REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Ordinario: YOLANDA ESCOBAR ESCOBAR C/: COLPENSIONES.
Radicación Nº76-001-31-05-002-2016-00076-01 Juez 2° Laboral del Circuito de Cali

ACTA No. 022

Santiago de Cali, en ambiente virtual, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020), hora 09:30 a.m.

El ponente, magistrado **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**, en virtualidad TIC'S por la pandemia COVID 19 <art.215, C.P.Co. y Decreto 417 de 2020>, con conectividad de los magistrados de Sala de Decisión, **MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, habiéndose conectado las partes a través de sus apoderados….., conforme con el procedimiento de los arts.11 y 12, Decreto legislativo 491 y art.15, Decreto 806 del 04 de junio de 2020, y el Acuerdo 11567-CSJ del 05 de junio de 2020, procede a hacer la **notificación, publicidad virtual y remisión** a la pagina web de la Rama Judicial de la **sentencia escritural virtual**,

SENTENCIA No.1363

YOLANDA ESCOBAR ESCOBAR ha convocado a la pasiva para que la jurisdicción la condene el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 19/09/2008, con la indexación, junto con las mesadas adicionales e intereses moratorios del art. 141 de Ley 100/93,……con base en hechos, pretensiones, pruebas, oposiciones, alegaciones y excepciones suficientemente conocidos y debatidos por las partes protagonistas de la relación sustancial de seguridad social pensional y jurídico procesal en este juicio, enteradas éstas de los fundamentos fácticos probados y argumentos jurídicos de la condena y de apelación por la pasiva y en consulta en favor de la nación que es garante.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN II INSTANCIA

I.- APELACIÓN DEMANDADO: sustenta su recurso: *"Si bien está demostrado que el causante falleció el 28/02/2008, para dicha fecha estaba en vigencia la Ley 797 de 2003, por lo que su situación o su caso debería analizarse conforme a lo ahí planteado, teniendo en cuenta que en la demanda se invoca el principio de la condición más beneficiosa, al respecto la jurisprudencia ha señalado que cuando el demandante no cumpla con los requisitos señalados en la norma vigente a la fecha del deceso del causante se debería estudiar con la norma anterior que regulaba dichos casos que sería la Ley 100/93, se observa en el expediente de conformidad con la historia laboral aportada que el causante no cotizó para dichas fechas las semanas que exige la Ley 797 de 2003 y la Ley 100/93, por todo lo anterior, la actora no tiene derecho a la prestación económica que reclama, además que de conformidad con el art. 6 del Decreto 1730 de 2001 el mismo consagra la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva y demás prestaciones económicas a que haya lugar, por lo anterior solicita que se absuelva a Colpensiones. (DVD f.95 t.t. 21:00)"*

II.- CONSULTA: La condenada demandada NO ejerció el derecho de impugnación (art.29 y 31, CPCO.) y de conformidad con el artículo 14, Ley 1149 del 13 de julio de 2007, que modifica el artículo 69, CPTSS, y por ser la nación la llamada a asumir la deuda pensional por mandato constitucional *'El Estado…asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo'*–art.48, inc. 5º, adicionado por art.1º, A.L. 01 de 29 julio de 2005, CPCo.-, teniendo que para 2019, el presupuesto para pensiones públicas es de $57.2 billones para atender 2.216.667 pensionados. En lo que respecta a COLPENSIONES , los afiliados aportarán cerca de $17.8 billones, por lo que del presupuesto general de la nación saldrán $39.4 billones en subsidios pensionales. Concretando, de estos $39.4 billones en subsidios pensionales, $12.3 billones irán a COLPENSIONES donde hay 1.36 millones de pensionados… <Revista Semana, Octubre 2018> , y conforme a providencia unificadora de la CSJ-Laboral, STL-4126-2013, rad.34552, del 26 de noviembre de 2013, '*en defensa del interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado respondería*', se debe conocer en grado jurisdiccional de consulta a favor de la nación que es garante la sentencia condenatoria contra COLPENSIONES S.A. para verificar legalidad, normatividad, fundamentos fácticos probados y cuantificación de las condenas.

Se conoce en APELACIÓN en favor de la pasiva y en CONSULTA en favor de la nación que es garante, de manera conjunta.

