante, llamó a juicio a COLPENSIONES, persiguiendo el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su esposo señor ISRAEL



FORY BALANTA, acaecido el 6 de febrero de 2013, retroactivo pensional, debidamente indexado, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y costas procesales.

En sustento de esas pretensiones expone la señora ELVIA DORIS GARCIA BALANTA que mediante Resolución No. 005400 del 16 de octubre de 1997, el extinto ISS le concedió a su difunto esposo señor ISRAEL FORY BALANTA la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, sobre 282 semana de cotización. Que en la historia laboral del causante se registra una deuda por parte del empleador TRAPICHE PERICO NEGRO C L, por el periodo del 1º de diciembre de 1979 al 31 de marzo de 1982 y que bajo ese patronal estuvo afiliado por 3 períodos así: 17 de octubre de 1977, 15 de octubre de 1979 y 30 de noviembre de 1979. Que la historia laboral actualiza a julio de 2017 reporta 278,29 semanas, cuando en la de octubre de 1997, que sirvió de base para reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, da cuenta de 282 semanas cotizadas. Que su esposo falleció el 6 de febrero de 2013 y solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, obteniendo respuesta negativa.

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que al haber fallecido el afiliado el día 6 de febrero de 2013, el derecho está gobernado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exige 50 semanas de cotización dentro del trienio anterior al deceso, condición que no se cumple por cuanto de las 278,29 semanas con que cuenta, ninguna lo fue en ese lapso. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: innominada, inexistencia de la obligación, buena fe, innominada y prescripción.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime en primera instancia, mediante sentencia en la cual el A quo declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.



Para arribar a esa conclusión, el A quo, encontró que el causante no dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes al no reunir la densidad de semanas exigidas por la Ley 797 de 2003, norma aplicable en principio, y que aún bajo la óptica del principio de la condición más beneficiosa no se logra la obtención del derecho, por no alcanzar las 300 semanas que reclama el Decreto 758 de 1990, que si bien la historia laboral da cuenta de una mora patronal y de unas gestiones de cobro, no hay prueba que respalde la afiliación del asegurado y de ello no se puede tener certeza ante la imposibilidad de vincularlo a la litis, dada la cesación de la existencia jurídica hace más de veinte años, clarificando también que se evidencian ciclos con cotizaciones simultánea que sólo se atiende para efectos del cálculo de IBL más no para sumar tiempos de aportes.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, la mandataria judicial de la demandante interpuso recurso de apelación buscando la revocatoria de la absolución determinada, argumentando para tal efecto que no se puede desconocer que la misma demandada en sus archivos reporta una deuda en cobro por el período del 17 de octubre de 1977 al 31 de marzo de 1981 y que sumados esos tiempos con los declarados a la fecha de concesión de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez otorgada al causante en suma de 282 semanas, se alcanza 328.03 semanas y que la demandante ostenta la calidad de beneficiaria y cumple los requisitos para acceder a la pretensión que reclama.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la alzada, corresponderá a esta Sala de Decisión establecer: 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 de la mesada pensional, previo análisis de la excepción de prescripción y iii) si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios.

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



1. El matrimonio celebrado entre el señor ISRAEL FORY BALANTA (q.e.p.d.) y la señora ELVIA DORIS GARCIA BALANTA, el 9 de agosto de 1964 (fl. 30).
2. La fecha de deceso del señor ISRAEL FORY BALANTA hecho acaecido el 6 de febrero de 2013 (fl. 29).
3. La negativa dada a la reclamación elevada por la demandante el 26 de marzo de 2013 (fl. 12 a 14)

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 ISRAEL FORY BALANTA, acaecido el 6 de febrero 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 15 a 18 y 25 a 26, la última cotización realizada por el causante fue en el mes de mayo de 1994, a través del CONSORCIO PROSPERAR, resultando claro que, al momento del deceso, febrero 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.

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 retroactividad 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) Respeto 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 jurisdicción 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 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.)

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.



