



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

SENTENCIA No. 415

(Aprobado mediante Acta del 13 de septiembre de 2022)

Proceso	Ordinario
Radicado	76001310500820190054801
Demandante	Henry Antonio García Ostos
Demandadas	Colpensiones
Asunto	Pensión de Invalidez -condición más beneficiosa
Decisión	Modifica – Adiciona - Confirma

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, el día treinta y uno (31) de octubre 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 MARTINEZ, quien actúa como ponente; obrando de conformidad con el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, adopta la decisión con el fin de dictar sentencia en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Para empezar, pretende el demandante el reconocimiento de la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, por acreditar las exigencias del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año y la sentencia SU 442 de 2016, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios y las costas procesales.

Lo anterior fundamentado en que, es afiliado de Colpensiones, que ha cotizado un total de 537,29 semanas, de las cuales 457,85 lo fueron antes del 1° de abril de

1994; que medicina laboral mediante dictamen del 15 de enero de 2018, otorgó el 66.18% de pérdida de capacidad laboral de origen común, con fecha de estructuración del 5 de diciembre de 2017, por padecer de enfermedad cardiovascular hipertensiva, cardiopatías y miocardiopatías.

Agrega, que el 8 de marzo de 2019, elevó reclamación ante la demandada para obtener el reconocimiento de la pensión por invalidez, pero fue negada mediante acto administrativo bajo el argumento que no acreditó 50 semanas dentro de los 3 últimos años anteriores a la estructuración de la invalidez y tampoco en aplicación de la condición más beneficiosa, conforme la Ley 100 de 1993.

Por su lado, Colpensiones manifestó ser ciertos todos los hechos de la demanda; además, se opuso a pretensiones argumentando que no cumplió con los requisitos establecidos en la norma para ser beneficiario de la pensión por invalidez. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción. Así como la de legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad, y la innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia 463 del 17 de octubre de 2019, declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 5 de diciembre de 2017, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, sin perjuicio de los incrementos legales y de la mesada adicional de diciembre de cada anualidad.

De igual forma, condenó al pago del retroactivo calculado desde el 5 de diciembre de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2019, que arrojó la suma de \$18.223.954, debidamente indexado. A partir de octubre de 2019, la mesada sería en suma de \$828.116. Autorizó a Colpensiones para que descuente la suma por concepto de aportes en salud y condenó en costas a la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de \$900.000.

Lo anterior fundamentada en que, al demandante le asiste el derecho a la pensión por invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa,

conforme lo analizado en la sentencia SU 446 de 2016, que al 1° de abril de 1994 contaba con 41 años de edad y para el 2019 con 62 años.

Agrega, que, conforme al dictamen, se evidencia un 66.18% de pérdida de capacidad laboral del actor, con fecha de estructuración del 5 de diciembre de 2017, de origen común; que laboró para el Ministerio de Defensa, de manera interrumpida entre el 23 de noviembre de 1970 y el 30 de octubre de 1972; con Ferrocarriles Nacionales de Colombia entre el 8 de octubre de 1973 al 14 de octubre de 1977 y con el Ministerio de Justicia entre el 24 de abril de 1979 y el 15 de marzo de 1981, para un total de 379,59 semanas, en el sector público.

De igual forma, refirió que en la historia laboral se evidencia que cotizó un total de 537,29 semanas entre el 24 de abril de 1981 y el 31 de mayo de 2007, de las cuales 457,86 semanas las fueron al 1.° de abril de 1994; además, que el actor reclamó la pensión de vejez (sic) el 20 de octubre de 2015, pero que le fue negada mediante acto administrativo toda vez que no cumplía con las semanas del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, como tampoco las de la Ley 33 de 1985 o la 71 de 1988, como tampoco las del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, señaló que se elevó reclamación para el reconocimiento de la pensión de invalidez el 8 de marzo de 2019, pero que fue negada mediante acto administrativo por no acreditar las 50 semanas en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez ni 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la invalidez.

Además, de hacer un relato frente a la pensión de invalidez, indicó que frente a los requisitos para acceder a la prestación solicitada la CSJ ha estudiado el tema y ha dicho que la pérdida de la capacidad laboral y la fecha de estructuración determinan la norma aplicable al caso y que debe ser la vigente al momento de su estructuración.

Que, siendo así, la fecha de estructuración del demandante es el 5 de diciembre d 2017, por ende, la norma aplicable sería el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 –hizo lectura- indicó que el requisito de fidelidad al sistema fue declarado inexecutable por la sentencia C428 de 2009.

