



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

SENTENCIA 096

(Aprobado mediante acta del 8 de marzo de 2022)

Proceso	Ordinario Laboral
Demandantes	Gloria Amparo Osorio Peláez
Demandado	Colpensiones
Radicado	76001310501220180041801
Temas	Pensión de Sobrevivientes
Decisión	Modifica-Revoca-Adiciona-Confirma

En Santiago de Cali - Departamento del Valle del Cauca, el día veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022), la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ, quien actúa como Ponente; obrando de conformidad con el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el Acuerdo No. PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; adopta la decisión con el fin de dictar sentencia en el proceso de la referencia, que se traduce en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Para empezar, pretende la demandante que se condene a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 30 de agosto de 2004, como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge Ramiro Ramírez García, junto con los intereses moratorios y las costas procesales.

Lo anterior, bajo el argumento de que contrajo nupcias con el difunto Ramiro Ramírez García el 28 de abril de 1979, quien estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones acumulando 621 semanas de las cuales 468 fueron cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que falleció el 30 de agosto de 2004. Así mismo, refirió que el 21 de septiembre de 2004 reclamó la pensión de sobrevivientes ante la demandada, pero le fue negada a través de Resolución 004560 de 2005.

Inconforme con lo anterior, elevó solicitud de revocatoria directa, pero que la entidad demandada mediante Resolución SUB33945 del 17 de abril de 2017, reiteró la negativa.

Por último, manifestó que si bien es cierto el causante no acumuló las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su deceso, sí lo es que cotizó más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal como lo exige el Decreto 758 de 1990.

CONTESTACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Conforme lo anterior, Colpensiones se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que la demandante no cumple con las exigencias de la norma. Propuso las excepciones inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia 354 proferida el 31 de octubre de 2019, declaró no probadas las excepciones propuestas, salvo la de prescripción que la declaró parcialmente probada respecto de todo lo que se haya hecho exigible con anterioridad al 31 de julio de 2015.

Como consecuencia, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 1.º de agosto de 2015, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente y a razón de 14 mesadas, liquidó el retroactivo con corte al 31 de octubre de 2019, que arrojó la suma de \$43.893.172 y autorizó el descuento del valor correspondiente a salud.

Asimismo, absolvió de las demás pretensiones, declaró de oficio la excepción de no afectación del sistema pensional y en consecuencia, le ordenó a la demandante que retorne a Colpensiones la suma reconocida por concepto de indemnización sustitutiva.

Por último, condenó en costas a la demandada, fijó como agencias en derecho la suma de \$3.000.000 y autorizó a esta para que del retroactivo reconocido, descuenta el valor por concepto de aportes al sistema de salud.

Lo anterior, fundamentada en que el causante no dejó cumplida la densidad de semanas ni con la Ley 797 de 2003 ni con la Ley 100 de 1993; no obstante, estudiada la pensión bajo el principio de la condición más beneficiosa, evidenció que el causante cotizó más de 400 semanas antes de la entrada en vigencia del sistema general en pensiones.

Que analizada la SU 005 de 2018, aplicada al caso, consideró que la demandante es una persona de más de 58 años de edad, por lo que se puede considerar que se encuentra en el rango de vejez. Asimismo, indicó que si bien es cierto la demandante recibe ayuda de familiares, considera que esta situación no es vivir en condiciones dignas, pues los testigos señalaron que sus hijos le brindan ayuda en la medida de lo posible, porque también tienen hogar. Además, indicó que la demandante tuvo que vender la casa que le había quedado del matrimonio para cubrir las deudas y los gastos que tenía, por lo que concluyó que no tiene una vida digna, en tanto sobrevive con la ayuda que le proporcionan.

Además, también se pudo establecer que la demandante era ama de casa y que los gastos eran cubiertos por el causante y que ya por razones de salud fue que los hijos empezaron a brindar ayuda económica. De igual forma, refirió que los testigos manifestaron que la causa del deceso del causante fue un cáncer en la garganta, que los últimos años se agudizó y los últimos 4 meses no pudo trabajar, que, verificada la historia laboral, la última cotización fue en noviembre de 2003 y su deceso fue en agosto de 2004, lo que concuerda con los dichos de los testigos.

Concluyó, que sí hay afectación de los derechos mínimos de la demandante para poder subsistir, pues si bien recibe ayuda de familiares también es que no se puede entender como vida en condiciones dignas, por lo que reconoce el derecho a la pensión.

