

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	YASMINA TONCEL RODRÍGUEZ
DEMANDADO	LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-
RADICACIÓN	76001310501620170050201
TEMA	PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA - 300 SEMANAS ANTES DEL 1° DE ABRIL DE 1994 -.
DECISIÓN	SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No.275

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la Sala de Decisión Laboral **MARY ELENA SOLARTE MELO (salvo voto)** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el art. 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES contra la sentencia No. 213 del 20 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada **ANGIE CAROLINA MUÑOZ SOLARTE** para que actúe como apoderada judicial sustituta de Colpensiones.

SENTENCIA No. 208

I. ANTECEDENTES

YASMINA TONCEL RODRÍGUEZ demanda a **COLPENSIONES** con el fin de obtener el pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge de **OSCAR MORENO MENA** desde el 13 de junio de 2016 con fundamento en el Decreto 758 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación.

La demandante sustenta sus pretensiones en que su cónyuge Oscar Moreno Mena falleció el 13 de junio de 2016; que él cotizó 602 semanas al 1° de abril de 1994, al sumarse el tiempo cotizado al otrora ISS y el tiempo de servicio al Ministerio de Defensa Nacional como soldado y sargento segundo del Ejército Nacional; que Colpensiones mediante la Resolución GNR 299083 de 2016 le reconoció la indemnización sustitutiva de sobrevivientes con base en 409 semanas cotizadas.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones; argumentó que la demandante *“no cumple con los requisitos establecidos en la Ley para hacerse derecho a la prestación económica aquí pretendida”*, en consideración a que el causante cotizó de forma ininterrumpida 409 semanas, desde el 13 de enero de 1993 hasta el 31 de julio de 2004, y al haber fallecido el 13 de junio de 2016 no cumple con los requisitos exigidos en el art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 de 2003, puesto que no cotizó 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento.

Indicó que le reconoció y pagó a la demandante la suma de \$6.633.859 por concepto del 100% de la indemnización sustitutiva de sobrevivientes.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, compensación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali condenó a COLPENSIONES a pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes a partir del 13 de junio de 2016, en cuantía de 1 salario mínimo mensual legal vigente, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, y con fundamento en el Decreto 758 de 1990 por contar OSCAR MORENO MENA con más de 300 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, para lo cual, tuvo en cuenta el tiempo de servicio prestado por el causante al Ministerio de Defensa Nacional entre el 7 de octubre de 1977 al 1° de marzo de 1987.

Condenó a Colpensiones a pagar a la demandante la suma de \$31.335.206,73 por concepto de retroactivo pensional, más los intereses moratorios establecidos en la Ley 100 de 1993 a partir del 23 de abril de 2017, liquidados con la tasa de interés vigente al momento en que se efectúe el pago de la prestación.

Autorizó el descuento de los aportes a salud y la suma pagada por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente otorgada en la Resolución GNR 299083.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia para negar las pretensiones de la demandante. Dijo que el causante no cumplió con las semanas mínimas exigidas en el art. 12 de la Ley 797 de 2003 para que la demandante tuviera derecho a la pensión de sobrevivientes; y que no es dable aplicarle el principio de la condición más beneficiosa porque este no se puede interpretar como una cadena tránsito infinito o una zona de paso permanente entre una norma y otra, tal y como lo expresó la

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia del 25 de febrero de 2017, rad. 45262.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el art. 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 se presentaron los siguientes alegatos:

ALEGATOS DE COLPENSIONES

La apoderada judicial de Colpensiones ratificó lo expuesto en el juzgado; solicitó que se revoque la sentencia, en consideración a que, si Oscar Moreno Mena falleció el 13 de junio de 2016, entonces que el derecho a la pensión de sobrevivientes estaría gobernado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y al haber cotizado desde el 13 de enero de 1993 hasta el 31 de julio de 2004, 409 semanas, no cumple con el requisito exigido en esa norma de tener 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores al fallecimiento.

Adujo que el principio de la condición más beneficiosa que se pretende aplicar, la Sala de Casación Laboral lo ha acogido solo ante el cambio normativo de la Ley 100 de 1993 a la Ley 797 de 2003; que tampoco dejó acreditadas 300 semanas antes de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, para aplicar el Decreto 758 de 1990.