Respecto del principio de la condición más beneficiosa, hizo referencia a que la CSJ ha señalado que este resulta viable en las pensiones de sobreviviente y que en virtud del mismo se podía aplicar al caso concreto, con la aplicación de la norma inmediatamente anterior, siempre que la persona hubiera cotizado bajo dicha normativa.

De igual manera, por un lado, hizo referencia a las sentencias con rad. 45815 de 2012, 38674 de 2015, 55730 del 2016, 49070 y la 49018 de 2016, en las que se estudió el tema y se dijo que en este caso se permite la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la que rige el caso, pero no permite un estudio histórico para conceder el beneficio pensional; y por otro lado, indicó que la Corte Constitucional sí permite la aplicación de un salto normativo en aplicación del mentado principio de la Ley 860 de 2003 al Acuerdo 049 de 1990.

Asimismo, hizo lectura de un aparte de la sentencia SU 442 de 2016, advirtiendo que si bien el despacho en temas similares había decidido no aplicar el principio de la condición más beneficiosa con salto normativo, actualmente considera que las razones emitidas por el máximo órgano constitucional resultan serias y con suficiente carga argumentativa para apartarse de su propio precedente, si se tiene en cuenta que este órgano de cierre unificó su sentencia en aplicación del principio de la condición más beneficiosa tanto para pensión de invalidez, como de sobrevivientes, limitándolo a aquellas personas que acrediten situación de vulnerabilidad.

Perfil que cumple el demandante, dada su condición de inválido por lo que es merecedor de especial protección por parte del estado.

Aunado a lo anterior, hizo lectura de un aparte de la sentencia C 621 de 2015 que se refiere a la obligatoriedad para los jueces de las sentencias SU –hizo lectura– para concluir, que una vez revisadas las pruebas adosadas al proceso, se evidencia que el demandante tiene derecho a la pensión por invalidez, pues no se encuentra en discusión la pérdida de capacidad laboral de 66.18%.

Además, tampoco es discusión la fecha de estructuración de la invalidez es el 5 de diciembre de 2017; que la norma aplicable es la Ley 860 de 2003, que entre el 5 de diciembre de 2014 y el mismo día y mes de 2017, no cotizó al sistema, por lo tanto, no cumple con lo exigido por dicha norma; que tampoco logra reunir el

75% de las semanas cotizadas porque entre el 9 de octubre de 1992 al 9 de octubre de 2012 -20 años antes del cumplimiento de la edad- solo acredita 79,43 semanas y 537,29 semanas en cualquier tiempo, sin considerar el tiempo que laboró en el sector público.

De igual forma, acudió al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que establece las 26 semanas previas a la fecha de estructuración de la invalidez, pero tampoco cumple con ello, pues entre el 9 de octubre de 2016 al 9 de octubre de 2017, tiene cero semanas, porque no se encontraba cotizando al momento en que fue declarado inválido; que tampoco se encontraba cotizando para la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, que tiene cero semanas cotizadas, entre el 9 de septiembre de 2002 al 29 de diciembre de 2003.

Frente a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, indicó que el actor tenía cotizadas más de 300 semanas, pues contaba con 537,29 semanas de las cuales 457,86 fueron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; por lo que considera que debe aplicarse el principio de la condición más beneficiosa.

Por lo anterior, dispuso que el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 5 de diciembre de 2017, en cuantía de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que ello obedece a que se cotizó sobre el salario mínimo o sumas muy cercanas a ella, pues al aplicar la formula contenida en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, la pensión equivaldría a menos del mínimo, lo que no está permitido ni constitucional ni legalmente, y a razón de 13 mesadas anuales.

Que, lo anterior, sin perjuicio de los incrementos de ley; despachó desfavorablemente las excepciones; en cuanto a la prescripción, indicó que el derecho pensional se causa desde el 5 de diciembre d 2017 y se reclamó ante Colpensiones el 8 de marzo de 2019, le fue negada la pensión mediante acto administrativo de 2019 y la demandan se radicó el 15 de agosto de 2019, por lo que la encontró como no probada. Además, resaltó que la reclamación de la pensión de vejez no incide en la pensión que se reclama.