Que calculado el IBL, arrojaría una mesada pensional inferior al mínimo, siendo necesario ajustarlo a un salario mínimo legal mensual vigente.

Frente a los intereses moratorios, indicó que, al reconocer el derecho en aplicación de jurisprudencia, no habría lugar a su reconocimiento.

Agrega, que el causante falleció en el 2004, la demandante reclamó, no obstante, obtuvo indemnización sustitutiva, que si bien es cierto se presentaron otras reclamaciones con posterioridad el artículo 151 del CPTSS señala que la prescripción opera por una sola vez, por lo que toma la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 31 de julio de 2018, por ende, todo lo generado con anterioridad al 31 de julio lo declaró prescrito.

Por último, indica que la indemnización sustitutiva es incompatible con la pensión de sobrevivientes, por lo que, en aplicación de la no afectación del equilibrio financiero del sistema pensional, ordenó devolver los dineros recibidos por parte de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Por un lado, el apoderado judicial de la parte demandante, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación, centra el reproche frente a la prescripción bajo el argumento de que la jurisprudencia ha establecido que al tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, se puede elevar la reclamación en una segunda oportunidad, razón por la que se elevó reclamación el 31 de julio (sic) de 2017, por lo que considera que se encuentran afectadas por prescripción as mesadas anteriores al 31 de marzo de 2014.

Por último, solicita que se modifique la absolución a los intereses moratorios, por considerar que se debe condenar por lo menos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Por otro lado, la apoderada judicial de Colpensiones interpuso y sustentó el recurso de apelación bajo el argumento de que el deceso del causante ocurrió en vigencia de la Ley 797 de 2003 y si bien es cierto la Corte en aplicación del principio de la condición más beneficiosa ha permitido realizar un salto normativo para garantizar la prestación, no es menos cierto que la Corte Suprema de Justicia permite el salto frente a la norma inmediatamente anterior al deceso. Por lo que considera, que si el causante no se encontraba

cotizando debía acreditarse 26 semanas en el último año anterior a su deceso, y ello no fue así, pues dejó 16 semanas.

Además, que no se probó que se afectara el mínimo vital y móvil de la demandante, toda vez que ha recibido ayuda de sus hijos, ha vivido en buenas condiciones. De igual forma, refiere que la demandante después de 12 años luego de haber recibido la indemnización sustitutiva, vuelve a solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que considera que no se pudo acceder a la pretensión.

Solicita que se revoque la sentencia proferida en primera instancia.

Agrega, que, de mantenerse la decisión, no deberá ser condenada a los intereses moratorios por cuanto al momento en el que le decidió el derecho y le concedió la indemnización, la entidad estaba regida por la norma que regula la materia y para el caso, es la ley 797 de 2003.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este despacho judicial, a través de auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Estando dentro de la oportunidad procesal, la parte demandada Colpensiones presentó escrito de alegatos. Por su lado, las demás partes no presentaron los mismos, dentro del término concedido, tal como se observa en el expediente.

Es así, que se tienen atendidos los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Conforme al artículo 66A del CPTSS la competencia de esta Corporación procede del recurso de apelación interpuesto por las partes y, además, del grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 ibídem, en tanto la sentencia fue desfavorable a los intereses de la entidad demandada.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Corresponde a esta Sala determinar si acertó o erró la Juez de primer grado ante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante, en caso de lo primero, se establecerá si la demandante cumple el requisito de dependencia económica, si hay lugar al retroactivo, a partir de qué fecha; además, si se causan los intereses moratorios.

Son hechos probados y no admiten discusión, conforme a la prueba documental aportada al expediente:

-) Que el causante, Ramiro Ramírez García feneció el 30 de agosto de 2004 (f.º 16)
-) Que la demandante contrajo nupcias con el causante el 28 de abril de 1970 (f.º 13)
-) Que Colpensiones negó la pensión solicitada a través de Resolución 004560 de 2005 y en su lugar reconoció suma por concepto de indemnización sustitutiva por \$5.479.280 (f.º 17)
-) Que se elevó reclamación de revocatoria directa el 31 de marzo de 2017, y la entidad confirmó la negativa, mediante acto administrativo SUB 3945 del 17 de abril de 2017 y fue debidamente notificada (f.º 19-24)

Ahora bien, la pensión de sobrevivientes se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico colombiano con el objetivo de brindar al grupo familiar de un fallecido el soporte económico necesario para garantizar la satisfacción de sus necesidades, evitando así, que además de sufrir la aflicción por la ausencia de su ser querido, también tengan que afrontar la carencia de los recursos económicos que éste, con su trabajo o su mesada pensional les proveía.

