



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA LABORAL

Acta número: 36

Audiencia número: 384

En Santiago de Cali, a los siete (07) días del mes de octubre 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 y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 288 del 3 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por NEIDA ROSA ZUÑIGA DIAZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la actora solicita en los alegatos de conclusión que presenta ante esta instancia, el reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 23 de octubre de 2019 y hasta que se haga efectivo el pago de la obligación, teniendo como fundamento las sentencias SU 005 y 065 de 2018.

De otro lado, la mandataria judicial de COLPENSIONES, afirma que no comparte la decisión de primera instancia, porque a la actora no le asiste el derecho, porque no cumple con los requisitos legales, previstos en la ley 797 de 2003, por cuanto el causante no presenta cotizaciones durante los últimos 3 años anteriores al deceso y para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se debe aplicar la Ley 100 de 1993, sin que se evidencie las



26 semanas cotizadas en el año anterior al fallecimiento. Que no se desconoce la sentencia SU 05 de 2018, sin que dentro del plenario se acrediten dos condiciones puntuales para la aplicación de ese precedente, tales como la dependencia económica y la diligencia al momento de solicitar la prestación. Afirma que al causante se le hizo el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, siendo éste otro argumento para no otorgarse las pretensiones de la actora. Que el evento en que en segunda instancia se avale la providencia de primera instancia, se revoque la orden del pago del retroactivo pensional y se orden en su lugar, pagar la pensión de sobrevivientes a la ejecutoria de esta sentencia.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA N. 321

La demandante, llamó a juicio a COLPENSIONES., persiguiendo el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, señor HECTOR DE JESUS LADINO BETANCOURT, acaecido el 3 de enero de 2012, retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

En sustento de esas pretensiones expone la señora NEIDA ROSA ZUÑIGA DIAZ que su esposo señor HECTOR DE JESUS LADINO BETANCOURT falleció el 3 de enero de 2012; habiendo cotizado al Sistema de Seguridad Social ante el ISS hoy COPENSIONES por espacio de 675.86 semanas, de las cuales 582.86 lo fueron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Que mediante Resolución número 2596 de 2002 el extinto ISS le reconoció a su fallecido esposo la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Que el 23 de agosto de 2019 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, sin respuesta a la fecha.



TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que mediante Resolución No. 2596 de 2002 se reconoció al causante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por tanto las semanas tenidas en cuenta para el reconocimiento de esa prestación no pueden contabilizarse para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que se reclama, así mismo que el afiliado fallecido no dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes al no cumplirse los requisitos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que aún en aplicación del principio de la condición más beneficiosa tampoco se llega a la prosperidad del derecho por cuanto en el año anterior a su óbito no se encontraba cotizando al sistema ni reunió 26 semanas de aportes y que el criterio hermenéutico de la condición más beneficiosa en lo que respecta a la pensión de sobrevivientes aplica únicamente para aquellas personas que habiendo edificado una expectativa legítima, fallecieron entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió con sentencia, mediante la cual la operadora declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva de la litis excepto la de prescripción que lo fue parcialmente respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 23 de agosto de 2016, condenó a COLPENSIONES la reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la demandante, de forma vitalicia, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, a razón de 13 mesadas anuales, con un retroactivo, a 30 de noviembre de 2020 en suma de \$38.793.053,33, autorizando a COLPENSIONES a descontar del retroactivo los aportes al Sistema de Seguridad Social en el régimen de salud y la absolvió de las restantes pretensiones.



Para arribar a esa conclusión, la A quo, atendiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la sentencia SU 005 de 2018, dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa, encontró que el de cujus 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 demandante, superó el test de procedencia impuesto en la jurisprudencia unificadora, por razón de su vejez y condiciones de vulnerabilidad, así mismo que acreditó su calidad de beneficiaria del derecho que reclama, teniendo en cuenta para ello las pruebas documentales y testimoniales recaudada en el proceso, hallando configurado el vínculo matrimonial, la convivencia, la procreación y la dependencia económica; y por último que no hay lugar al pago de intereses moratorios por cuanto el derecho se concede en aplicación de un principio constitucional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la mandataria judicial de la demandante, interpuso recurso de apelación, buscando la revocatoria de la absolución por concepto de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 para lo cual pide acoger la sentencia SU 065 de 2018.