(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</i> |



| | |
|--------------------------|---|
| | <i>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:

1. Pertenecer la reclamante a un grupo de especial protección: Para ello, traemos a colación la data de nacimiento, 18 de octubre de 1937, como lo informa la copia de la cédula de ciudadanía aportada a folios (fl. 25), por lo tanto, a la calenda de instaurar la presente acción, 31 de julio de 2020 (fl. 27) la actora cuenta con 83 años de edad y sólo curso el primero de primaria, como lo afirmó al absolver el interrogatorio de parte.
2. La carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecte la satisfacción de necesidades básicas: Debido a la edad de la demandante es claro que está por fuera del mercado laboral o se le dificulta el mismo; por lo tanto, esa mesada pensional se convertiría en la fuente principal de ingresos de la actora, además la prueba testimonial rendida por los señores: FANOR VIAFARA PAZ y JAIME VALENCIA GARCES, se da cuenta de la situación precaria en que vive la demandante, dado que comparte la vivienda, calificada por ellos, como un ranchito con todos sus hijos, sin contar con recursos económicos.
3. Dependencia económica de la reclamante frente al causante. Hecho acreditado con las declaraciones de los señores JAIME VALENCIA GARCIES y FANOR VIAFARA PAZ, quienes afirmaron de manera unánime que el señor Israel Fori Balanta era quien velaba por la manutención del hogar, sustento que obtenía de labores informales, manejando una carretilla.



4. Circunstancias por las que el afiliado dejo de cotizar; la prueba testimonial antes citada, informa sobre la enfermedad del señor Israel Fori, que debido al consumo de cigarrillo le causaba asfixia, además que eran muy pobres, dado que la última labor que ejerció fue de carretillero.
5. La diligencia en solicitar el reconocimiento de la pensión, hecho que igualmente está acreditado, con la emisión del acto administrativo GNR 199738 de 2013, en el que se indica que la actora solicitó la prestación el 26 de marzo de 2013.

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 ISRAEL FORI BALANTA, fue en el mes de mayo de 1994, como se lee en la historia laboral que lleva COLPENSIONES, actualizada al 01 de junio de 2017 (fl. 16), lo que se traduce en que el afiliado ni se encontraba cotizando al momento de su muerte (febrero 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”



Verificando el tiempo cotizado por el afiliado fallecido, partiendo de la documental obrante a folios 15 a 18, 25 a 26 que corresponde a la historia laboral en el sistema tradicional y la impresa a 01 de julio de 2017, nos indica que el causante cotizó 278.9 semanas, que corresponden al período entere el 17 de octubre de 1977 al 26 de mayo de 1994, cotizaciones realizadas de manera interrumpida. Pero igualmente se observa en la historia laboral del sistema tradicional que el empleador Trapiche Periconegro CL presenta deuda por el período comprendido ente el 01 de diciembre de 1979 al 31 de marzo de 1981 (fl. 7)

Al respecto, debe recordarse que diferentes son las causas y las consecuencias de la mora en el pago de aportes y la falta de afiliación al sistema, así lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 14388-2015, en donde puntualizó;

“Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802, en la que se concluyó que «...las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.»

Por otra parte, en torno a las hipótesis de la «falta de afiliación» al sistema de pensiones, la Corte venía sosteniendo que no era posible asemejar ese fenómeno al de la «mora» en el pago de los aportes, pues «...no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de algunas cotizaciones, con el patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre él, situación que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opción de pagar, ponerse al día y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad social.» (Ver sentencias CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 41023; CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 42243; y CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 43188).”