A la luz de la jurisprudencia de la CSJ, SCL, la regla general es que la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado es la que determina la norma que gobierna el derecho a la pensión de sobrevivientes, esto es, fenecido Ramírez García el 30 de agosto de 2004, la norma aplicable es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

En cuanto al requerimiento de la citada norma, relativo a las 50 semanas de cotización en los últimos 3 años anteriores a la fecha del deceso, es decir, por el período del 30 de agosto de 2001 y el mismo día

y mes del año 2004, una vez revisada la historia laboral, reporta “28” semanas cotizadas, de ahí que el causante no acredite el cumplimiento de ese requisito, como tampoco las 26 semanas que exige la Ley 100 de 1993 en su texto original.

Pero, en aras de satisfacer el particular amparo constitucional, conforme a los principios de la seguridad social como derecho fundamental, el de progresividad, el mínimo vital y demás conexos, se advierte el estudio del denominado principio de la condición más beneficiosa.

El cual, se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, y permite aplicar normas derogadas cuando la vigente es regresiva y afecta derechos respecto de los cuales existe una expectativa legítima, por demandar requisitos más rigurosos que la norma anterior.

No obstante, la aplicación de ese principio no ha sido uniforme por parte de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, cuando los afiliados se encuentran inmersos en un tránsito legislativo y han efectuado cotizaciones sea en uno de los regímenes o en diferentes regímenes pensionales.

Al respecto, la suscrita Magistrada Ponente compartía el criterio que de vieja data ha analizado la H. Corte Suprema de Justicia en aplicación del mencionado principio, que pregona el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación del citado principio, pero cuando los afiliados tienen una situación jurídica y fáctica concreta, es decir, circunscrito en forma irrefutable a la Ley 797 de 2003, cuando se demuestra el mínimo de semanas cotizadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, limita para acudir de manera exclusiva a la norma inmediatamente anterior.

Sin embargo, atendiendo el principio de progresividad, entendido como el deber que tiene el estado de avanzar en materia de seguridad social y de sostener los beneficios alcanzados en este tema, según lo ha explicado la Corte Constitucional:

“...el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del

legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”¹

Así como el avance jurisprudencial que en la materia ha desarrollado la Alta Corporación citada, según el cual, el criterio interpretativo del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria es restrictivo en comparación a los preceptos de la Carta Política, pues no demuestra un mejor desarrollo de los principios y derechos constitucionales; establecen las razones para que la suscrita Ponente se aparte de la tesis que venía sosteniendo, y acoja el criterio jurisprudencial desarrollado la H. Corte Constitucional -adoptado con antelación por los restantes integrantes de la Sala de Decisión-, que permite confrontar sistemas jurídicos que no son inmediatamente sucesivos, esto es, admite hacer el tránsito de la Ley 797 de 2003 al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Lo anterior, por cuanto, el principio de la condición más beneficiosa permite la aplicación de normas derogadas que ostensiblemente representan entornos más propicios para la adquisición del derecho a la pensión, y como lo ha señalado la H. Corte Constitucional, no tiene restricción ni en la Carta Política ni en la jurisprudencia, y propende por la preservación de las expectativas legítimas² frente a cualquier cambio normativo abrupto, que imponga requisitos adicionales que imposibiliten la consolidación de un derecho.

A la anterior decisión se llega también, con el íntimo convencimiento de que la tesis de la H. Corte Constitucional atiende principios constitucionales por ser la encargada de unificar las interpretaciones conforme a la Constitución Política, pero además, de garantizar la integridad de dicho texto, de ahí, que finalmente es en orden jerárquico el órgano de cierre, interpreta la norma con base en los principios y estatutos constitucionales, por ende, se trata de un precedente con fuerza vinculante³. Precursor que incluso ha sido aceptado por la Sala de Casación Civil de la CSJ, corporación que en decisiones de tutela ha

¹ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004.

² Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-147 de 1997, señaló que las expectativas legítimas deben: *ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas, de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social”.*

³ Corte Constitucional, sentencias SU-611 de 2017, SU-023 de 2018, y SU-068 de 2018.

ordenado a la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación⁴, atender el criterio de la Gardiana Constitucional.

Precisado lo anterior, se advierte que, el citado criterio se unificó a partir de la sentencia SU-442 de 2016, para establecer que en virtud del principio estudiado se puede aplicar no solamente la norma inmediatamente anterior a la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado, sino incluso la contemplada en normas más antiguas.