El ISS hoy COLPENSIONES, a petición de la actora radicada el 19/09/2008 (f.27) ,en resolución No. 021829 del 28/05/2009 (f.27-28) negó el reconocimiento de la prestación por cuanto *"el asegurado cotizó al ISS 0 semanas en los 3 años anteriores al momento del fallecimiento, y que acreditó 24.22% de fidelidad de cotización al sistema de pensiones al haber cotizado 526 semanas entre el 25/01/1967 fecha en la que cumplió 20 años de edad y la fecha de la muerte; así mismo acredita un total de 526 semanas cotizadas en toda su vida laboral"*, en su lugar le concedió la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes en cuantía de $13.910.514<f.27-28>.

La a-quo accedió a las pretensiones de la actora considerando: "*La muerte del afiliado ocurrió el 19/09/2008 en vigencia de la Ley 797 de 2003, siendo esta en principio la norma aplicable al caso, el afiliado acumuló un total de 526,14 semanas, (…) el despacho se centrará en lo concerniente en el número de semanas cotizadas por el causante y la normatividad que debe tenerse en cuenta para establecer si es viable reconocer o no el derecho, ya que la entidad demandada en su pronunciamiento contenido en el acto administrativo que le resolvió a la actora la solicitud por ella impetrada en ningún momento puso en duda o desconoció la calidad de beneficiaria solicitante en su condición de cónyuge, tan cierto es lo anterior que al negar la prestación de sobrevivientes reclamada procedió a concederle la indemnización que liquidó en cuantía de $13.910.514, en consonancia con lo anterior legitiman a la actora a reclamar la pensión de sobrevivientes, son los preceptos anteriores a la Ley 100/93, es*

decir los art. 6, 25, 27 del Decreto 758/90, para la fecha del fallecimiento del causante si bien este no tenía cotizadas las 26 semanas en el año inmediatamente anterior ni las 50 semanas en los 3 años anteriores a su deceso, sí logró acreditar que cotizó 526.14 semanas con anterioridad al 01/04/1994, que en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, habilitan a su beneficiario a reclamar válidamente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio constitucional mencionado (…) por lo que condena al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de YOLANDA ESCOBAR ESCOBAR desde el 28/03/2013 en cuantía de 1 SMLMV por cuanto todo lo generado con anterioridad se encuentra prescrito, liquida un retroactivo pensional de $68.108.109, el cual debe ser indexada al momento del pago, declara probada la excepción de COMPENSACIÓN, autorizando a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional la suma de $13.910.514 que fue pagada a la actora por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes; absuelve de los intereses moratorios

MARCO NORMATIVO: Es de precisar que el afiliado HERIBERTO VARGAS RODRIGUEZ falleció el 19/09/2008 (f.31), diada que determina vigencia de normas aplicables Arts. 46 Y 47, ley 100/93, modif. por arts. 12-13 de la ley 797 de 2003 respectivamente:

"ARTÍCULO 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(…)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:…

(….)

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;(…)"

El causante cotizó al ISS para IVM interrumpidamente del 03/10/1973 al 01/04/1994 un total de 526.14 semanas (f.32), sin que cumpla con el requisito de la densidad de las 50 semanas en los 3 años anteriores al deceso -19/09/2005 al 19/09/2008 f.31-, que le exige el num.2, art. 12, Ley 797 de 2003 que modifica el art.46, Ley 100/93, no cuenta con semanas cotizadas, ya que la última semana fue efectuada el 01/04/1994.

De otro lado, por condición más beneficiosa para remitirse a las disposiciones de la Ley 100/1993, norma inmediatamente anterior a la vigente para la fecha del deceso, interpretando la regla del art.14, Ley 153 de 1887, que la modificación queda incorporada a

la disposición modificada desde la fecha de su expedición, es decir, formando un solo cuerpo u ordenamiento jurídico, por lo que no hay dobles saltos normativos, y , empero, se alecciona se deben cumplir los parámetros establecidos por la C.S.J. Sala Laboral los cuales son:

"3.2. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.

b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.

c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.

d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento. " (SL4650-2017 co-ponencia de los Magistrados: FERNANDO CASTILLO CADENA,GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Encontrando que el causante no se encontraba cotizando para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 -29/01/2003-, y no cuenta con 26 semanas en el año que antecede a dicha data 29/01/2003 y el 29/01/2002, por lo tanto, no es procedente reconocer la pensión de sobrevivientes bajo esa óptica. Empero hay que trascender y extrapolar la normatividad con base en los principios constitucionales y de los fundamentos del bloque de constitucionalidad, para fundamentar los derechos sociales de las personas. Uno de esos principios es la condición más beneficiosa, la que permite ir a regímenes anteriores bajo los cuales el asegurado/causante cumplió los requisitos para dejar causado el derecho a sus causahabientes. Veamos.

