



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

SENTENCIA 103

(Aprobado mediante acta del 15 de marzo de 2022)

Proceso	Ordinario Laboral
Demandantes	Esmeralda Marina García Pérez
Demandado	Colpensiones
Litisconsorte necesario	Verónica Villamizar García
Radicado	76001310500120180041701
Temas	Pensión de Sobrevivientes
Decisión	Modifica-Adiciona-Confirma

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva a la abogada María Juliana Mejía Giraldo quien se identifica con T.P. 258.258 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en representación de Colpensiones, y a su vez, se reconoce personería jurídica a la abogada Jenny Paola Ocampo Márquez quien se identifica con T.P. 305.543 del Consejo Superior de la Judicatura, según poder de sustitución aportado.

En Santiago de Cali - Departamento del Valle del Cauca, el día treinta y uno (31) 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 17 de enero de 2016, como consecuencia del fallecimiento de su compañero permanente Alberto Villamizar Rueda, junto con los intereses moratorios y las costas procesales.

Lo anterior, bajo el argumento de que Villamizar Rueda cotizó al ISS un total de 675 semanas, de las cuales 339 fueron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Asimismo, refirió que convivió con el causante desde el 12 de diciembre de 1994 hasta el momento de su deceso.

Agregó, que el causante feneció el 17 de enero de 2016, por lo que elevó reclamación ante Colpensiones para obtener la pensión de sobrevivientes, pero que le fue negada. De igual manera, que la demandada le reconoció cifra por concepto de indemnización sustitutiva, que radicó solicitud de revocatoria directa, pero la entidad no accedió al mismo.

Señaló, que si bien es cierto no se acreditan 50 semanas previas al deceso del causante, si lo es que cotizó más de 300 antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que considera que cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990, es así que debe darse aplicación al principio de la condición más beneficiosa.

Al respecto, el juzgado de conocimiento mediante auto del 1º de agosto de 2018 admitió la demanda y ordenó la vinculación al trámite de Verónica Villamizar García en calidad de litisconsorte necesario.

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, cobro de

lo no debido, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido. Asimismo, las de ausencia de causa para demandar y la innominada.

De igual forma, la integrada en Litis, mediante escrito de contestación, no se opuso a las pretensiones, tampoco propuso excepciones y en su lugar, se allanó a lo que se decidiera.

TRÁMITE DE INSTANCIA

El juzgado de conocimiento, en audiencia el 25 de junio de 2019, estando en la etapa de decreto de pruebas, dispuso comisionar al Juez laboral de Barranquilla, para que procediera a recepcionar las manifestaciones de los testigos de la vinculada al trámite, toda vez que el domicilio era en esa localidad.

Surtido el trámite de rigor y luego de haberse evacuado la prueba testimonial por el Juez Once Laboral del Circuito de Barranquilla, la Juez de conocimiento dispuso continuar con el trámite respectivo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Al respecto, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia 390 proferida el 10 de diciembre de 2019, declaró no probadas las excepciones propuestas y que el causante dejó causado el derecho pensional deprecado en virtud del Acuerdo 049 de 1990.

Como consecuencia, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante y de su hija –vinculada al trámite– a partir del 17 de enero de 2016, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente y a razón de 13 mesadas y distribuidas en un 50% para cada una de ellas.

Asimismo, condenó a Colpensiones a pagar a la demandante la suma de \$19.137.234 por concepto de retroactivo pensional. De igual forma, al pago de \$2.413.096 por este mismo concepto en favor de la vinculada al trámite, para esta última, calculado entre el 17 de enero y 16 de agosto de 2016 por haber cumplido los 18 años el 17 de agosto de 2016. Aclaró que,

para efectos de continuar devengando la prestación económica, deberá acreditar escolaridad hasta los 25 años de edad.

Además, ordenó a la demandada, que una vez cese el derecho de percibir la pensión de la vinculada, deberá incrementar al 100% el porcentaje de la mesada en favor de la demandante. De igual manera, autorizó el descuento de los aportes a salud, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a Colpensiones, fijó como agencias en derecho la suma de \$1.200.000.