Igualmente, la Sala considera que el artículo 53 de la Constitución Política no impone un límite temporal al funcionario judicial para determinar la norma más favorable al trabajador. En efecto, el principio de favorabilidad implica que el Juez, como garante de los derechos de los ciudadanos, a través del estudio de cada caso particular y concreto puesto a su conocimiento, determine cuál norma sería la más favorable al trabajador, y aplicarla, en caso que ésta haya regulado su situación jurídica. De esta manera, la restricción impuesta por la Corte Suprema de Justicia en su actual jurisprudencia, frente a la presunta obligación de aplicar únicamente la norma inmediatamente anterior a la vigente, no resulta ajustada a la finalidad del principio de favorabilidad y de progresividad, menos cuando la norma no explicita o regula de manera concreta el alcance de las expectativas legítimas generadas por una normativa en materia pensional, razón suficiente para denegar el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

Sumado a lo anterior, para este Tribunal, resulta imperioso precisar, que la Corte Constitucional, en sentencia SU-005 de 2018, al reanudar el análisis del alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, limitó su aplicación al denominado Test de Procedencia explicitado en esa providencia, haciendo énfasis en lo referente a la vulnerabilidad de las personas y siendo así, serían todos aquellos individuos que lo hayan superado, esto es, las personas en quienes confluyan circunstancias de:

«(i) pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o se encuentren en situación de riesgo derivada de la condiciones como analfabetismo, vejez, pobreza extrema, cabeza de familia, desplazamiento o padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa. (ii) para quienes el

⁴ STC17906-2016; STC12014-2014, STC2773-2018 y STC6285-2019.

desconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción del mínimo vital y vida digna, (iii) justifiquen su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de la invalidez, y (iv) demuestren una actuación diligente para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez».

Una vez realizado el test de procedencia esta Sala avizora, que:

La demandante pertenece a un grupo de especial protección al demostrarse procesalmente que ostenta situaciones que le generan un riesgo inminente y requieren de un miramiento exclusivo, toda vez que, con la prueba testimonial recaudada, se logra inferir que dependía económicamente no solo del causante, sino también de los hijos, quienes le proporcionaban un aporte al hogar en la medida de lo posible, pues también tienen obligaciones con su hogar, debido a que el causante padecía de cáncer, se encontraba en los últimos años en situación delicada de salud, incluso, los 4 meses anteriores al deceso, empeoró su cuadro sintomático, tanto, que fue el detonante de su deceso.

Y así lo manifestaron los señores, Nancy Arias Zamora, Blanca Stella López Carvajal y Aquilino Paredes en sus declaraciones, quienes al unísono afirmaron conocer a la pareja, que los vieron siempre juntos, que el causante era quien proveía los gastos del hogar, pero que por su estado de salud dejó de cotizar al sistema, que recibían ayuda económica de parte de los familiares y los hijos, quienes aportaban con lo que podían porque también tienen obligación con su hogar.

Además, que la demandante siempre fue ama de casa y dependió económicamente del causante, además, es de resaltar que cuenta con 60 años de edad, por lo que esta Sala considera que no es una persona apta para conseguir un trabajo estable con todas las garantías de ley.

Así mismo, se evidencia que la negativa al reconocimiento de la pensión afecta la vida digna y el mínimo vital de la demandante, quien según se evidencia de las pruebas aportadas, figura afiliada en el Sistema de Seguridad Social en Salud, aunque en el régimen, está como beneficiaria desde el año 2015, fecha posterior al deceso del causante. Lo que permite inferir, que sus condiciones de vida cambiaron y que, aunque recibe ayuda de familiares y algo de los hijos, también es claro para la Sala y así lo manifestaron los testigos, la demandante vive en casa de su cuñado, pues le tocó vender la casa para suplir

deudas y gastos. De igual forma, se advierte que la demandante fue diligente en su momento, pues reclamó el derecho en el año 2004, pero la entidad le negó el derecho y es de resaltar que esto no fue objeto de discusión durante el trámite.

De acuerdo con lo anterior, es procedente estudiar el derecho pretendido al tenor de lo dispuesto en el Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990, ello por cuanto dicha norma gobernaba la situación pensional del causante antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues se encontraba afiliado al RPM desde el año 1970; precepto bajo el cual cumple el requisito de semanas exigidas, pues cotizó en toda su vida laboral 627,57 semanas entre el 17 de marzo de 1970 hasta el 30 de noviembre de 2003, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1.º de abril de 1994, cotizó 469,43 semanas, siéndole exigible con la normatividad en mención bajo el amparo de la condición más beneficiosa 300 semanas a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, en consecuencia, dejó causado el derecho que ahora se reclama, como lo concluyó la juez.