Está acreditado que el señor HERIBERTO VARGAS RODRIGUEZ se afilió al ISS y comenzó a cotizar a partir del 03/10/1973 AL 01/04/1994 <f.32>, un total de 526.14 semanas <f.32>

Al respecto se tiene que la afiliación a la seguridad social en pensiones conforme a los artículos 72 y 76 de la ley 90 de 1946, creadora del INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES –ICSS y organizado por el Acuerdo 224 de 1966 y su Decreto aprobatorio 3041 de 1966, a partir del 01 de enero de 1967, imprime temperamento y carácter, en el sentido que las cotizaciones permanecen en el sistema y el Estado responde por los derechos del asegurado, de ahí la necesidad que toda nueva norma consagre régimen de transición, porque ipso iure no puede desconocer las cotizaciones hechas por el trabajador conforme a un ordenamiento jurídico, luego, es principio de la seguridad social previsional como la que es a cargo del antiguo ISS hoy COLPENSIONES S.A. por sucesión procesal (art.155,Ley 1151 de 2007 y Decretos 2011,2012,2013 del 28 de septiembre de 2012, art.60 ,CPC y 145,CPTSS.), así como en todos los sistemas de seguridad social de la mayoría de los países iberoamericanos, que la densidad de semanas acumuladas por un afiliado se conservan para todos los efectos pensionales del trabajador o fallecido éste, para la pensión de sobrevivientes, también conocida de viudez y orfandad, a favor de las personas que dependan de él.

En lo que concierne a pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común, dispone el artículo 25, Acuerdo 049/90, que habrá derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

Y el artículo 6º, Acuerdo 049/90, dispone que tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

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

En autos, el causante cotizó del 03/10/1973 AL 01/04/1994 <f.32>, un total de 526.14 semanas <f.32> las fraguó en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 y su Decreto aprobatorio 3041 de 1966, y que los posteriores acuerdos avalaron y convalidaron, pero no suprimieron la densidad obtenida y ninguno de los acuerdos desconoce las semanas cotizadas por el afiliado, en consecuencia, a la vigencia del Acuerdo 049 de 1990 y su Decreto aprobatorio 758/90 (f.32), el que en los respectivos artículos transcritos regula tanto la pensión de vejez como la pensión de sobrevivientes y de contera los requisitos de la pensión de invalidez, acudiendo la disposición art.25 sobre pensión de sobrevivientes a los requisitos del literal b), art.6,ib., para exigir 300 semanas cotizadas en cualquier época al evento de la muerte del causante, siempre antes de abril/1994, pero que siendo afiliado no cotizante activo para el 19/09/2008 (f. 18), diada de su fallecimiento, ampara el derecho de los beneficiarios a acceder a la pensión de sobrevivientes conforme al Acuerdo 049 de 1990.

Se verifica que el señor HERIBERTO VARGAS RODRIGUEZ, en vida, es decir, que antes del 01 de abril 1994, en que comenzó a regir la nueva Ley 100/93, había cotizado un total de 526,14 semanas, que son suficientes para dejar pensión a sus beneficiarios y en esa diada estaba vigente el Acuerdo 049 de 1990, en sus artículos 06 y 25 leídos.