Inconforme, también, con la decisión de primera instancia, el apoderada judicial de la demandada interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia, argumentando para tal efecto que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el causante no dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes por no contar con la densidad de 50 semanas en el trienio anterior al deceso, que no es atendible la aplicación del principio de la condición más beneficiosa haciendo un salto normativo hasta el Decreto 758 de 1990, por cuanto la misma sólo procede hasta la norma anterior que en el caso es la Ley 100 de 1993 y en ese escenario tampoco se configura el derecho por no reunir 26 semanas en el año inmediatamente anterior al óbito y que con todo, se debe revisar si se cumplen los requisito del test de procedencia de la sentencia de unificación y de ser viable el derecho sólo se debería reconocer a partir del fallo que lo está declarando y no de forma retroactiva.



GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia es adversa a COLPENSIONES se concede la consulta por ser la Nación garante, de conformidad con el artículo 69 del CPL y SS.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme al recurso de alzada de las partes y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, la Sala 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 deprecada, es decir, si el causante dejó el requisito de semanas exigidos por la ley o la jurisprudencia para la prestación; **ii)** de ser afirmativa la respuesta, determinar si la demandante tiene la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, y de ello ser así, **iii)** se indicará la fecha desde la cual se concede la prestación, analizando previamente la excepción de prescripción, **iv)** la cuantía de la mesada, **v)** el número de mesadas anuales y **vi)** si son procedentes o no los intereses moratorios y desde cuando se causan.

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

1. Las cotizaciones que el señor HECTOR DE JESUS LADINO BETANCOURT (q.e.p.d.) hizo al Sistema General de Seguridad Social en pensiones ante el ISS hoy COLPENSIONES en total de **675.86** semanas, en el período comprendido entre el 13 de enero de 1970 al 31 de mayo de 2006 (fl. 53 a 56).
2. La fecha del deceso del señor HECTOR DE JESUS LADINO BETANCOURT hecho acaecido el 3 de enero de 2012 (fl. 9).
3. El matrimonio celebrado entre NEIDA ROSA ZUÑIGA DIAZ y HECTOR DE JESUS LADINO BETANCOURT (q.e.p.d.), por los ritos católicos, el 19 de agosto de 1977 (fl. 11)



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 HECTOR DE JESUS LADINO BETANCOURT, acaecido el 3 de enero de 2012, 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 el la historia laboral, obrante a folio 53 a 56, la última cotización realizada por el causante fue el 31 de mayo de 2006, resultando claro que, al momento del deceso, 3 de enero de 2012, 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 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) 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 jurisdiccional ordinaria “zona de paso”.

Pero sobre el tema que nos ocupa, también se ha pronunciado la corte Constitucional SU - 005-2018, cuya finalidad, en palabras de la Guardiania de la Constitución es 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 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

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.



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:

De la primera condición, tenemos que la demandante nació el 19 de abril de 1950 (fl. 19), por lo tanto, a esta anualidad tiene 71 años de edad, razón que deja claro que está por fuera del mercado laboral o se le dificulta el mismo, poniéndola en el grupo de personas de especial protección constitucional por vejez.

De la segunda condición, tenemos que se encuentra acreditado que la carencia del derecho que reclama, afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, pues las prueba recaudas en autos, dan cuenta que la demandante pertenece al grupo poblacional con acceso a programas sociales de apoyo gubernamental, como se aprecia en la base certificada del SISBEN (fl. 20) y si bien con posterioridad al deceso de su esposo recibe algo de ayuda de sus hijos varones tal apoyo es muy esporádico y muy poco, puesto que como no tuvieron mayores estudios no tienen buenos trabajos, además que tienen su obligación, los vecinos también le colaboran como para que no aguante hambre y el arrendo lo paga con el subsidio del adulto mayor que recibe por parte del Estado y con algún lavado de ropa que le sale de vez en cuando.

De la situación descrita dieron cuenta las señoras NUBIOLA BARRETO DE GAÑAN y TRANSITO ORDOÑEZ LINARES, deponentes que fundan la razón de la ciencia de sus dichos en circunstancias de amistad y vecindad con la demandante, por ende, con conocimiento directo de los hechos, lo que permite dotar de credibilidad sus afirmaciones y por ende valor demostrativo, además que no fueron desvirtuadas por COLPENSIONES.

Deposiciones que apoyan lo confesado por la demandante en su diligencia de interrogatorio a instancia de parte, donde dijo que su esposo trabajó en trapiches, que luego por su edad y sus quebrantos de salud ya no pudo conseguir trabajo, entonces hacía labores de vigilancia en los colegios del pueblo y cualquier cosa que le resultara y de eso vivían y que a su muerte quedó viviendo de la caridad de la comunidad y del subsidio que recibe por parte del Estado, pues sus hijos tiene su obligación y casi no pueden ayudarle y ella de vez en cuando le sale algún lavado de ropa.