Lo anterior fundamentada en que una vez analizada la postura de las altas cortes, ha decidido cambiar la postura que venía adoptando el despacho, en tanto venía absolviendo a la demandada de las pretensiones sobre el reconocimiento del derecho pensional si el análisis lo era para dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, toda vez, que se daba aplicación a la jurisprudencia de la CSJ.

Que una vez, analizadas las posturas de las cortes, indicó que llamó la atención la sentencia T-104 de 2008, en la que se estudió el mencionado principio, dando aplicación de manera amplia, por considerar que no debe aplicarse solamente la norma inmediatamente anterior a la invalidez.

Al optar por el estudio de este principio aplicado al caso, indicó que, revisada la historia laboral del 17 de enero de 2013 al mismo día y mes de 2016, no dejó semanas cotizadas. De igual forma, que tampoco dejó acreditado el requisito de semanas con Ley 100 de 1993.

Que en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 al tener una expectativa legítima y al haber cotizado 325,9 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, encontró acreditado el derecho.

Que, para la liquidación del derecho, una vez analizado el artículo 21 de esta última norma y realizado el cálculo del IBL con el promedio de los últimos 3600 días, arroja \$681.578, que al aplicar la tasa del reemplazo de 51%, arroja una mesada de \$347.605, valor inferior al mínimo, por lo que en los términos del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, la ajusta a un salario mínimo legal mensual vigente.

Asimismo, reconoce el derecho pensional en favor de la demandante – compañera permanente y de la hija menor en un 50% para cada una de ellas, a partir del 17 de enero de 2016, a razón de 13 mesadas anuales e indicó que no se configuró la prescripción. De igual manera, calculó el retroactivo para la primera, en valor de \$19.137.234 y para la segunda, del 17 de enero de 2016 hasta el 17 de agosto del mismo año –por haber cumplido la mayoría de edad– la suma de \$2.413.096.

Agregó, que para efectos de que la hija menor continúe recibiendo el derecho pensional, debe acreditar estudios hasta los 25 años. Además, indicó que una vez cese el derecho de esta, la demandada deberá incrementar el valor de la mesada en un 100% a la demandante. Autoriza el descuento de los aportes a salud.

Sobre los intereses moratorios, señaló que, al haberse reconocido la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, no hay lugar a su reconocimiento, por lo que lo que los ordena a partir de la ejecutoria de la sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de Colpensiones, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación bajo el argumento de que al morir el causante el 17 de enero de 2016, la Ley que regula la materia es la 797 de 2003, la cual exige 50 semanas de cotización en los 3 últimos años al momento del deceso de este.

Agrega, que al estudiar el derecho bajo el principio de la condición más beneficiosa y revisada la historia laboral, el causante se encontraba activo al 29 de enero de 2003, pero que no acredita el número de semanas exigidas y, además, que su deceso fue posterior, por lo que considera que no dejó causado el derecho pensional.

Asimismo, refiere que, al haberse reconocido la indemnización sustitutiva, resulta incompatible con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez, que para liquidar la primera se tuvieron en cuenta las semanas cotizadas por el difunto.

Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en caso de no acogerse los argumentos de apelación, solicita que se autorice el descuento de los \$10.133.724 por concepto de indemnización sustitutiva.

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 lo que resulte 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 se encuentra acreditado el requisito de causación, en caso afirmativo, se establecerá si la demandante y la vinculada al trámite cumplen con los requisitos para ser beneficiarias, 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:

- J Que el causante, Alberto Villamizar Rueda feneció el 17 de enero de 2016 (f.º 16)
- J Que Verónica Villamizar García nació el 18 de agosto de 1998 y es hija de la demandante y el causante (f.º 190)
- J Que se elevó reclamación de la pretendida pensión el 20 de mayo de 2016, la entidad negó el mismo, posteriormente se elevó petición del reconocimiento de la indemnización sustitutiva, la entidad demandada, mediante acto administrativo dispuso el reconocimiento de \$10.133.794. Asimismo, se interpuso solicitud de revocatoria directa, pero la entidad no accedió a esta (f.º 24-39 y medio magnético)