Con relación a la calidad de beneficiaria de la demandante, se advierte que este requisito se encuentra acreditado, teniendo en cuenta que en la actualidad permanece vigente el vínculo matrimonial entre el causante y aquella, desde el año 1970. Y frente al requisito de dependencia económica, es preciso resaltar, como se dijo en precedencia, una vez escuchadas las declaraciones de los testigos anotados, al unísono, manifestaron que la demandante convivió con el causante, que nunca se separaron y que dependía económicamente del fallecido, además, que, por el estado de salud del difunto, recibían ayuda económica por parte de familiares y los hijos, quienes actualmente le colaboran con lo que pueden.

Además, se advierte, que la demandante en vida del causante se dedicó al hogar, y actualmente es una persona que dada su edad, actualmente 60 años, es difícil la consecución de trabajo con todas las garantías de ley para su congrua subsistencia.

Al respecto, la parte pasiva reprocha el argumento de que la demandante depende económicamente de sus hijos y de la ayuda que le dan los familiares; no obstante, contrario a lo que considera esta parte en Litis, lo que se logra inferir de las declaraciones rendidas, es que tanta era la dificultad del causante por su estado de salud para sustentar su hogar, que la pareja recibía ayuda

de sus familias y de sus hijos, quienes aportaba lo que podían, para suplir sus necesidades básicas, y actualmente la demandante recibe apoyo de su familia y de sus hijos, pues no cuenta con un ingreso económico para sufragar sus gastos.

En términos generales, era tal la situación económica del causante, que, por un lado, vive en casa ajena donde su cuñado y vive con la ayuda que le proporcionan.

Por otro lado, los hijos le proporcionan una ayuda y aunque no queda clara la cantidad de la misma, lo claro es, que lo hacen es para que su progenitora no pase necesidades.

Ilustrado lo anterior, este Tribunal encuentra acreditado fehacientemente que la demandante cumple con los requisitos establecidos por la norma para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes deprecada.

Ahora bien, frente al fenómeno prescriptivo y para resolver el punto objeto de reproche formulado por la parte demandante, se debe precisar que el derecho se causó el 30 de agosto de 2004, revisadas las pruebas aportadas, la demandante reclamó el 21 de septiembre de 2004, la entidad negó el beneficio mediante Resolución 004560 de 2005 y en su lugar, le reconoció la suma de \$5.479.280 por concepto de indemnización sustitutiva.

Inconforme con lo anterior, elevó solicitud de revocatoria directa ante la demandada el 31 de marzo de 2017, la entidad confirmó la negativa al reconocimiento de la pensión mediante Resolución SUB3945 del 17 de abril de 2017 y la demanda se radicó el 31 de julio de 2018.

La parte demandante se duele al manifestar que debió tenerse como nueva solicitud, la de revocatoria directa radicada el 31 de marzo de 2017, sobre este tópico, la sala advierte, que si bien es cierto la pensión de sobrevivientes se trata de un derecho irrenunciable y de tracto sucesivo, no es menos cierto, que la solicitud de revocatoria directa -en cuanto es acto constitutivo- es un recurso que se interpone para invalidar otro acto previo, situación diferente es, que se hubiera solicitado nuevamente el pretendido derecho.

Lo anterior, toda vez, que no puede pretender la recurrente que luego de que Colpensiones negó el derecho y le reconoció una indemnización sustitutiva en el año 2005, y transcurridos 12 años, con la solicitud de revocatoria directa, el 31 de marzo de 2017, esta última se tenga como si fuera una nueva solicitud, toda vez, que para la sala es claro que, esta petición lo fue para que se revocara la Resolución 004560 de 2005, a través de la cual se negó el derecho que hoy se estudia, es decir, un acto previo.

Así las cosas, se analiza la prescripción teniendo de presente la fecha de radicación de la demanda, esto es 31 de julio de 2018, precisando que se configuró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 31 de julio de 2015, por ende, aunque su causación es a partir del 30 de agosto de 2004, el reconocimiento para su disfrute, se hace desde el 1.º de agosto de 2015, a razón de 14 mesadas, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, tal y como lo señaló la *a quo*.