Descendiendo al caso que nos ocupa, de acuerdo con la historia laboral obrante a folios 7, el señor ISAREL FORI BALANTA, ingresó a laborar al servicio del TRAPICHE PERICONEGRO



el 17 de octubre de 1977, se retira el 15 de junio de 1978 y regresa bajo ese mismo empleador el 01 de diciembre de 1979 y se retira el 19 de enero de 1980. Habiendo ingresado a laborar al servicio de la Hacienda El Arado Ltda. el 8 de septiembre de 1980 y se retiró el 11 de octubre de 1980, regresa bajo ese empleador el 26 de enero de 1981 y se retiró el 01 de septiembre de 1982. Por lo tanto, de conformidad con esa historia laboral, documento proveniente de la entidad demandada y no desvirtuado, se acredita con ésta la existencia de la relación laboral, debidamente afiliado a la entidad de seguridad social que cubre las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

Milita a folio 25 y 26 del PDF 07 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO COLPENSIONES, comunicación BZ 2019-16934898 del 26 de diciembre de 2019, en la que se informa que se dio apertura al proceso de cobro persuasivo por los períodos en mora, que se expidió requerimiento de constitución en mora, que se enviaron las notificaciones respectivas a la dirección de ubicación del empleador registrada en sus bases de datos y que el resultado de la recuperación de los valores adeudados no ha sido efectivo, por lo que se encuentra en trámite el inicio de proceso de cobro coactivo administrativo.

Lo informado por COLPENSIONES, en el oficio antes citado, no da detalles de cuando se hicieron las constituciones en mora y textualmente dice se encuentra en trámite el inicio del proceso de cobro coactivo administrativo. Omitiendo la entidad demandada que desde la expedición de la Ley 100 de 1993, cuenta con la herramienta jurídica del cobro coactivo, como lo dispone el artículo 24 de esa ley y que para el 26 de diciembre de 2019 cuando se emite esa comunicación al afiliado, ésta ya había fallecido (febrero de 2013) sólo se daría inició al proceso de cobro coactivo de una deuda por aportes que corresponde a las anualidades de 1979 a 1981, demostrándose negligencia en la entidad de seguridad social convocada al proceso, que no puede llevar a afectar al afiliado y desconocer ese tiempo como cotizado, como lo ha precisado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia radicado 35498 del 24 de agosto de 2011 MP: Dr. Jorge Mauricio Burgos, cuyo aparte es del siguiente tenor:

“Enseñó la Corporación para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus



beneficiarios por la mora del empleador en el pago de los aportes, y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro.

Los siguientes son los términos de la sentencia referida:

“Las administradoras de pensiones tanto públicas como privadas son elemento estructural del sistema de seguridad social; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones, hoy tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público de la Seguridad Social bajo su “dirección, coordinación y control”, y autoriza su prestación a través de “entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”.

“Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, bajo el entendido de que toda su actividad ha de estar ordenada a cumplir con la finalidad de prestar el servicio público de la seguridad social.

“Ciertamente las administradoras de pensiones como prestadoras del servicio público de pensiones, su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, ubicadas en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de gestoras de la seguridad social, actividad que por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

“Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.



“(…)”

“Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

“Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que éste no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado”. (subrayado y negrillas fuera del texto)

Atendiendo el anterior precedente, resulta claro para la Sala que la entidad demandada no ha actuado de manera eficaz y diligente para el cobro de unas cotizaciones que corresponden al período del 01 de diciembre de 1979 al 31 de marzo de 1981, por lo tanto, esa situación no puede desmejorar al afiliado y sus beneficiarios, razón por la cual, se debe contabilizar ese período, como se hace de la siguiente manera, descontando el tiempo simultáneo y atendiendo tanto la historia laboral del sistema tradicional como la expedida en junio de 2017:

| EMPLEADOR | DESDE | HASTA | TOTAL DIAS | SEMANAS TODA LA VIDA LABORAL | AL 1 DE ABRIL DE 1994 | OBSERVACION |
|-----------------------------|-------------------|-------------------|------------|------------------------------|-----------------------|--------------|
| TRAPICHE PERICONEGRO | 17/10/1977 | 15/06/1978 | 242 | 34.57 | 34.57 | |
| TRAPICHE PERICONEGRO | 01/12/1979 | 19/01/1980 | 50 | 7.14 | 7.14 | DEUDA |
| TRAPICHE PERICONEGRO | 20/01/1980 | 07/09/1980 | 232 | 33.14 | 33.14 | DEUDA |
| HACIENDA EL ARADO LTDA | 08/09/1980 | 11/10/1980 | 34 | 4.86 | 4.86 | |
| TRAPICHE PERICONEGRO | 12/10/1980 | 25/01/1981 | 106 | 15.14 | 15.14 | DEUDA |
| HACIENDA EL ARADO LTDA | 26/01/1981 | 01/09/1982 | 584 | 83.43 | 83.43 | |
| MUNICIPIO PUERTO TEJADA | 17/08/1990 | 01/07/1993 | 1049 | 149.86 | 149.86 | |
| MUNICIPIO PUERTO TEJADA | 19/04/1994 | 26/05/1994 | 38 | 5.43 | | |
| | | | | 333.57 | 328.14 | |

El afiliado fallecido al 1° de abril de 1994, presenta un total de 328.14 semanas, cotizadas, número superior a las 300 que exige el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758



de 1990, por consiguiente, se dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a partir del 06 de febrero de 2013, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

De otro lado, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, define quienes pueden ostentar la calidad de beneficiarios de la pensión, señalando textualmente:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera permanente o supérstite siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte...”

Dentro del plenario se acreditó con la partida de matrimonio allegada a folios 21, que la demandante reclama la pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge al haber contraído nupcias con el señor Israel Fori Balanta el 09 de agosto de 1974. Además, con la prueba testimonial rendida dentro de la audiencia pública llevada por el juzgado de conocimiento, por los señores FANOR VIAFARA PAZ y JAIME VALENCIA GARCÉS, ambos residente en la vereda la Primavera del Municipio de Villa Rica, en el Departamento del Cauca, informan la vecindad que compartieron con el señor FORI BALANTA, además el segundo de los citados fue compañero de trabajo en el Trapiche Periconegro, exponiendo los deponentes que ese conocimiento es de toda la vida, porque son todos oriundos de la misma vereda, que sabe que el señor Israel Fori Balanta se casó con Elvia Doris García, con quien procrearon 4 hijos, que ha sido una familia muy pobre que vive en un rancho de bahareque en esa vereda, que el causante laboró en el trapiche en oficios varios, luego fue Vigilante en el Municipio de Puerto Tejada y su última actividad era el manejo de una carretilla. Afirmando el señor Valencia Garcés que ha sido la persona que le ha colaborado a esa familia, ayuda que por demás ha sido económica, además que acompañó a la familia a llevar al señor Fori Balanta a la clínica Amiga de la ciudad de Cali, donde días posteriores éste fallece. Afirmando que la convivencia fue desde que se casaron hasta el deceso del señor Israel Fori Balanta.

La Sala da pleno valor a las declaraciones de los antes citados, denotándose un conocimiento de la familia de la actora y su núcleo familiar, dado la vecindad que comparten



y el ser oriundos de la vereda la Primavera, Municipio de Villa Rica, en el Departamento del Cauca, que les permitió exponer los pormenores de esa familia y con ello acreditar la convivencia de los esposos FORI – GARCIA. Por lo tanto, le asiste el derecho a la demandante de ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Dentro del plenario se allegó copia de la Resolución 005400 de 1997 mediante la cual el Instituto de Seguros Sociales reconoció a favor del señor Israel Fori Balanta la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía única de \$675.151. Pero ese reconocimiento no es óbice para no reconocer la pensión de sobrevivientes, como en reiterados pronunciamientos se ha referido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos el expuesto en la sentencia SL13645-2014 de 01 de octubre de 2014, cuyo aparte es del siguiente tenor:

“Coexistencia de derechos pensionales. la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez recibida en vida por el causante o por los beneficiarios de éste, no implica, la renuncia por parte del asegurado o sus derechohabientes a reclamar una pensión por un riesgo distinto al de vejez máxime que, si el beneficiario tiene derecho a la pensión de vejez, la entidad de seguridad social sea en el régimen de prima media o en el de ahorro individual, no tiene por qué reconocerle una indemnización sustitutiva u ordenar la devolución de saldos, pues lo procedente es el otorgamiento de la prestación que por derecho le corresponde...”

