TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

Acta número: 36

Audiencia número: 385

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 102 del 13 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por MARIA ELDA ESCOBAR de RAMIREZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

AUTO NUMERO:1158

Reconocer personería a la abogada SANDRA MILENA PARRA BERNAL, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.875.384, con tarjeta profesional número 200.423 del Consejo Superior de la Judicatura, para que actúe como apoderada de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder allegado de manera virtual.

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

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de la actora en los alegatos de conclusión que presenta en esta instancia, solicita el reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 07 de agosto de 2019 y hasta que se haga efectivo el pago de la obligación, atendiendo las sentencias de unificación SU 005 y SU 065, ambas emitidas en el año 2018.

De otro lado, quien representa a la entidad demandada manifiesta que se sostiene en los argumentos de hecho y de derecho que sirvieron de sustento para la contestación de la demanda y en lo que se haya probado dentro del proceso.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA N. 322

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 LUIS ALBERTO RAMIREZ ORTEGA, acaecido el 19 de abril de 2015, 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 MARIA ELDA ESCOBAR de RAMIREZ que su esposo señor LUIS ALBERTO RAMIREZ ORTEGA falleció el 19 de abril de 2015 y había cotizado al Sistema de Seguridad Social ante COPENSIONES por espacio de 514 semanas, de las cuales 418 lo fueron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Que mediante Resolución número GNR 84487 del 13 de abril de 2019 COLPENSIONES le negó la pensión de sobrevivientes, aduciendo el incumplimiento de la densidad de semanas cotizadas, acto que recurrió en revocatoria directa, sin respuesta a la fecha.

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Intervino el MINISTERIO PUBLICO, quien posterior a referir la normatividad aplicable a la solución del litigio, señaló que se debe verificar si el afiliado fallecido dejó causado el derecho, bien en aplicación de la normatividad vigente o bajo el principio constitucional de la condición más beneficiosa y si la demandante reúne las condiciones para ser beneficiaria del mismo. Propuso las excepciones de prescripción e improcedencia de intereses moratorios.

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que el causante 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 150 o 300 semanas de aportes en los 6 años anteriores al deceso, aunado a que a la demandante le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe compensación y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió con sentencia, mediante la cual la operadora declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas entre el 19 de abril de 2015 y 6 de marzo de 2016 y la de inexistencia de la obligación respecto de la mesada 14, condenó a COLPENSIONES la reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la demandante, de forma vitalicia, a partir del 7 de marzo de 2016, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, con un retroactivo liquidado a 29 de febrero de 2020 en suma de $39.734.367.8.oo, debidamente indexado hasta la ejecutoria de la sentencia y a partir de ahí ordenó el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, autorizando a COLPENSIONES a descontar del retroactivo los dineros reconocidos por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes y los aportes al sistema de seguridad social en el régimen de salud.

Para arribar a esa conclusión, la A quo, atendiendo 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 hay lugar al pago de intereses moratorios sólo desde la ejecutoria de la sentencia 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 refiere que en sentencia SU 065 de 2018 se dispuso que la prestación procede para todo tipo de pensiones indistinto de su origen, por principio de favorabilidad, asimismo pide que se condene en costas a COLPENSIONES bajo los parámetros del articulo 365 CGP en la medida que resultó vencida en juicio.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia es adversa a COLPENSIONES se surte el grado jurisdiccional de consulta por ser la Nación garante, al tenor del artículo 69 del CPL y SS.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme al recurso de alzada de la demandante 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, **vi)** sí son procedentes o no los intereses moratorios y desde cuando se causan y **vi)** si hay lugar a condena en costas a COLPENSIONES.

Antes de dar respuesta a las controversias planteadas, encuentra la Sala que no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos:

1. Las cotizaciones que el señor LUIS ALBERTO RAMIREZ ORTEGA (q.e.p.d.) hizo al Sistema General de Seguridad Social en pensiones ante el ISS hoy COLPENSIONES en total de **514.57** semanas, en el período comprendido entre el 1º de enero de 1987 al 31 de julio de 2009, (fl. 14).
2. La fecha del deceso del señor LUIS ALBERTO RAMIREZ ORTEGA, hecho acaecido el 19 de abril de 2015 (fl. 19).
3. El matrimonio celebrado entre MARIA ELDA ESCOBAR de RAMIREZ Y LUIS ALBERTO RAMIREZ ORTEGA (q.e.p.d.), por los ritos católicos, el 6 de diciembre de 1969 (fl. 17)
4. La negativa dada por COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, mediante Resolución número SUB 89487 del 13 de abril de 2019 (fl. 8 a 12)