Las circunstancias de vulnerabilidad que se dejaron establecidas, implican necesariamente que a la demandante la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecte sus necesidades básicas y por ende su vida en condiciones dignas.

De la tercera condición, tenemos que la señora NEIDA ROSA ZUÑIGA DIAZ siempre dependió económicamente del causante puesto que nunca laboró y se dedicó a los quehaceres del hogar. Situación está de la que también dieron cuenta las testigos antes citadas, de quienes se dijo con credibilidad y valor demostrativo.

De la cuarta condición, tenemos que ampliamente se ilustró en la actuación, con las declaraciones escuchadas en juicio, que no fue el causante quien voluntariamente se sustrajo de sus aportes a la seguridad social, sino que fueron las circunstancias de edad, desempleo y salud, las que le avocaron esa imposibilidad de cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes, puesto que si bien ejercía labores como vigilante de forma independiente con los ingresos que obtenía escasamente le alcanzaba para el sustento del hogar.

Y, por último, de la quinta condición, tenemos que bien el causante falleció en enero de 2012, dado que la condición fue impuesta con el fallo de unificación, es en ese escenario de temporalidad que debe evidenciarse la diligencia en las actuaciones de la demandante para obtener el derecho pensional, en esa medida se tiene entonces que la demandante fue diligente al presentar la reclamación administrativa y la respectiva acción judicial.

Aunado a ello, de la lectura del proveído en mención, esto es la SU 005 de 2018, se encuentra que el sentido de la exigencia se enmarca en la consideración de una precondition para el ejercicio de la acción de tutela, requiriendo una actuación en sede administrativa y / o judicial, pues no otra cosa se desprende de su tenor, cuando señala:

“La quinta exigencia del Test de Procedencia deviene del deber de satisfacción propia de las necesidades por parte del individuo, que, en el plano de la exigencia de este tipo de derechos suponen una actuación mínima, en sede administrativa y/o judicial, para efectos de su reconocimiento. Esta, en los términos de la jurisprudencia constitucional, puede considerarse una precondition para el ejercicio de la acción de tutela, pues solo procede



ante la existencia de una conducta respecto de la cual se pueda efectuar el juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales”

En los anteriores términos, se tiene que la demandante logra superar el Test de Procedencia, dando 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:



“ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

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 HECTOR DE JESUS LADINO BETANCOURT (q.e.p.d.), fue en el mes de mayo de 2006, lo que se traduce en que el afiliado ni se encontraba cotizando al momento de su muerte (enero de 2012), ni tenía 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su deceso.

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

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

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

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

Verificamos el tiempo cotizado por el afiliado y tenemos que la documental obrante a folio 14, como lo es su historia laboral, nos ilustra que el afiliado fallecido cotizó **675.86** semanas, en toda su vida laboral desde el 1º de enero de 1970 hasta mayo de 2006, de las cuales **582.86** semanas fueron cotizadas antes de la Ley 100/93, es decir, al 01 de abril de 1994.



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, se encuentra que surge el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, derecho que se otorga desde el momento del fallecimiento del afiliado, esto es el 3 de enero de 2012, por tanto, bajo las consideraciones expuestas, se confirmará la condena determinada en primera instancia.

Clarificado la procedencia del derecho se sigue entonces determinar la condición de beneficiaria del mismo, para darle solución al tópic, partimos del hecho de que a la fecha de fallecimiento del señor HECTOR DE JESUS LADINO BETANCOURT, esto es, 3 de enero de 2012, encontrándose vigente el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en donde en su literal a) establece quienes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

“ a) en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del 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.

Al tenor de la norma citada, lo que reclama la ley para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes es la convivencia, habiendo precisado la Corte Constitucional en sentencia SU 453 de 2019 y SU 161 de 2020, lo siguiente:

“... se mantiene el derecho a la prestación de quien estaba haciendo vida en común con el causante para cuando falleció, dando con ello realce a la efectiva y real vida de pareja -anclada en vínculos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos- constituyéndola en el fundamento esencial del derecho a la prestación por muerte. Pero, al mismo tiempo, se reconoce que, quien en otra época de la vida del causante convivió realmente con él, en desarrollo de una relación matrimonial formal, que sigue siendo eficaz, tenga derecho, por razón de la subsistencia jurídica de ese lazo, a obtener una prestación en caso de muerte de su esposo”.