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 Villamizar Rueda el 17 de enero de 2016, 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 17 de enero de 2013 y el mismo día y mes del año 2016, una vez revisada la historia laboral, reporta “0” 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 y no, de forma indiscriminada; postura que determinó reglas de aplicación a partir de la sentencia SL-2358 de 2017, en tanto, su aplicación se encuentra limitada temporalmente para quienes se invaliden entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, y que se mantiene hasta la actualidad¹.

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

¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 1040-2021.

*constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad*²

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 legítimas³ 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 vinculante⁴. Precursor que incluso ha sido aceptado por la Sala de Casación Civil de la CSJ, corporación que en decisiones de tutela ha

² Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004.

³ 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*.

⁴ 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 Corporación⁵, 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

⁵ 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:

Sobre el primer ítem enunciado, resulta imperioso precisar que sobre la calidad de beneficiaria de la demandante no existe discusión, toda vez que le fue reconocida tal calidad por la demandada, al reconocer el valor por concepto de indemnización sustitutiva, además, esta situación no es desconocida ni reprochada por la parte pasiva.

Ahora bien, considera esta sala 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 del causante, que todo el tiempo durante la convivencia con el causante, se dedicó al hogar. Además, se advierte que aunque la demandante cuenta actualmente con 56 años de edad, pues nació el 2 de noviembre de 1965, considera la sala, 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, en el régimen subsidiado, como madre cabeza de familia. Esto, sumado a las declaraciones rendidas, le permite inferir a este tribunal que la demandante y su hija dependían económicamente del causante. De igual forma, se advierte que la señora García Pérez fue diligente en su momento, pues reclamó el derecho en el año 2016, pero la entidad le resolvió negativamente.

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 673,14

semanas entre el 15 de enero de 1985 hasta el 31 de mayo de 2009, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1.º de abril de 1994, cotizó 328,42 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 y de Villamizar García –integrada en Litis-, se advierte que, como se dijo en precedencia, no es objeto de litigio y además, se encuentra plenamente acreditado con la prueba recaudada y estudiada por parte de la sala.

Ilustrado lo anterior, este Tribunal encuentra acreditado fehacientemente que la demandante y su hija cumplen con los requisitos establecidos por la norma para ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes deprecada.

Ahora bien, frente al fenómeno prescriptivo, se debe precisar que el derecho se causó el 17 de enero de 2016, revisadas las pruebas aportadas, la demandante reclamó el 20 de mayo de ese mismo año, la entidad negó el beneficio mediante Resolución GNR 217567 del 25 de julio de 2016 y fue notificada. Asimismo, las partes solicitaron la Indemnización sustitutiva y la entidad, a través de Resolución GNR 4547 del 10 de enero de 2017, decidió en favor tal pedimento y dispuso el pago de \$10.133.794.

No obstante, la parte activa elevó reclamación de revocatoria directa y la demandada, mediante acto administrativo SUB162820 del 20 de junio de 2018, no accedió a la misma y la demanda se presentó el 31 de julio de 2018 –cabe precisar que los actos administrativos fueron debidamente notificados (medio magnético)-.

Así las cosas, considera la sala que no se configura la prescripción, por ende, su causación y disfrute lo es a partir del 17 de enero de 2016, a razón de 13 mesadas, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, en porcentaje del 50% tanto para la demandante como para la vinculada al trámite, tal y como lo señaló la *a quo*.

El cálculo del retroactivo, para la señora García Pérez, realizado por la Sala desde el 17 de enero de 2016 actualizado hasta el 31 de marzo de 2022,

a razón del 50% del salario mínimo legal mensual vigente –valor mesada reconocida- arroja la suma de \$32.503.856, razón por la que se modificará parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia, en este aspecto.