Atendiendo el precedente jurisprudencial citado, se concederá la pensión de sobrevivientes, pero se ordenará descontar del valor del retroactivo pensional, la suma cancelada por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debidamente indexada.

Para efectos de la cuantificación del valor de la mesada pensional, se reconocerá ésta en el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, dado que sobre esa suma cotizó el afiliado, además, en atención al artículo 35 de la Ley 100 de 1993, que prohíbe fijar mesadas pensionales inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

Antes de cuantificar el valor del retroactivo pensional, la Sala se pronuncia sobre la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, partiendo para ello de la fecha en que surge el derecho, 06 de febrero de 2013, la reclamación administrativa fue



presentada el 26 de marzo de 2013, para finalmente formular la acción judicial el 31 de julio de 2020, observándose claramente que entre la data del fallecimiento y la reclamación administrativa no transcurrió los tres años que pregonan el artículo 151 del CPL Y SS., pero de la fecha en que se presentó la solicitud del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y la calenda en que se incoó la demanda, si transcurrió más del trienio a que hace referencia la norma antes citada, por lo tanto, están prescritas las mesadas pensionales causada antes del 31 de julio de 2017. La Sala realiza las siguientes operaciones, concediendo el valor de la mesada en el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y con derecho a percibir 13 mesadas anuales.

| AÑO | MESADA | N. DE MESADAS | TOTAL |
|-------|------------|---------------|---------------|
| 2017 | 737,717.00 | 6 | 4,426,302.00 |
| 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 | 6 | 5,451,156.00 |
| total | | | 42,210,551.00 |

Se ordenará a la demandada a pagar a la actora la suma de \$42.210.551, por concepto de retroactivo pensional causado del 31 de julio de 2017 al 30 de junio de 2020.

INTERESES MORATORIOS

Habrà 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”.

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, por lo tanto, se ordenará el pago del retroactivo pensional indexado hasta la ejecutoria de esta providencia y de ahí en adelante se ordenará el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

DESCUENTOS

Se autorizará a la demandada a que del valor del retroactivo pensional, salvo lo que corresponde a mesadas adicionales, realice los descuentos por salud, ordenados en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993. Igualmente se autorizará que realice el descuento



debidamente indexado, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que había cancelado al señor ISRAEL FORY BALANTA, en cuantía única de \$675.151, de conformidad con la Resolución 005400 de 1997.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos presentados por la apoderada de la parte pasiva.

Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada y a favor de la actora. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a tres 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 265 emitida dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 10 de noviembre de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, para en su lugar:

1. DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, sobre las mesadas pensionales causadas antes del 31 de julio de 2017.
2. DECLARAR que la señora ELVIA DORIS GARCIA BALANTA, en su calidad cónyuge superviviente del señor ISRAEL FORI BALANTA es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, derecho reconocido en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa y que se reconoce a partir del 06 de febrero de 2013.



3. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a la señora ELVIA DORIS GARCIA BALANTA la suma de \$42.210.551, por concepto de retroactivo pensional causado del 31 de julio de 2017 al 30 de junio de 2020, suma que se indexará y para ello se contabilizará ésta hasta la ejecutoria de esta providencia y de ahí en adelante se reconocerá los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
4. AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a descontar del valor del retroactivo pensional que corresponde a la señora ELVIA DORIS GARCIA BALANTA por mesadas pensionales, lo correspondiente a los aportes en salud y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debidamente indexada.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada y a favor de la actora. Fijese como agencias en derecho el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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: ELVIA DORIS GARCIA BALANTA
APODERADA: LORENA MEJIA LEDESMA
Correo electrónico: mejialedesmalorena@gmail.com

DEMANDADO: COLPENSIONES
APODERADA: CARLOS STIVEN SILVA GONZALEZ
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. 007-2020-00227-01