ALEGATOS DE YASMINA TONCEL RODRÍGUEZ

El apoderado judicial de la demandante indicó que su representada y el causante convivieron desde el 18 de diciembre de 1981 hasta el día del fallecimiento, el 13 de junio de 2016; que procrearon dos hijos, quienes son mayores de edad; que su representada dependía económicamente del causante para el vestuario, vivienda, alimentación recreación y seguridad social.

Indicó que su representada tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, el cual, para el momento en que se estudia, es dable la aplicación del Decreto 758 de 1990, para lo cual, se exige que el causante hubiera cotizado 300 semanas al 1° de abril de 1994, lo cual supera de manera suficiente el causante, pues cuenta con 602 semanas a esa fecha y 955 semanas en toda la vida laboral, teniéndose en cuenta para ello el tiempo de servicio prestado en el Ministerio de Defensa Nacional.

Señaló que la pensión de sobrevivientes *“tiene como filosofía proteger a la familia que repentinamente se ve desamparada por la muerte de quien proveía el sustento de la misma, otorgando una prestación económica equivalente a lo que se dejó de percibir con ocasión del fallecimiento del afiliado o pensionado. En efecto, el reconocimiento de esa prestación económica responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, algunas de las condiciones socio-económicas con las que contaban en vida del fallecido, que al desconocerse podría significar, en muchos casos, la vulneración a derechos fundamentales como la vida, dignidad humana y mínimo vital. Es claro pues que lo pretendido por el legislador es que los favorecidos continúen llevando una vida con determinado grado de autosuficiencia.”*.

Solicitó que se confirme la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Problemas a resolver

La Sala resuelve de manera conjunta el recurso de apelación y la consulta a favor de COLPENSIONES, por lo cual, definirá si OSCAR MORENO MENA dejó o no causado el derecho a la pensión de sobrevivientes con fundamento en el Decreto 758 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa; en caso positivo se pasará a resolver si YASMINA TONCEL RODRÍGUEZ cumple con el test de procedencia

establecido en la sentencia SU 005 de 2018 para tener derecho a la esa prestación; de tener derecho, se pasará a determinar si las condenas son las que corresponden.

Hechos que no se discuten

La Sala parte de los siguientes hechos que no son objeto de discusión: **i)** que OSCAR MORENO MENA falleció el 13 de junio de 2016, de conformidad al registro civil de defunción visible a folio 22 del expediente; **ii)** que él no cumplió con las 50 semanas cotizadas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al momento en que se produjo la muerte, como lo dispone el art. 12 de la Ley 797 de 2003, norma vigente a dicho fallecimiento, ni con los requisitos de la condición más beneficiosa para aplicar el art. 46 de la original Ley 100 de 1993, pues el causante realizó su última cotización el 31 de julio de 2004 y falleció el 13 de junio de 2016; **iii)** que YASMINA TONCEL RODRÍGUEZ y el causante contrajeron matrimonio el 18 de diciembre de 1981, conforme se observa en el registro civil de matrimonio sin nota al margen, visible a folio 21 del expediente; **iv)** que Colpensiones mediante la Resolución GNR 299083 del 10 de octubre de 2016 le reconoció a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$6´663.859, en consideración a que cumple con los requisitos de cónyuge beneficiaria establecidos en el art. 47 de la Ley 797 de 2003, tal y como se observa a folios 30 a 33 del expediente.

Tesis de la sala mayoritaria

La Sala mayoritaria considera que **OSCAR MORENO MENA** dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y con fundamento en los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, porque para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 575,03 semanas, al computarse las semanas cotizadas al ISS y el tiempo de servicio no cotizado que prestó en el Ministerio de

Defensa Nacional. Y que **YASMINA TONCEL RODRÍGUEZ** cumple con las condiciones para ser una “*persona vulnerable*” según lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU 005 de 2018 para tener derecho a la pensión de sobrevivientes.

Argumentos que sustentan la tesis

En lo que refiere al alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, en el evento en que un afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003, sin acreditar el número mínimo de semanas cotizadas antes del fallecimiento (50 semanas en los 3 años anteriores) que impone esta normativa para que sus beneficiarios puedan exigir esa prestación, pero sí cumple con las 300 semanas que exigía el Decreto 758 de 1990, siempre y cuando se hubieran cotizado antes de entrar en vigencia la Ley 100 (1° de abril de 1994), la Corte Constitucional en la Sentencia SU 005 de 2018 definió que bajo esas circunstancias fácticas se puede reconocer la pensión de sobrevivientes solo para las personas vulnerables, así que con fines de unificación ajustó la jurisprudencia en el siguiente sentido:

“(…) Para la Sala Plena, solo respecto de las personas vulnerables resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Decreto 758 de 1990 –o regímenes anteriores- en cuanto al requisito de las semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003. Si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Decreto 758 de 1990 –u otro anterior-, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del tutelante (esto es, su situación de vulnerabilidad, al haber superado el Test de Procedencia descrito en el numeral 3 supra), amerita protección constitucional. Para estas personas, las sentencias de tutela deben tener un efecto declarativo del derecho y, en consecuencia, solo es posible ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela. En este sentido, con fines de unificación, se ajusta la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia. (…)”

Así que, de conformidad a la sentencia SU 005 de 2018, para demostrar la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa con fundamento en el requisito de semanas establecido en el Decreto 758 de 1990, se debe demostrar la condición de vulnerabilidad, que quedó definida en esa misma sentencia, si se dan las siguientes condiciones:

“Primera condición *Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.*

Segunda condición *Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.*

Tercera condición *Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario.*

Cuarta condición *Debe establecerse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes.*

Quinta condición *Debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.”.*

En suma, de acuerdo al ajuste de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa que realizó la Corte Constitucional en la sentencia de unificación referenciada, para los afiliados que murieron en vigencia de la Ley 797 de 2003, que no acreditaron los requisitos de esa norma para dejar acreditado la pensión de sobrevivientes, y tienen 300

semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, es dable reconocer el derecho con fundamento en el Decreto 758 de 1990, y por su parte, los pretendidos beneficiarios deben acreditar que son personas vulnerables en el marco de unas condiciones establecidas por esa corporación.

Con relación a la acumulación de tiempos públicos no cotizados al ISS, la Corte Constitucional en las sentencias SU-769 de 2014 y SU-057 de 2018 apoyadas en el principio de favorabilidad concluyó que en virtud del artículo 12 del Decreto 758 de 1990 sí es posible acumular tiempo de servicios tanto del sector público como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales. La razón es que dicha disposición no exige que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al Seguro Social.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1947 de 2020 estableció que procede la sumatoria de semanas efectivamente cotizadas al ISS y los tiempos laborados a entidades públicas, para el reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en el Decreto 758 de 1990 aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; si bien, tal consideración la realizó respecto de la pensión de vejez, esta Sala la trae a colación en este proceso porque considera que también es admisible para pensiones de sobrevivientes, pues no es apropiado limitar la norma a solo una contingencia, como si el ser humano pudiera fraccionarse en su integridad.

Así las cosas, en pensiones de sobrevivientes causadas con fundamento en el Decreto 758 de 1990, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, es dable para contabilizar las semanas cotizadas, sumar las que se cotizaron al ISS y los tiempos laborados a entidades públicas.

Caso concreto

OSCAR MORENO MENA cuenta con 929 semanas en toda su vida laboral, de las cuales al 1° de abril de 1994 contabiliza **575,03** semanas,

valor que resulta al sumarle a las 55,03 semanas cotizadas al otrora Instituto de Seguros Sociales entre el 13 de enero de 1993 y el 1° de abril de 1994, conforme a la historia laboral visible a folio 13 y 14 del expediente, las 520 semanas de tiempo servicio que prestó como soldado y sargento segundo en el Ejército Nacional desde el 7 de octubre de 1976 hasta el 9 de marzo de 1978 y del 10 de marzo de 1978 hasta el 1° de marzo de 1987 conforme a la certificación emitida por el Ministerio de Defensa Nacional, visibles a folios 17 a 20 del expediente.

De esta manera, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y con fundamento en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, porque para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el causante tenía cotizadas más de 300 semanas en cualquier época.

La Sala mayoritaria considera que **YASMINA TONCEL RODRÍGUEZ** tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, porque no hay discusión en su condición de cónyuge beneficiaria del causante, pues Colpensiones mediante la Resolución GNR 299083 del 10 de octubre de 2016 le reconoció la indemnización sustitutiva de sobrevivientes en suma de \$6'633.589, al encontrar acreditados los requisitos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, conforme se lee a folios 30 a 33 del expediente.