Respecto del retroactivo al que tiene derecho la hija de la demandante y del causante (Villamizar García), se precisa, que, al haber nacido el 18 de agosto de 1998, los 18 años los cumplió el mismo día y mes de 2016, razón por la que la juez, le calculó el retroactivo, desde el 17 de enero hasta el 17 de enero de 2016, en un 50% de la mesada pensional.

Es así, que una vez realizado el cálculo por esta Corporación, arroja la suma de \$2.413.093, cifra ligeramente inferior a la calculada por la Juez de primer grado, que lo fue por \$2.413.096, por lo que en este aspecto permanecerá incólume la sentencia proferida en primera instancia.

Al respecto, se advierte que, para continuar disfrutando del beneficio reconocido, deberá acreditar la calidad de estudiante hasta los 25 años de edad, que los cumplirá el 18 de agosto de 2023, lo que significa que, de no demostrarse este presupuesto legal, la demandante tendría derecho al acrecimiento de la misma, obteniendo el 100% de la pensión de sobrevivientes.

No obstante lo anterior, la Juez de primer grado le ordenó a Colpensiones que una vez cese el derecho de Verónica Villamizar García de percibir la pensión, deberá incrementar al 100% la mesada pensional en favor de la demandante, es así, que al no ser objeto de reproche y al estudiarse en grado de consulta, en este aspecto permanecerá incólume la decisión proferida en primera instancia. Esto, máxime, cuando revisado el libelo inaugural, no se observa que se haya solicitado el acrecimiento respectivo, además, actualmente no se encuentra acreditado que Verónica Villamizar García se encuentre estudiando.

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 actualidad⁶-.

Al respecto, resulta imperioso precisar, que la Juez de primer grado, aunque en los argumentos de la sentencia hizo alusión a que se reconocerían a partir de la ejecutoria de la sentencia, no quedó en la parte resolutive, razón por la que se adicionará el proveído y 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.

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 adicionará en este sentido la sentencia, para autorizar a Colpensiones que del retroactivo reconocido, descuenta el valor pagado por concepto de indemnización sustitutiva -\$10.133.794-, siempre que se acredite que efectivamente se canceló a la parte demandante.

⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL5013-2020.

Se confirman las costas de primera instancia. En esta segunda instancia, se condenará Colpensiones en favor de la parte activa, 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: ADICIONAR la sentencia 390 del 10 de diciembre de 2019 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali en el sentido de CONDENAR a Colpensiones 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: ADICIONAR la sentencia proferida por la *A quo*, en el sentido de AUTORIZAR a Colpensiones que del retroactivo reconocido se descuente \$10.133.794, valor por concepto de indemnización sustitutiva, siempre que se verifique el pago a la demandante.

Tercero: MODIFICAR parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia proferida por la Juez de primer grado, en el sentido de condenar al reconocimiento y pago del retroactivo pensional en favor de García Pérez, a partir del 17 de enero de 2016 actualizado hasta el 31 de marzo de 2022, que arroja la suma de \$32.503.856, conforme lo expuesto.

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

Quinto: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones y en favor de la parte activa. 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 Esmeralda Marina García Pérez

RETROACTIVO				
Año	Mesada	50% mesada	N° de mesadas	Total
2016	\$ 689.455	\$ 344.728	\$ 12	\$ 4.136.730
2017	\$ 737.717	\$ 368.859	\$ 13	\$ 4.795.161
2018	\$ 781.242	\$ 390.621	\$ 13	\$ 5.078.073
2019	\$ 828.116	\$ 414.058	\$ 13	\$ 5.382.754
2020	\$ 877.803	\$ 438.902	\$ 13	\$ 5.705.720
2021	\$ 908.526	\$ 454.263	\$ 13	\$ 5.905.419
2022	\$ 1.000.000	\$ 500.000	\$ 3	\$ 1.500.000
				\$ 32.503.856

Anexo. Retroactivo Verónica Villamizar García

RETROACTIVO				
Año	Mesada	50% mesada	N° de mesadas	Total
2016	\$ 689.455	\$ 344.728	\$ 7	\$ 2.413.093
				\$ 2.413.093