Presupuesto éste que en el caso que nos ocupa, se encuentra acreditado, en primer lugar, con la documental de folio 11 que da cuenta que el 19 de agosto de 1977 la demandante y el causante contrajeron matrimonio por los ritos católicos y las declaraciones rendidas por las señoras NUBIOLA BARRETO DE GAÑANA y TRANSITO ORDOÑEZ LINARES, quienes dijeron constarles de dicho vínculo matrimonial y al unísono afirmaron que siempre vivieron juntos bajo el mismo techo y de forma continua, pues nunca se separaron, que era el esposo quien asumía los gastos del hogar por cuanto la demandante siempre se dedicó a los quehaceres de ama de casa. Deponentes que, como se dijo, conocieron de los hechos de primera mano y se hallaron creíbles.

Así, revisado el acápite de pruebas de la acción, en principio de manera individual, luego en su conjunto, como lo enseñan las reglas de la sana crítica y la libre apreciación de la prueba, se tiene que de la totalidad de las mismas, imperativo resulta concluir que existe convencimiento serio, para que, con su decir, se pueda establecer la real y efectiva convivencia de la señora NEIDA ROSA ZUÑIGA DIAZ, con el afiliado fallecido, por más de 34 años, dado que la pareja se unió en matrimonio en agosto de 1977 y convivieron hasta el momento del fallecimiento, que lo fue el 3 de enero de 2012 y que la convivencia fue continua e ininterrumpida. De la misma manera se encuentra acreditado, que el finado esposo velaba por el sostenimiento del hogar, evidenciando el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente y apoyo económico.

Por consiguiente, la actora acredita plenamente la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y el derecho surge desde el día del deceso del afiliado, esto es 03 de diciembre de 2012, siendo necesario analizar, como se hará más adelante la excepción de prescripción. No siendo de recibo los argumentos expuestos al formular la alzada por el mandatario judicial de la demandada, quien solicita que no se reconozca retroactivo pensional, sino que se ordene el pago de la pensión a partir de la sentencia, omitiendo que el creador del derecho es el legislador y éste ha dispuesto que la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte y se empieza a disfrutar de esa prestación desde que surge esa contingencia, donde el operador judicial sólo se debe atender a la aplicación de la norma, sin ser creador de derechos (C-836 de 2001)

PRESCRIPCIÓN



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, 3 de enero de 2012 (fl. 9); la reclamación fue presentada el 23 de agosto de 2019 (fl. 4), y la demanda radicada ante la oficina de reparto el 24 de septiembre de 2019 (fl. 25), observándose que entre las fechas ha operado el fenómeno prescriptivo de los 3 años que pregona el artículo 151 del CPL y SS, por tanto, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 23 de agosto de 2016, como acertadamente lo concluyó la A quo..

CUANTIA DE LA MESADA

En cuanto a la cuantía de la mesada pensional, se determina en el equivalente al salario mínimo, atendiendo el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 que prohíbe fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente, aunado a que este punto no fue censurado y la consulta se surte en favor de COLPENSIONES.

CANTIDAD DE MESADAS ANUALES

De la cantidad de mesadas anuales, el artículo 5° de la Ley 4 de 1976, ratificado en el 50 de la Ley 50 de 1993 que estableció que los pensionados al igual que a quienes se les transmitiera el derecho a la pensión, recibirían cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

Por su parte la Ley 100 de 1993 en su artículo 142, creó una mesada adicional que se ha conocido como la mesada 14, la cual recibirían los pensionados en suma igual a la cancelada con la mesada del mes de junio de cada año. Posteriormente el inciso 8 y párrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, en punto a la mesada 14 estableció:

1- Que la continuarían recibiendo quienes al momento de la publicación del acto legislativo venían pensionados, publicación que se realizó en el diario oficial 45980 del 25 de julio de 2005, pero por un error fue publicado nuevamente el 29 de julio del mismo año en el diario oficial 45984.



2- Que también la recibirían las personas que aún no se hubieren pensionados pero que su derecho se causó antes del 29 de julio de 2005.

3. Y las personas que causen el derecho a recibir la pensión antes del 31 de julio del 2011, siempre y cuando su mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Define el acto legislativo que se entiende que una pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

Para quienes causen el derecho a recibir su pensión después del 31 de julio de 2011 solo recibirán 13 mesadas, independientemente del valor de la mesada.

En este escenario, la llamada mesada catorce, a la fecha en que empezó a regir el acto legislativo 01 de 2005, no se había causado y tampoco lo fue antes del 31 de julio de 2011, por tanto, corresponden a la demandante 13 mesadas anuales. Por ello la decisión debe respaldarse.