6.- Al respecto en Concepto de la Oficina Jurídica Nacional del ISS número 0750 del 1º de marzo de 1988 dijo en punto a la densidad de semanas para la pensión de sobrevivientes, como en el caso presente, por muerte por riesgo común:

"El artículo 20, en concordancia con el 5º del Acuerdo 224 de 1966 (Decreto 3041 de 1966), este último modificado por el 1º del Acuerdo 019 de 1983 (Decreto 232 de 1984), exige para dejar derecho a pensión, que el asegurado (a) fallecido hubiere

estado disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según los reglamentos del ISS, o que tenga acreditadas 150 semanas de cotización para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, dentro de los seis(6) años anteriores a la muerte o 300 semanas en cualquier época" (…)

7.- Los ya leídos artículos 6 y 25, consagran el derecho a pensión de sobrevivientes con 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, y en esa línea de argumentación, en lo propio a la pensión de sobrevivientes y a la de invalidez, viene en apoyo, *mutatis mutandi*, la sentencia de la Corte al decir:

"Resulta importante reproducir apartes de las consideraciones acogidas mayoritariamente por esta Sala en sentencia 24280 de 5 de julio de 2005, también citada por la recurrente:

"Pues bien, la seguridad social, como lo advierte la acusación, tiene su sustento en el artículo 48 de la Constitución Política y en la Ley 100 de 1993, como derecho inherente al ser humano y, por consiguiente, con la garantía para éste de protección y amparo frente a las posibles contingencias que puedan afectarlo junto con su núcleo familiar, derivadas de la prestación de un servicio, de la ejecución de una relación laboral del trabajo independiente o sencillamente del amparo previsto para quienes se aplica el régimen subsidiado, entre otros. De allí, la efectiva acción del legislador, para procurar la realización de los fines del régimen de la seguridad social y para cubrir aquellas contingencias, como la enfermedad, la invalidez, la vejez y la muerte.

"Y entendido el derecho a la seguridad social, dentro de esa especial categoría, sobre los principios que lo inspiran, vale decir, la eficiencia, la integralidad, la universalidad, y la solidaridad, es indudable que no podría truncársele a una persona el derecho a pensionarse, como en este caso, si ha cumplido aportaciones suficientes para acceder a él, bajo un régimen como el del Acuerdo 049 de 1990, porque, en perspectiva de la finalidad de protección y asistencia de la población, con el cubrimiento de los distintos riesgos o infortunios, no resultaría viable vedar el campo de aplicación de dicha normativa, con el pretexto de que la nueva ley, sin tener en cuenta aquella finalidad y

cotizaciones, exige que se aporten por lo menos 26 semanas anteriores a la invalidez (si se trata de un cotizante), o, contabilizadas en el año anterior al suceso, así no se encuentre cotizando, o se halle desafiliado. Desde luego que no se desconoce el efecto general inmediato de las normas laborales, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 16 del C. S. del T. Lo que ocurre es que en eventos como el analizado, se debe tener en cuenta que para acceder a la pensión de invalidez, así como a la causada por muerte, no resulta válido considerar como único parámetro para determinar si existe o no el derecho correspondiente, la fecha del respectivo acontecimiento (incapacidad para laborar o deceso); es necesario adicionalmente observar el conjunto de postulados y la naturaleza misma del derecho a la seguridad social, con miras a lograr el amparo y la asistencia propuestos constitucionalmente, y a los cuales se arriba con la puesta en vigor de las instituciones legalmente previstas.

"Resultaría el sistema ineficaz, sin sentido práctico y dinámico además, si se negara el derecho pensional a quien estuvo o está afiliado a la seguridad social, y cumplió con un número de aportaciones tan suficiente -971- que, de no haber variado la normatividad, se repite, para disminuir la densidad de cotizaciones, con inmediatez al año anterior al infortunio, hubiera obtenido el derecho pensional sin reparo alguno. De suerte que no resulta acorde con la lógica, ni conforme con los ordenamientos constitucionales y legales, que una modificación como la introducida por la Ley 100 de 1993, desconozca aquellas cotizaciones, y le impida procurarse su subsistencia y, posiblemente, la de su grupo familiar, a través de la pensión, pues ello contrariaría los principios del régimen antes anotados, que le permiten, a quien ha padecido una novedad hacerle frente, mediante el acceso a la pensión, como consecuencia de los aportes válidamente realizados antes de su acaecimiento. "(Sentencia de 15 de agosto de 2006, rad. 27268,M.P. Camilo Tarquino Gallego).