Aunado a lo anterior, cumple con las condiciones determinadas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 05 de 2018 para ser considerada una persona vulnerable, por las siguientes razones:

i) cuenta con 60 años de edad, folio 27, no tiene afiliaciones activas al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensión y riesgos laborales, ni a un fondo de cesantías, no hace parte de programas de asistencia social por parte del Estado, conforme se observa en el RUAF SISPRO visible en el documento 18 del expediente virtual del Tribunal, circunstancias que la hacen pertenecer a un grupo de especial protección

constitucional; **ii)** desde que Yasmina Toncel se casó con el causante en el año 1981 dependió económicamente de él conforme lo expresaron los testigos Hidalgo Enrique Pitre Mendoza, José del Transito Mendoza Sajut, Maritza María Solano Salinas; **iii)** lo anterior pone en evidencia que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita, afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas, pues según el informe del RUAF SISPRO, la demandante no trabaja, es una adulta mayor, no pertenece a ningún programa de asistencia social por parte del estado, y de acuerdo a los testigos antes mencionados, siempre dependió del causante; **iv)** se infiere del expediente que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones, debido que contaba con 60 años cuando falleció y, a que su última cotización lo fue el 1° de julio de 2004, sin que se evidencia en la historia laboral otras relaciones laborales, además a Colpensiones es a quien le correspondía probar que el causante estaba en condición de cotizar por estar trabajando, esto se dice en consideración a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso que señala que *“los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”*, esto es, si una de las partes exhibe una negación indefinida, no le corresponde verificar la ocurrencia de lo que, precisamente, no es un hecho, sino la negación de un hecho. En tal virtud, la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole a la contraparte aportar la evidencia de que el hecho que la otra niega, en realidad ocurrió; **v)** la demandante actuó de manera diligente ante la demandada, toda vez que el causante falleció en el año 2016 y en ese mismo año reclamó y se le otorgó la indemnización sustitutiva de sobrevivientes y, en el año 2017 solicitó la pensión de sobrevivientes.

En consecuencia, Yasmina Toncel Rodríguez tiene derecho a la pensión de sobrevivientes a partir del 13 de junio de 2016, en el monto equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y por trece mesadas al año por

haberse causado el derecho con posterioridad al 31 de julio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

No hay mesadas prescritas por cuanto la prestación se causó el 13 de junio de 2016 y la demandante la solicitó el 23 de febrero de 2017, fl. 34 a 38, y presentó la demanda en la oficina de reparto el 18 de agosto de 2017, es decir, no alcanzó a transcurrir el término de prescripción previsto en el artículo 151 del C.P.T. y S.S. y 488 del C.S.T..

El retroactivo pensional desde el 13 de junio de 2016 hasta el 20 de agosto de 2019 asciende a la suma de **TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SEIS PESOS CON SETENTA Y TRES CENTAVOS (\$31´335.206,73)**, incluida la mesada adicional y los reajustes anuales, tal y como lo liquidó la juez de instancia. Se anexa la liquidación para que haga parte integral de esta providencia.

En cuanto a los intereses moratorios, la Sala modifica la condena en el sentido de indicar que estos se deben reconocer es a partir de la ejecutoria de la presente sentencia y hasta cuando se haga efectivo el pago. La razón es que sólo por vía judicial se determinó la obligación de COLPENSIONES de reconocer la pensión de sobrevivientes dada la discusión que se planteó con la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, de ahí que, no se le puede atribuir mora a la entidad en el reconocimiento de la prestación de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 como lo hizo la juez. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia SU230 de 2015 manifestó que, *“...dichos intereses se deben desde que la obligación es exigible. En este orden de ideas sólo a partir del momento en el que la obligación es reconocida y no existe controversia sobre la cuantía del pago de la misma tiene el carácter de exigible. Es decir, la condena por intereses procede una vez se determina en forma definitiva la obligación de reconocer la pensión.”*.

El Tribunal no pasa por alto que las mesadas causadas desde el 13 de junio de 2016 hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia han sufrido pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el tiempo por causas inflacionarias, por lo tanto, se concede dicho mecanismo de actualización hasta la ejecutoria de la presente sentencia y, a partir de ahí, se ordena pagar los intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente al momento del pago, se reitera. En tal sentido se modifica el numeral tercero de la sentencia.

Finalmente, en cuanto a la autorización que dio la juez a Colpensiones de descontar la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, se adiciona para que el descuento se realice de forma indexada.

En los términos que se dejan expuestos se modifica la sentencia apelada y consultada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de Yasmina Toncel Rodríguez. Se ordena incluir en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes como agencias en derecho.