Por lo anterior, condenó al retroactivo a partir del 5 de diciembre de 2017 calculado hasta el 30 de septiembre de 2019; frente a los intereses moratorios, fueron negados, toda vez, que se accedió al reconocimiento de la pensión en aplicación de pronunciamientos jurisprudenciales y del principio de la condición

más beneficiosa. Por lo que condena a la indexación y autorizó el descuento a los aportes en salud y condenó en costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Por su lado, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación, para ello, hizo alusión a pronunciamientos de la CSJ, indicó: *“No resulta menester examinar si hubo buena o mala fe en el comportamiento del deudor, pues ellos se causan por el solo hecho en el retardo del pago de la pensión a manera de resarcimiento económico y para mitigar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones, es decir que esos tienen un carácter resarcitorio y no sancionatorio.”*

Por tanto, considera que es cierto que el concepto de buena fe o mala fe o las circunstancias particulares que hubieran conducido a la discusión del derecho pensional no pueden ser considerados para establecer la procedencia de los intereses de mora, tal y como lo ha establecido la Corte en sentencia con rad. 18512 de 2002; del cual se desprende el legislador reguló el pago de los intereses moratorios en el caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales, sin hacer distinción de cuál era la norma con la que se reconocía.

Por lo anterior, solicita que se acoja la pretensión de los intereses moratorios.

Por otro lado, el apoderado de Colpensiones, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación bajo el argumento que el actor tiene como fecha de estructuración de invalidez el 5 de diciembre de 2017, por lo que considera que la Ley aplicable es la 860 de 2003, pero que al revisar la historia laboral no cuenta con la densidad de 50 semanas exigidas.

Asimismo, indicó que el demandante debió cumplir con lo establecido en la Ley 100 de 1993, que estuviera afiliado y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez o que si no está afiliado hubiera cotizado 26 semanas del año inmediatamente anterior al estado de invalidez, pero que tampoco se encuentra demostrado. Por lo que no cumple con los requisitos mencionados.

Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia proferida.

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 demandante 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

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos censurados en el recurso de apelación interpuesto de conformidad con el principio de consonancia contemplado en el artículo 66A del CPTSS. Además, por el grado de consulta, conforme lo establece el artículo 69 ibídem, pues dicha revisión debe surtirte obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para resolver, esta sala determinará si erró o acertó la jueza de primer grado en tanto dispuso el reconocimiento de la pensión de invalidez en favor del demandante; de presentarse lo segundo, se verificará si hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios.

Previo a resolver, se advierte que no es objeto de discusión, conforme las pruebas aportadas al proceso y a lo debatido en él, que:

-)] El señor Henry Antonio García Ostos, nació el 9 de octubre de 1952 (f.º 3)
-)] Que fue calificado por medicina laboral cuyo dictamen determinó un 66.18% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración, el 5 de diciembre de 2017 (f.º 8-12).

- J Cotizó desde el 23 de noviembre de 1970 al 30 de octubre de 1972 al Ministerio de Defensa Nacional; desde el 8 de octubre de 1973 al 14 del mismo mes de 1977 a Ferrocarriles Nacionales de Colombia y del 24 de abril de 1979 al 15 de marzo de 1981 al Ministerio de Justicia, un total de 379,59 semanas.
- J Elevó reclamación de la pensión de invalidez el 8 de marzo de 2019, pero le fue negada mediante Resolución GNR79535 del 16 de marzo de 2016 (F.º 15-17).
- J Henry Antonio García Ostos feneció el 2 de agosto de 2020.

Ahora bien, la pensión de invalidez tiene por finalidad proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, pues esa condición física o mental impacta negativamente su calidad de vida y la eficacia de otros derechos fundamentales. Del mismo modo, busca proteger el mínimo vital del afiliado y su núcleo familiar, cuando este depende de los ingresos económicos del primero.

Cabe resaltar, que en el presente asunto, se encuentra acreditado el estado de invalidez del demandante, según dictamen expedido por Colpensiones –dicho en precedencia- que estableció como fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral el 5 de diciembre de 2017, en 66.18%, de origen común, aspecto que no es objeto de discusión por las partes.