Decisión que la mayoría de la Sala en otras oportunidades ha aplicado en virtud de la condición más beneficiosa, lo mismo anotó sentencia de Gustavo López Algarra rad. 48427 acta No.2 *'si el demandante acredita más de 300 semanas con anterioridad de abril de 1994 y demostró PCL de 06 de diciembre de 1999, es claro que le asiste el derecho por*

art.53 constitucional', y en otra el Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve Rad.40662 aplica esa condición más beneficiosa para abril de 1994. Además por principio de igualdad históricamente desde 1991, se ha concedido la prestación a cientos de viudas y viudos -compañeras o compañeros permanentes- y huérfanos, con ese número de 300 semanas o más, históricamente se debe seguir reconociendo la igualdad -pues, donde cabe la misma razón de hecho, procede el mismo derecho, cualquiera que sea la época en que se aplique-, sin consideración a la época, porque el artículo 13, CPCo., es para todos los tiempos y para toda la población que queda sin el sustento que le provee el cabeza de hogar y el RSPMPD está así diseñado desde tiempos de la Ley 90 de 1946, con estudios calculistas que así lo previeron para el Acuerdo 224 y Decreto aprobatorio 3041 de 1966, y , por supuesto, el Acuerdo 019 y decreto 1900 de 1983 y 029 y Decreto 2879 del 17 octubre de 1985, y el Acuerdo 049 y decreto 758 de 1990, luego, financieramente no se desequilibra el sistema, porque así fue diseñado[véase supuestos fácticos de la C-556 de 20 agosto 2009, P.NILSON PINILLA PINILLA, bastan en concepto de ASOFONDOS de 416 a 530 para financiar cualquier pensión].

Negar la prestación menoscaba los derechos del trabajador/asegurado con profunda incidencia en su viuda que obliga a la inaplicación de la Ley 797 de 2003,art.13 y a aplicar el artículo 6,Acuerdo 049/90 porque '*el Sistema Integral de Seguridad Social <<en pensiones>>establecido en la presente ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe …la dignidad humana o los derechos de los trabajadores"(art.272,Ley 100/93)",* en tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia".

Respecto de la aplicación ultractiva de la condición más beneficiosa, conforme el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, invocado por la parte actora, recientemente la Corte Constitucional en la Sentencia SU 005 del 13 de febrero de 2018, advirtiendo que el caso de autos supera el test de conducencia como quiera que la causante no pudo completar las semanas para fraguar su pensión ni dejarla causada a su

viuda por falta de garantía del Estado y de la Sociedad de fuentes de empleo digno y decente, así como que la demandante reclama su derecho con base en las nuevas posiciones de las cortes y como quiera que a su edad [YOLANDA ESCOBAR ESCOBAR, nacida el 10/09/1955 (f.22) para el fallecimiento de su cónyuge -19/09/2008, f.31- contaba con 53 años de edad], M. P. Carlos Bernal Pulido, en aras de unificar el criterio jurisprudencial estableció que:

> *"**4. Segunda materia objeto de unificación: ajuste jurisprudencial en cuanto al alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes***
>
> *1. La resolución del segundo problema jurídico abstracto, a que se hizo referencia en el numeral 2 supra, supone, como seguidamente se precisa, ajustar la jurisprudencia constitucional en cuanto al alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes. Para tales efectos debe la Sala Plena determinar en qué circunstancias este principio, que se ha derivado del artículo 53 de la Constitución Política, **da lugar a que se aplique, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990** –o de un régimen anterior- en cuanto al requisito de las semanas de cotización, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de **un afiliado que fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003**[1].*
>
> *2. En el presente asunto, por tanto, el supuesto fáctico objeto de unificación es el siguiente: **(i)** un afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003, **(ii)** 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 el derecho a una pensión de sobrevivientes, **(iii)** pero sí acredita el número mínimo de semanas cotizadas antes del fallecimiento que exigía el Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990)[2], derogado por la Ley 100 de 1993[3], que, a su vez, en este aspecto, fue modificada por la Ley 797 de 2003[4] -o de un régimen anterior-.*

---

[1] En el presente asunto, por tanto, el supuesto fáctico objeto de unificación es el siguiente:

[2] Este exigía, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, que el afiliado hubiere cotizado, para el seguro de invalidez, vejez y muerte, 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento, o 300 semanas, en cualquier época, antes de la muerte.