IV. DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia apelada y consultada No. 213 del 2 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de condenar a COLPENSIONES a pagar a YASMINA TONCEL RODRÍGUEZ la indexación sobre el retroactivo pensional adeudado hasta la ejecutoria de la presente sentencia y, a partir de allí, se deben pagar intereses moratorios a la tasa máxima vigente a la fecha en que se efectúe el pago de la obligación, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia en el sentido de indicar que, el descuento que se autorizó realizar a **COLPENSIONES** de la indemnización sustitutiva de sobrevivientes reconocida a la demandante en la Resolución GNR 299083 del 20 de agosto de 2019, se haga de forma indexada.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

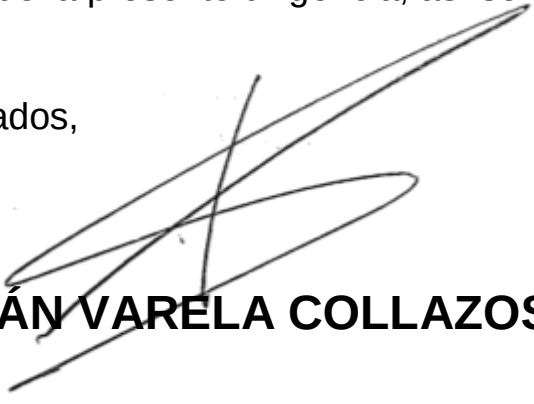
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y a favor de **YASMINA TONCEL RODRÍGUEZ**. Se ordena incluir en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes como agencias en derecho.

Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web:

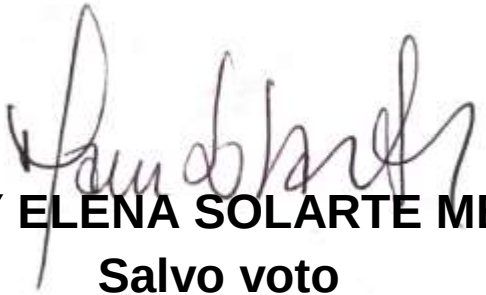
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-el-tribunal-superior-de-cali/sentencias>

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

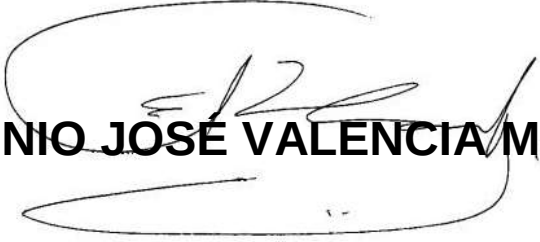
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO
Salvo voto



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

**GERMAN VARELA COLLAZOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal
Superior De Cali**

Este documento fue generado con firma electrónica y
cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo
dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario
2364/12

Código de verificación:

**98b47d3eb84dd3b6b7a5f59be36db6f894aa258ff9edb3
39d968e3d730a7c78f**

Documento generado en 29/10/2020 11:11:43 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente

URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

RETROACTIVO

AÑO	SMLM	MESADAS	RETROACTIVO
2016	689.455,00	7,6	\$5.239.858
2017	737.717,00	13	\$9.590.321
2018	781.242,00	13	\$10.156.146
2019	828.116,00	7,666666667	\$6.348.889
			\$ 31.335.214

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL
SALVAMENTO DE VOTO MAGISTRADA MARY ELENA SOLARTE MELO

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	YASMINA TONCEL RODRIGUEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
RADICACIÓN:	76001 31 05 016 2017 00502 01
JUZGADO DE ORIGEN:	DIECISEIS LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	SALVAMENTO DE VOTO POR CONDICION MÁS BENEFICIOSA EN PENSION DE SOBREVIVIENTES.
MAGISTRADA PONENTE:	GERMAN VARELA COLLAZOS

No comparto la decisión de sala mayoritaria por las razones que procedo a exponer:

El señor OSCAR MORENO MINA falleció el **13 de junio de 2016**. La norma aplicable es la Ley 797 del 29 de enero de 2003, vigente para la fecha del deceso, en cuyos artículos 12 y 13 modificó los artículos 46 y 47, Ley 100 de 1993, que exigen que el causante haya cotizado **cincuenta (50) semanas** en los tres (3) años anteriores a la muerte.