Ahora bien, a la luz de la jurisprudencia de la CSJ SCL, la regla general es que la fecha de estructuración de la invalidez determina la norma que gobierna el derecho a la pensión. Además, el art. 16 del CST establece el carácter de orden público de las normas en materia laboral, que, por lo tanto, son de aplicación inmediata. Según este criterio, la fecha de estructuración de invalidez del señor García Ostos, es el 5 de diciembre de 2017, de donde se sigue que la norma aplicable es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, con la modificación del 1º de la Ley 860 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 de estructuración de la invalidez, es decir, por el período del 5 de diciembre de 2014 y el mismo día y mes del año 2017, se ve en la historia laboral

expedida por Colpensiones (f.º 4-5) un total 457,86 semanas cotizadas en toda la vida laboral a partir del 24 de abril de 1981 hasta el 31 de mayo 2007, por ende, no registra ninguna semana en los 3 años anteriores a la estructuración, de ahí que el demandante no acredite el cumplimiento de ese requisito.

Por otra parte, una vez verificadas las condiciones del párrafo 2º del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tampoco es atribuible dicha norma al caso, en tanto el afiliado no contaba con el 75% de las semanas mínimas exigidas en la citada ley, pues cotizó 457,86 semanas en toda su vida laboral, como se mencionó.

Sin embargo, en aras de satisfacer el muy particular amparo constitucional de las personas en situación de vulnerabilidad dada la debilidad manifiesta por afectación en la salud, se advierte el estudio del denominado:

Principio de la condición más beneficiosa

Al respecto, dicho principio 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 exigir 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 medio de un tránsito legislativo y han efectuado cotizaciones en diferentes regímenes pensionales.

Para lo cual, cabe precisar que la suscrita Magistrada Ponente compartía el criterio que de vieja data¹ prohíja la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que pregona el reconocimiento de la pensión de invalidez en aplicación del citado principio, pero cuando los afiliados tienen una situación jurídica y fáctica concreta, es decir,

¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia Rad. 38674 del 25 de julio de 2012.

circunscrito en forma irrefutable a la Ley 860 de 2003, cuando se demuestra el mínimo de semanas cotizadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, limita para acudir 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 actualidad².

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, de la siguiente manera:

“...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”³

Así como el avance jurisprudencial que en la materia ha desarrollado la Corte Constitucional, según el cual, el criterio interpretativo del máximo órgano de la jurisdiccional ordinaria es restrictivo en comparación a los preceptos de la Carta Política, pues no demuestra un mejor desarrollo de los principios y derechos constitucionales; constituyen las razones para que la suscrita Ponente se aparte de la tesis que venía sosteniendo, y acoja el criterio jurisprudencial desarrollado por la Alta Corporación -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 860 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 pensionado, y como lo ha señalado la H. Corte Constitucional, no tiene restricción ni en la Carta Política ni en la jurisprudencia, y propende por

² Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 1040-2021.

³ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004.

la preservación de las expectativas legítimas⁴ frente a cualquier cambio normativo abrupto, que imponga requisitos adicionales que impidan o dificulten la consolidación de un derecho.

A la anterior decisión se llega también, con el íntimo convencimiento 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, pues interpreta la norma con base en los principios y estatutos constitucionales, por ende, se trata de un precedente con fuerza vinculante⁵. Precursor que incluso ha sido aceptado por la Sala de Casación Civil de la CSJ, corporación que en decisiones de tutela ha ordenado a la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación⁶, atender el criterio de la Guardiana 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, es posible aplicar no solamente la norma inmediatamente anterior a la vigente en la estructuración de la invalidez, sino incluso la contemplada en normas más antiguas, el cual, fue precisado en materia de pensión de invalidez en la sentencia SU-556 de 2019, en el entendido que:

“solo respecto de personas en situación de vulnerabilidad, esto es, aquellas que satisfacen las exigencias del “test de procedencia” que trata el título 3 supra resulta razonable y proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 en lo que respecta a la exigencia de densidad de semanas de cotización, a pesar que su condición de invalidez se hubiere estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003”.

Se hace claridad en la providencia en donde se consideran como personas vulnerables aquellos individuos que hayan superado el test de

⁴ 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”.*

⁵ Corte Constitucional, sentencias SU-611 de 2017, SU-023 de 2018, y SU-068 de 2018.

⁶ STC17906-2016; STC12014-2014, STC2773-2018 y STC6285-2019.

procedencia, esto es, las personas en quienes confluyan las siguientes circunstancias:

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

Primero. El 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 en la actualidad cuenta con 69 años de edad, próximo a cumplir 70, por ende, hace parte del grupo poblacional de la tercera edad, para los cuales se establece la necesidad de otorgarles unas especiales garantías para preservar la vida de estos individuos en condiciones dignas, proscribiendo la discriminación, los maltratos y buscando brindarles la atención en salud, cariño y cuidados que, en general, requieren durante su vejez.