El cálculo del retroactivo realizado por la Sala desde el 1.º de agosto actualizado hasta el 31 de marzo de 2022, arroja la suma de \$75.030.476, razón por la que se modificará parcialmente el ordinal tercero de la sentencia, en este aspecto, no sin antes advertir, que no se ordenará la indexación, toda vez que en primer lugar, no fue solicitado con la demanda, en segundo lugar, la juez no la declaró y tampoco fue pedido con el recurso de apelación.

Ahora bien, frente a los intereses moratorios esta Sala ha considerado que la misma tiene un carácter resarcitorio cuyo origen radica en el pago tardío de la pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes. No obstante, no se puede pasar por alto el pronunciamiento expuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, que en sentencia SL 5013 de 2020, ha interpretado que es inviable condenar al pago de intereses moratorios cuando devienen de una pensión concedida en aplicación del principio de la condición más beneficiosa -tesis que se mantiene en la actualidad⁵-, es así que se revocará el ordinal cuarto de la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar, se condenará al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta que se efectúe el pago.

⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL5013-2020.

Por último, en lo que hace referencia a la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva con la pensión de sobrevivientes, ha de indicarse que esta procede cuando el cotizante o afiliado no estructura el derecho a pensionarse y opta por la devolución o reintegro de los aportes que ha realizado.

Para mayor claridad, es una forma de devolver los aportes a pensión realizados, que en el régimen de prima media (Colpensiones) toma el nombre de indemnización sustitutiva, y en los fondos privados de pensión toma el nombre de devolución de aportes.

Lo anterior cobra sustento con lo señalado en diversa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencia radicación 67359 del 18 de abril de 2018, órgano que ha enseñado que no por el hecho de reconocerse suma por concepto de indemnización sustitutiva se pierde el derecho a la pensión, contrario, al constatarse que procedía la prestación económica, por ser un derecho irrenunciable, habrá lugar a su reconocimiento y a la devolución de lo reconocido por aquello, y es así, porque para el cálculo que se realiza en ambas -indemnización o derecho pensional por cumplir requisitos- se tienen en cuenta los aportes al sistema.

Además, no se puede pasar por alto que la pensión de sobrevivientes es sobreviviente, lo que significa, que de no existir la de vejez, aquella tampoco, por lo que se concluye que no erró el juzgador de primer grado al autorizar que Colpensiones haga la devolución del valor pagado por concepto de indemnización sustitutiva.

No obstante, se modificará el ordinal quinto de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de autorizar a Colpensiones que del retroactivo reconocido, se descuente la suma de \$5.479.280 que fue reconocida por concepto de indemnización sustitutiva.

Se confirman las costas de primera instancia. En esta segunda instancia, se condenará a ambas partes, para la parte demandante por haber prosperado de manera parcial el recurso, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 y para Colpensiones, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Conforme todo lo anterior expuesto, se confirmará en lo demás la sentencia proferida por el *A quo*.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero: REVOCAR el ordinal cuarto de la sentencia 354 del 31 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali y en su lugar, CONDENAR al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta que efectúe el pago, conforme lo expuesto.

Segundo: MODIFICAR parcialmente el ordinal tercero de la sentencia proferida por la Juez de primer grado, en el sentido de condenar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes desde el 30 de agosto de 2004, pero frente al disfrute del retroactivo pensional, su pago se calcula entre el 1.º de agosto de 2015 actualizado hasta el 31 de marzo de 2022, que arroja la suma de \$75.030.476.

Tercero: MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de AUTORIZAR a Colpensiones que del retroactivo reconocido, descuenta la suma de \$5.479.280 que fue reconocida por concepto de indemnización sustitutiva.

Cuarto: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez de primer grado.

Quinto: COSTAS en esta instancia a cargo de ambas partes, para la parte demandante dada la prosperidad parcial del recurso, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 y para Colpensiones. se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Sexto: DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de Origen, una vez quede en firme esta decisión.

Lo resuelto se notifica y publica a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial en el link <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-011-de-la-salalaboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente, se cierra y se suscribe en constancia por quien en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado

Anexo. Retroactivo Gloria Amparo Osorio Peláez

RETROACTIVO			
Año	Mesada	N° de mesadas	Total
2015	\$ 644.350	7	\$ 4.510.450
2016	\$ 689.455	14	\$ 9.652.370
2017	\$ 737.717	14	\$ 10.328.038
2018	\$ 781.242	14	\$ 10.937.388
2019	\$ 828.116	14	\$ 11.593.624
2020	\$ 877.803	14	\$ 12.289.242
2021	\$ 908.526	14	\$ 12.719.364
2022	\$ 1.000.000	3	\$ 3.000.000
			\$ 75.030.476