[3] Esta, por su parte, exigió que, para para tener derecho a la pensión de sobrevivientes el afiliado hubiere cotizado, por lo menos, 26 semanas al momento de la muerte, o que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante, por lo menos, 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la muerte.

[4] Como se indicó, esta normativa exige, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, que el afiliado hubiese cotizado 50 semanas en los 3 años anteriores al fallecimiento.

3. *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 Acuerdo 049 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 Acuerdo 049 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.*

8.- En autos el causante cotizó del 03/10/1973 AL 01/04/1994 <f.32>, un total de 526.14 semanas <f.32> fueron cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100/93 <01-04-1994>, número suficiente para financiar la pensión de vejez y proceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, situación que no desestabiliza la financiación del sistema RSPMPD –antes y después de Ley 100/93-, no siendo jurídico argumentar que por no haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores o 26 en el último año al deceso o haber cotizado -como en efecto lo hizo- para enriquecer el fondo solidario común semanas en vigencia de la Ley 100 de 1993, ha perdido la viuda el derecho, pues, lo básico que exige el lit. b), artículo 6, Acuerdo 049 de 1990 (por remisión del art. 25,ibídem), que son Trescientas semanas en cualquier tiempo, antes de Ley 100/93, las dejó cumplidas el afiliado y cualquier semana adicional sólo contribuye a financiar por solidaridad <art.95,CPCo.> el fondo común con un total de 526.14 semanas y, por ende, la pensión del cónyuge o compañero supérstite e hijos menores, para cuando ella falte -*hecho previsible y de forzosa ocurrencia, pero no se sabe cuándo?-*, condición que está cumplida, siendo suficientes y por principio de proporcionalidad eficaces para financiar la prestación de sobrevivientes <en criterio de ASOFONDOS bastan en cualquier tiempo de 416 a 530 semanas para financiar cualquier pensión, citado en C-556 agosto-20-2009> , luego, procede reconocer el derecho, además porque por mandato

constitucional *"bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva" (par.art.1, A.L. 03 de 2011, que modifica art.334,CPCo.).*

9.- En esa ilación, siendo la pensión de sobrevivientes, y cualquiera otra pensión, que forman parte del haz de derechos irrenunciables a la seguridad social y a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y de la seguridad social en pensiones de que tratan los artículos 48 y 53 Constitucionales (Sent. T-217 abril 17 de 2013), siendo el compromiso del sentenciador con los derechos fundamentales de los beneficiarios de la seguridad social en pensiones, más no con el formalismo ni con los meros procedimientos, con el imperativo de hacer prevalecer el derecho material fundamental sustancial sobre estos (art.228, Constitucional, C-646 de agos-13-2002), y hacer valer la garantía y materialidad de la seguridad social en pensiones, en el pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna, como los mínimos del Convenio 102 de 1952 y que la ley y actividad de los administradores de pensiones *'no pueden menoscabar la libertad, la dignidad ni los derechos de los trabajadores y de sus derecho habientes'.*

Fácilmente se observa que en autos el causante cotizó un total de 526.14 semanas fueron cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100/93, por lo que dejó causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, a partir del 19/09/2008 (f. 18), en cuantía de 1 SMLMV.

10.- BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.- Respecto del derecho que le asiste a la señora YOLANDA ESCOBAR ESCOBAR como cónyuge del causante (f. 24),

que no es necesario demostrar ante estrados judiciales la convivencia cuando ya ha sido reconocida por la misma entidad demandada, en resolución No. 021829 del 01/05/2009, al concederle la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes en cuantía de $13.910.514, pues así lo ha establecido la CSJ-Sala de Casación Laboral en sentencia SL1886-2015 M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO de fecha 25/02/2015 que establece "*De dicho documento se puede evidenciar clara y objetivamente que el Instituto de Seguros Sociales analizó de fondo la petición del actor y concluyó que reunía las condiciones legalmente establecidas para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva, que, como lo ha dicho la Sala, son las mismas requeridas para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes. En ese sentido, el Tribunal incurrió en un error de hecho manifiesto al no percatarse de que la «dependencia económica» y los demás presupuestos indispensables para ser beneficiario de la pensión estaban acreditados suficientemente en el proceso, a la vez que habían sido aceptados plenamente por el Instituto de Seguros Sociales, de forma tal que no era dable ni siquiera debatir ese punto.*"

Por lo anteriormente expuesto, le corresponde en favor de la actora el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el deceso de su cónyuge (f.24) a partir de ese evento -19/09/2008, f. 18-, actora quien contaba con 53 años de edad, luego entonces le corresponde el reconocimiento de la prestación de manera vitalicia – lit. a),art. 47 ley 100/93-.