Al respecto, la “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores” el 15 de junio de 2015, en su artículo 6° dispuso:

“(...) Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población”.

“Los Estados Parte tomarán medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado (...)”.

Aunado, en el artículo 17 establece la obligación de promover *“(...) progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba*

un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social (...)”.

Finalmente, en el artículo 31 refiere la obligatoriedad de *“(...) asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas (...)”*, para lo cual, han de *“(...) garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales (...)”* y *“(...) [l]a actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor (...)”*.

De igual forma, la Constitución Política de Colombia consigna varios derechos en favor de las personas mayores, tales como la dignidad humana, la vida en condiciones dignas y justas, igualdad y no discriminación, salud, seguridad social, familia y acceso a la administración de justicia, entre otros (arts. 1, 11, 13, 42, 46, 48 y 49).

Por su lado, la Corte Constitucional ha dicho que por sus particulares condiciones son *“sujetos de especial protección”*, CC C177-2017.

Sobre el reconocimiento de pensiones, la seguridad social adquiere una relevancia vital, por constituir un ingreso económico a través del cual se garantiza la subsistencia de los adultos mayores en sus últimos años de vida, así se ha dejado sentado en múltiples fallos de tutela (CC T-0343 de 2014 y CC T-079 de 2016).

Respecto del reconocimiento y pago de una prestación de esa índole, elevada por una persona de avanzada edad, como el accionante, la Corte Constitucional, sentencia T-463 de 2003, citada en la C-177 de 2016 consideró:

“(...) Entre los sujetos de especial tutela constitucional se encuentran los adultos mayores, quienes al alcanzar cierta edad ven disminuida su capacidad física y con ello la posibilidad de ejercer en toda su dimensión algunos de sus derechos. Dada esta pérdida progresiva de - entre otras cosas- la fuerza laboral, es probable que la única fuente de ingresos que puedan percibir sea la pensión. Es por esto que resulta especialmente grave la no cancelación o la cancelación parcial de las mesadas pensionales, pues ello puede menoscabar el derecho a disfrutar de condiciones de

vida digna, el derecho a la salud y el derecho al mínimo vital, entre otros, de las personas ancianas”.

“Ha dicho esta Corporación al respecto: “Si una persona sobrepasa el índice de promedio de vida de los colombianos (se estima en 71 años), y ella considera que se le ha dado un trato discriminatorio en el reajuste pensional y por tal motivo ha reclamado ante juez competente, pero se estima razonablemente que el solicitante ya no existiría para el momento que se produjera la decisión judicial, debido a su edad avanzada, entonces, ese anciano no tiene otro medio distinto al de la tutela para que, provisionalmente se ordene el respeto a su derecho (...)”.

Segundo. Se evidencia que la negativa al reconocimiento de la pensión afecta la vida digna y el mínimo vital del demandante, quien según consulta realizada por el despacho en el Sistema RUAF, figura afiliado en el Sistema de Seguridad Social en Salud, en el régimen subsidiado a EMSANAR, desde junio de 2010 y como cabeza de familia; además no registra afiliaciones al Sistema de Pensiones, Caja de Compensación Familiar, ni Riesgos Laborales.

Además, se evidencia en la misma consulta realizada, que actualmente se está beneficiando de subsidios por parte del estado, lo que demuestra el estado de vulnerabilidad, a parte de su padecimiento por el grado de invalidez dictaminado.

Tercero. Resulta evidente que la ausencia de cotizaciones surge de la imposibilidad de laborar, ante las patologías que padece el demandante «Enfermedad cardiovascular hipertensiva y cardiopatía miocardiopatías» (f. 10), las que le causaron una PCL de 66.18 %, aunque con fecha de estructuración del año 2017, no se puede perder de vista, que este tipo de padecimientos nace con el paso del tiempo, no surgen de manera automática, inicia con síntomas leves que se van haciendo más profundos y afectan todo el sistema orgánico del ser humano.

Cuarto. Finalmente, se evidencia la diligencia para el reconocimiento de la prestación, toda vez que el dictamen se notificó el 24 de enero de 2018 (f. 7) y el demandante radicó la solicitud el 8 de marzo de 2019.

De acuerdo con lo anterior, al encontrarse acreditadas las condiciones previstas en el test de procedencia, resulta fehacientemente 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 demandante antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993,

pues se encontraba afiliado al RPM desde el año 1981; precepto bajo el cual cumple el requisito de semanas exigidas, pues al 1° de abril de 1994 contaba con 457,86 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, tiene derecho a la pensión que reclama.