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 LUIS ALBERTO RAMIREZ ORTEGA, acaecido el 19 de abril de 2015, 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 14, la última cotización realizada por el causante fue el 31 de julio de 2009, resultando claro que, al momento del deceso, 19 de abril de 2015, 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 le ley derogada. f) Respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma."*

Establece claramente ese pronunciamiento:

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

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

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

> *(i) De conformidad con lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de sobrevivientes son los dispuestos en las leyes del Sistema General de Pensiones, esto es, el sistema reglado entre otras, por la Ley 100 de 1993 y modificado por la Ley 797 de 2003. Esta regla constitucional impide la aplicación ultractiva de regímenes de pensiones de sobrevivientes anteriores a la Ley 100 de 1993.*
>
> *(ii) Varias Salas de Revisión han aplicado, de manera ultractiva, el régimen previsto por el Acuerdo 049 de 1990 -e incluso regímenes anteriores-[1], en cuanto al primer requisito para la causación del derecho, esto es, el número mínimo de semanas de cotización para la obtención de la pensión de sobrevivientes.*

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

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

(iv) La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el principio de la condición más beneficiosa de una forma que lejos de resultar constitucionalmente irrazonable es acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005. Para dicha Corte, este principio no da lugar a la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 u otros regímenes anteriores. Por tanto, el hecho de que el cotizante hubiese realizado aportes pensionales, por lo menos por el número mínimo de semanas previsto en dicha normativa para acceder a la pensión de sobrevivientes, sumado a la muerte del cotizante tras la expedición de la Ley 797 de 2003, no genera el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes para el beneficiario. Esta regla, en todo caso, sí ha considerado la aplicación ultractiva de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, para efectos del cómputo de las semanas mínimas de cotización, únicamente en aquellos supuestos en los que la muerte del afiliado hubiese acaecido dentro de los 3 años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.(Esta postura fue unificada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 25 de enero de 2017, Expediente SL45650-2017, Radicación N° 45262.)
(v) No obstante, para la Corte Constitucional, la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sí resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder a la pensión de sobrevivientes es una persona vulnerable. En estos casos, los fines que persigue el Acto Legislativo 01 de 2005 -hacer viable el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad y de igualdad para todos los cotizantes- tienen un menor peso en comparación con la muy severa afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas de las personas vulnerables. Por tanto, solo respecto de estas personas resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 –o regímenes anteriores- en cuanto al primer requisito, semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque el segundo requisito, la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003. Si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del tutelante, amerita protección constitucional.

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

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

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

Test de Procedencia	
Primera condición	*Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.*
Segunda condición	*Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.*
Tercera condición	*Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario.*
Cuarta condición	*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.*
Quinta condición	*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.*

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 29 de octubre de 1952 (fl. 24), por lo tanto, a esta anualidad tiene 68 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. 109) y si bien con posterioridad al deceso de su esposo recibe algo de ayuda de sus hijas tal apoyo no es constante pues precisamente por la difícil situación económica, dos de ellas tuvieron que viajar a España y con lo que ganan, cuando pueden trabajar es que le ayudan, como para que no aguante hambre, pues no es mucho porque ellas tienen sus hogares y sus obligaciones y la otra hija que vive en Colombia si la mamá no tiene el almuerzo ella se lo da.

De la situación antes descrita dieron cuenta las señoras: FANNY VIEDMA y MARLENY GARCIA VIVAS, deponentes que funda la razón de la ciencia de sus dichos en circunstancias de amistad y vecindad la primera y afinidad la segunda por ser su concuñada, 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 desvirtuados.

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 MARÍA ELDA ESCOBAR de RAMIREZ 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 del desempleo 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 mecánico de forma independiente con los ingresos que obtenía no le alcanzaba para cotizar y algunas veces las hijas trataron hacer los aportes.

Y, por último, de la quinta condición, tenemos que la peticionaria fue diligente en adelantar las actuaciones administrativas y judiciales.

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 LUIS ALBERTO RAMIREZ ORTEGA (q.e.p.d.), fue en el mes de julio de 2009, lo que se traduce en que el afiliado ni se encontraba cotizando al momento de su muerte (abril de 2015), ni tenía 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su deceso.

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

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

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

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

Verificamos el tiempo cotizado por el afiliado y tenemos que la documental obrante a folio 14, como lo es su historia laboral, nos ilustra que el afiliado fallecido cotizó **514.14** semanas, en toda su vida laboral desde el 1º de enero de 1987 hasta julio de 2009, de las cuales **418.42** semanas fueron cotizadas antes de la Ley 100 de 1993, 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 19 de abril de 2015, 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 tópico, partimos del hecho de que a la fecha de fallecimiento del señor LUIS ALBERTO RAMIREZ ORTEGA, esto es, 19 de abril de 2015, 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.