Antes de proceder a liquidar el retroactivo pensional, se debe tener en cuenta que la pasiva al contestar la demanda formuló prescripción trienal (f.48), para ello se tiene que la actora reclamó el reconocimiento de la prestación el 24/12/2008 (f.27), negada en resolución No. 021829 del 28/05/2009 (f.27-28) y la demanda fue presentada el 26/02/2016 (f.1 y 21) por lo que todo lo generado con anterioridad al 26/02/2013 se

encuentra prescrito, pero que la a-quo declaró prescrito todo lo generado con anterioridad al 28/02/2013 sin ser objeto de oposición por la actora, y que al ser más favorable a la pasiva se mantiene.

Liquidado el retroactivo pensional no prescrito generado desde el 28/02/2013 actualizado hasta el 31 de mayo de 2020 a razón de 14 mesadas anuales corresponde a la suma de **$71.678.285,oo**, suma que debe ser indexada al momento de su pago, del cual se autoriza a la pagadora para que descuente los aportes de ley para salud (arts.157,204,Ley 100/93 y DEc.692/94 y art.10,Ley 1122 de 2007, modificado por art.5, Ley 1254 de 2008), a partir del 01/06/2020 la mesada corresponde al SMLMV de **$877.803,00** sin perjuicio de los aumentos de Ley, por lo que se modifica para actualizar y adicionar el resolutivo SEGUNDO. Como se observa en cuadro inserto:

FECHAS DETERMINANTES DEL CÁLCULO		
Deben mesadas desde:		28/02/2013
Deben mesadas hasta:		31/05/2020

EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES.			
CALCULADA		No. Mesadas	RETROACTIVO
AÑO	MESADA		
2013	$ 589.500,00	12,10	$ 7.132.950,00
2014	$ 616.000,00	14,00	$ 8.624.000,00
2015	$ 644.350,00	14,00	$ 9.020.900,00
2016	$ 689.455,00	14,00	$ 9.652.370,00
2017	$ 737.717,00	14,00	$ 10.328.038,00
2018	$ 781.242,00	14,00	$ 10.937.388,00
2019	$ 828.116,00	14,00	$ 11.593.624,00
2020	$ 877.803,00	5,00	$ 4.389.015,00
TOTAL RETROACTIVO PENSION			$ 71.678.285,00

Del retroactivo pensional generado en favor de la actora, se autoriza a la pasiva a descontar lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes reconocida en la suma nominal de **$13.910.514**, como lo dispuso la a-quo.

No prosperan las restantes excepciones planteadas por la pasiva (f.48-49)

En mérito de lo expuesto la Sala Quinta de Decisión Laboral del H. Tribunal Superior de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

MODIFICAR, ACTUALIZAR y ADICIONAR al resolutivo SEGUNDO de la apelada y consultada sentencia condenatoria No. 005 del 23 de enero de 2020, en el sentido de que el retroactivo pensional no prescrito generado desde el 28/02/2013 actualizado hasta el 31 de mayo de 2020 a razón de 14 mesadas anuales corresponde a la suma de **$71.678.285,oo**, suma que debe ser indexada al momento de su pago, del cual se autoriza a la pagadora para que descuente los aportes de ley para salud, a partir del 01/06/2020 la mesada corresponde al SMLMV de **$877.803,00** ,sin perjuicio de los aumentos de Ley. En lo demás sustancial se **CONFIRMA**. **SIN COSTAS** en consulta, pero con costas a cargo de la apelante demandada infructuosa y en favor de la demandante, se fijan en novecientos mil pesos. **LIQUIDENSE** según art.366, CGP. **DEVUELVASE** expediente a su origen.

SENTENCIA LEIDA ES PONENCIA APROBADA EN SALA DE DECISION _____. NOTIFICADA EN ESTRADOS. OBEDÉZCASE y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
2016-00076

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ **MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO**

2016-00076 **2016-00076**