Cabe precisar, que la fecha a partir de la cual se hará el reconocimiento lo es a partir del 5 de diciembre de 2017 –fecha de estructuración de invalidez- en cuantía de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, a razón de 13 mesadas anuales, con los incrementos de ley, tal como lo dispuso la juzgadora de primer grado, situación que no se encuentra en discusión por las partes en Litis.

Frente al disfrute del derecho, se resalta que la fecha de estructuración de la invalidez del demandante es a partir del 5 de diciembre de 2017, elevó la reclamación de la pensión de invalidez el 8 de marzo de 2019; Colpensiones negó su reconocimiento a través de la Resolución SUB147208 del 10 de junio de 2019 y la demanda se radicó el 15 de agosto de 2019, es decir, antes del vencimiento del término trienal que consagra el artículo 151 del CPTSS; por ende, tanto la causación y el disfrute lo será a partir del 5 de diciembre de 2017.

Ahora bien, para efectos de verificar el cálculo realizado por el Juzgado sobre el retroactivo pensional a partir del 5 de diciembre de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2019, arroja la suma de \$18.221.495, suma que resulta inferior a la realizada en primera instancia que lo fue por valor de \$18.223.954, por lo que al estudiar en consulta el presente proceso en favor de Colpensiones, habrá de modificarse la sentencia, solo en el sentido de condenar al pago del retroactivo calculado en esta instancia.

RETROACTIVO			
Año	Mesada 100%	N° de mesadas	Total
2017	\$ 737.717	0,83	\$ 612.305
2018	\$ 781.242	13	\$ 10.156.146
2019	\$ 828.116	9	\$ 7.453.044
			\$ 18.221.495

Asimismo, no pierde de vista el Tribunal que el demandante falleció el 2 de agosto de 2020, por ende, se liquidará el retroactivo del 1° de octubre de 2019 y hasta el 2 de agosto de 2020, el cual asciende a la suma \$9.544.865. -conforme al anexo-, de ahí que se adicione en ese sentido la sentencia proferida en primera instancia. Precizando que estas sumas calculadas, deberán cancelarse debidamente indexadas.

Además, se ordenará que las sumas que deberá cancelar la entidad demandada hagan parte de la masa sucesoral del actor, pues falleció durante el tiempo en el que el proceso estuvo en trámite, situación que lleva a la adición de la sentencia proferida por el juzgador de primer grado.

RETROACTIVO			
Año	Mesada	N° de mesadas	Total
2019	\$ 828.116	4	\$ 3.312.464
2020	\$ 877.803	7,1	\$ 6.232.401
			\$ 9.544.865

Intereses moratorios

En relación con esta pretensión concedida por la *a quo*, 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 43602 del 6 de noviembre de 2013, 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 actualidad⁷-.

Así las cosas, se revocará el ordinal cuarto de la sentencia y en su lugar, se condenará al pago de estos para las mesadas causadas a partir de la ejecutoria de esta sentencia y hasta que se haga efectivo su pago o se realice la inclusión en nómina, ello, no sin antes reiterar, que, ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda de las mesadas causadas con antelación, se ordenará la indexación desde se causaron las mismas hasta que se paguen.

⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL3130-2020.

Se confirmará en lo demás la sentencia proferida por la Juez de primera instancia.

Se confirmarán las costas de primera instancia. En esta sede se condenará a Colpensiones en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

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 de Colombia, por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia No. 473 proferida el 17 de octubre de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago del retroactivo causado a partir del día 5 de diciembre de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2019, en suma, de \$18.221.495, debidamente indexado, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago del retroactivo calculado desde el 1° de octubre de 2019 hasta el 2 de agosto de 2020 –fecha del deceso del actor-, el cual arroja el valor de \$9.544.865, debidamente indexado, conforme lo expuesto.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el juzgador de primer grado, en el sentido de ORDENAR que todo pago que deba realizar la demandada haga parte de la masa sucesoral del actor, dado su deceso el 2 de agosto de 2020, conforme lo expuesto.

CUARTO: REVOCAR el ordinal cuarto de la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar CONDENAR a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia y hasta que se realice el pago efectivo de la obligación o hasta la inclusión en nómina.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la decisión objeto de alzada.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

SÉPTIMO: 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-sala-laboral-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