La Sala actualiza el valor de las mesadas pensionales al mes de septiembre de 2021, dándose así aplicación al artículo 283 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL y SS.

De acuerdo con las siguientes operaciones matemáticas se le adeuda a la actora la suma de \$53.708.290.60 por concepto de mesadas pensionales causada desde el 26 de 2016 al 30 de septiembre de 2021.

AÑO	MESADA	N. DE MESADAS	TOTAL
2016	689.454,00	7 días + 5 mesadas	3.608.142,60
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	9	8.176.734,00



total	53.708.290,60
-------	---------------

INTERESES MORATORIOS

La parte actora reclama el pago de los intereses moratorios, citando como fundamento la sentencia SU 068 de 2018, donde la Guardiana de la Constitución, expuso:

“Así las cosas, la postura asumida por la Corte Constitucional, en sede de control abstracto y concreto, indica que las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones propias del sistema de seguridad social están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior.”

El precedente citado, nos lleva a concluir que los intereses moratorios aplican al reconocimiento de la pensión bajo cualquier régimen, dado que la interpretación inicial que se tenía era que sólo eran reconocidos para las pensiones que se otorgaran bajo la Ley 100 de 1993.

Pero en el caso que nos ocupa, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se hace atendiendo el principio de la condición más beneficiosa, apoyados en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, por lo tanto, el no reconocimiento oportuno de esa prestación por la entidad demandada se genera en la interpretación literal de la ley, sin que se pueda calificar como un actuar 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, por lo tanto se atiende la censura y se revocará la decisión para en su lugar concederlos a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y hasta que se haga el pago total de la obligación.

La anterior conclusión, conlleva necesariamente que sobre las mesadas reconocidas se ordene la indexación para mantener el poder adquisitivo de la moneda, a las voces del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que consagra: “dentro de cualquier proceso que se surta



ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

DESCUENTOS

Se mantendrá también la autorización a la demandada a efectuar, del retroactivo reconocido, los respectivos descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, bajo los parámetros del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, excepto de las mesadas adicionales y a su vez deberá trasladarlos a la EPS a la que se encuentre afiliada la beneficiaria.

Ante el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, se autorizará a esta entidad a que del retroactivo pensional descuente el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debidamente indexada, que le reconoció al señor HECTOR DE JESUS LADINO BETANCOURT en Resolución número 2596 de 2002.

Dentro del contexto de esta providencia, se han analizado los argumentos presentados por los apoderados de las partes en los alegatos de conclusión.

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.

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 tercero la sentencia número 288 emitida dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 3 de diciembre de 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, para en su lugar:

CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar en forma vitalicia a la señora NEIDA ROSA ZUÑIGA DIAZ la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del señor HECTOR DE JESUS LADINO BETANCOURT, en cuantía del salario mínimo, a razón de 13 mesadas por año, debiendo pagar la suma de \$53.708.290.60 por concepto de retroactivo pensional causado del 23 de agosto de 2016 al 30 de septiembre de 2021.

SEGUNDO- REVOCAR el numeral quinto la sentencia número 288 emitida dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 3 de diciembre de 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, para en su lugar

CONDENAR a COLPENSIONES al pagar indexado el valor del retroactivo causado hasta la ejecutoria de esta providencia y de ahí en adelante deberá reconocer y pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 que se liquidarán hasta el día del pago efectivo.

TERCERO.- MODIFICAR el numeral sexto la sentencia número 288 emitida dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 3 de diciembre de 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, para en su lugar

AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional, salvo lo que corresponde por mesadas adicionales, los aportes a la Seguridad Social en Salud, los que deben ser remitidos a la EPS a la que se afilie la actora. E igualmente a descontar debidamente indexada la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que canceló al señor HECTOR DE JESUS LADINO BETANCOURT.



CUARTO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 288 emitida dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 3 de diciembre de 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

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

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

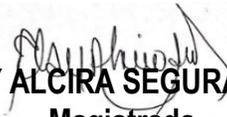
Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: NEIDA ROSA ZUÑIGA DIAZ
APODERADO: ALVARO DAVID PEREA MOSQUERA
Correo electrónico: alvarodavid73@hotmail.com

DEMANDADO. COLPENSIONES
APODERADA: JOHANNA ALEJANDRA OSORIO GUZMAN
Correo electrónico: alejandraosorio86@hotmail.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. 012-2019-00701-01