El causante no cumplió los requisitos del artículo 12, Ley 797 de 2003, ni adquirió la condición de pensionado por vejez o invalidez, y en los tres (3) años anteriores a su fallecimiento no acredita semanas cotizadas a pensiones, y en toda su vida aportó **517.43 semanas**

Tampoco se cumplen los presupuestos del Parágrafo 1º, artículo 46, Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12, Ley 797 de 2003.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral¹, es procedente la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, derivada del artículo 53 de la Constitución Política, cuando la muerte del

¹ CSdeJ, SCL, sentencias del **18 de septiembre de 2012**, **06 de septiembre de 2012** y **28 de agosto de 2012**, radicaciones 42089, 38770 y 42395, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón; sentencia del **28 de agosto de 2012**, radicación 44809, M.P. Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez; sentencia del **06 de febrero de 2013**, radicación 42838, MP. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno; sentencia del **02 de diciembre de 2015**, radicación 47022, SL16867-2015, MP. Dr. Gustavo Hernando López Algarra; Sentencia del **15 de junio de 2016**, radicación 48260, SL8332-2016, MP. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

causante sucede en vigencia de la Ley 797 de 2003, evento en el cual **es aplicable la normatividad contenida en la Ley 100 de 1993 en su versión original**, en cuyos artículos 46 y 47 exige que el afiliado fallecido esté cotizando al sistema y haya aportado veintiséis (26) semanas en cualquier tiempo, o que habiendo dejado de cotizar, haya aportado por lo menos veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente anterior a su muerte. Sin embargo, la corte también ha considerado que la aplicación de este principio es excepcional, razón por la cual su aplicación deber ser restringida y temporal; para el efecto, la Alta Corporación ha dispuesto que la permanencia en el tiempo de esa zona de paso está limitada a un lapso de 3 años, es decir que en virtud del principio de condición más beneficiosa, el Art. 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original continúa produciendo efectos pero sólo en el plazo comprendido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, con posterioridad a esta data opera, el relevo normativo y cesan los efectos del principio constitucional².

Así las cosas, acogiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia, se concluye que no se reúnen los presupuestos necesarios para la aplicación en virtud del principio de condición más beneficiosa del Art. 46 de la Ley 100 de 1996 en su versión original.

Ahora, respecto a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, la Corte Suprema de Justicia en **sentencia del 03 de mayo de 2017**, radicación 48827, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo³, precisamente en un caso tramitado ante el Tribunal Superior de Cali, dijo:

*“(…) Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación que el derecho a la pensión de sobrevivientes **debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado**. De ahí que la disposición que rige el asunto es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, cuyos requisitos, tal y como se precisó en sede de casación, no cumplió la causante dado que no efectuó cotización alguna dentro de los tres años anteriores al deceso.*

*De cara a los argumentos del recurso de apelación, esto es, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a fin de que el asunto se resuelva bajo las previsiones del artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, es preciso señalar que **no es viable dar aplicación a la plus ultractividad de la ley, esto es, hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta***

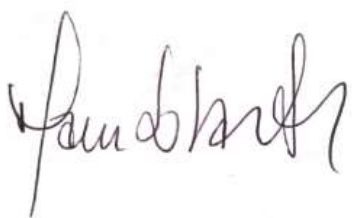
² Sentencia SL4650-2017, radicación 45262 del 25 de enero de 2017. MP. Dr. Fernando Castillo Cadena y Fernando Botero Zuluaga.

³ En sentido similar, CSdeJ, SCL, **sentencias del 30 de noviembre de 2016**, radicación 54796, SL18545-2016, MP. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas; **sentencia del 29 de marzo de 2017**, radicación 52904, SL4575-2017, MP. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz; y **sentencia del 15 de marzo de 2017**, radicación 54696, SL4279-2017, MP. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

a las condiciones particulares del de cujus o cuál resulta ser más favorable,
pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro. Esa ha sido la postura de la Sala expuesta en recientes providencias, entre otras, CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL15612-2016 CSJ SL15617-2016, CSJ SL 2759-2017 y CSJ SL 3867-2017.

En ese orden, no es procedente considerar los requisitos para la pensión de sobrevivientes del Acuerdo 049 de 1990 como lo pretende la parte demandante en su recurso, ni siquiera bajo el argumento de acudir al principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque su mandato parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas vigentes, lo que no ocurre en el sub lite. (...)”

Así las cosas, en aplicación del precedente vertical de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, no es posible en aplicación del principio de condición más beneficiosa estudiar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990.



MARY ELENA SOLARTE MELO

Fecha ut supra