En cuanto a la convivencia se atiende la documental de folio 17 que da cuenta que el 6 de diciembre de 1969 la demandante y el causante contrajeron matrimonio por los ritos católicos y las declaraciones rendidas por las señoras FANNY VIEDMA y MARLENY GARCIA VIVAS,

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 difunto esposo quien asumía la totalidad de 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 principió 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 MARIA ELDA ESCOBAR de RAMIREZ, con el afiliado fallecido, por más de 46 años, dado que la pareja se unió en matrimonio en diciembre de 1969 y convivieron hasta el momento del fallecimiento, que lo fue el 19 de abril de 2018 y que la convivencia fue continua e ininterrumpida. De la misma manera se encuentra acreditado, que el 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, situación que fue cabalmente aceptada por COLPENSIONES cuando le reconoció la indemnización sustitutiva de tal prestación.

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, 19 de abril de 2015 (fl. 19); la reclamación fue presentada el 07 de marzo de 2019 (fl. 8 a 12), y la demanda radicada ante la oficina de reparto el 8 de julio de 2019 (fl. 26), observándose que entre las primera 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 06 de marzo 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 100/93 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 50 de la Ley 100 de 1993 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 en su artículo 142, creo 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 parágrafo 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 al 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, aun 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.

Sobre las mesadas reconocidas se mantendrá la indexación dispuesta 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".

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 Sala realiza la actualización del retroactivo pensional, causado desde el 06 de marzo de 2016, por la prescripción que ha sido llamada a ser probada de manera parcial y hasta el mes de septiembre de 2021.

De acuerdo con las siguientes operaciones matemáticas a la actora se le adeuda la suma de $57.546.251.20, debidamente indexada al momento de la ejecutoria de esta sentencia por concepto de retroactivo pensional causado desde el 06 de marzo de 2016 al 30 de septiembre de 2021, debiendo la entidad demandada continuar el pago de la mesada pensional en el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y 13 mesadas anuales.

Las operaciones aritméticas son las siguientes:

AÑO	MESADA	N. DE MESADAS	TOTAL
2016	689.454,00	24 dias+ 10 mesadas	7.446.103,20
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			57.546.251,20

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. Así mismo el descuento del retroactivo de los valores recibidos por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, como lo ordenó la A quo, pero esa suma deberá ser indexada ente el grado jurisdiccional de consulta se surte en favor de COLPENSIONES.

Finalmente, con relación a la censura de la absolución de costas a COLPENSIONES, en primer instancia, la Sala parte de lo dispuesto en el Art. 365 del Código General del Proceso, aplicable por analogía dispuesta en el Art. 145 del C.P.L y S.S., el cual, dispone en su numeral 1° en lo que interesa al proceso que: *"Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación…".*

De acuerdo con los hechos de la demanda, es claro que los argumentos de COLPENSIONES expuestos para su defensa no salieron adelante, resultando vencida en juicio, por lo que debe atenderse la súplica del recurso, en el sentido de condenarla en costas de primera instancia, de acuerdo con la norma antes citada.

Sin costas en esta instancia.

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 102 emitida dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 13 de marzo de 2020, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, el cual quedará así:

> *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a pagar la señora MARIA ELDA ESCOBAR DE RAMIREZ la suma de $57.546.251.20, concepto de retroactivo pensional causado desde el 06 de marzo de 2016 al 30 de septiembre de 2021, debiendo la entidad demandada continuar el pago de la mesada pensional en el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y 13 mesadas anuales. Suma que se cancelará debidamente indexada hasta la ejecutoria de esta providencia y de ahí en adelante, se reconocerán los intereses moratorios causados hasta el pago efectivo de la obligación.*

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia número 102 emitida dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 13 de marzo de 2020, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, el cual quedará así.

> *AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a descontar del valor del retroactivo pensional a favor de la señora MARIA ELDA ESCOBAR DE RAMIREZ, la suma cancelada a ella debidamente indexada por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.*

TERCERO.- MODIFICAR el numeral séptimo la sentencia número 102 emitida dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 13 de marzo de 2020, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, en el sentido de condenar en costas en primera instancia a COLPENSIONES y a favor de la promotora del litigio.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 102 emitida dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 13 de marzo de 2020, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta

QUINTO.- SIN COSTAS en esta instancia.

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: MARIA ELDA ESCOBAR DE RAMIREZ
APODERADO: ALVARO DAVID PEREA MOSQUERA
Correo electrónico: alvarodavid73@hotmail.com

DEMANDADO. COLPENSIONES
APODERADA: SANDRA MILENA PARRA BERNAL
Correo electrónico:
www.munozmedinaabogados.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 MARTINEZ
Magistrada
Rad. 018-2019-00396-01