

REPUBLICA DE COLOMBIA



Ordinario: HERMINIA CERQUERA MARTINEZ C/: COLPENSIONES.

Radicación N°76-001-31-05-001-2019-00377-01

Juez 01° Laboral del Circuito de Cali

Santiago de Cali, seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020), hora 09:00 a.m.

ACTA No.007

El ponente, magistrado **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**, en virtualidad TIC'S por la pandemia COVID 19 <art.215, C.P.Co. y Decreto 417 Y 637 del 17 de marzo y 06 de mayo de 2020, respectivamente>, 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 y 11581 de 2020, y demás reglas de justicia digital en pandemia, procede a hacer la **notificación, publicidad virtual y remisión** a la pagina web de la Rama Judicial link de **sentencia escritural virtual**,

SENTENCIA No.1375 del 20 de agosto de 2010

La viuda ha convocado a la demandada para que la jurisdicción declare que el señor Ángel María Escobar Rincón era beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100/93 y que dejó cumplidos los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión por vejez; que de no prosperar lo anterior, se aplique el principio de la condición más beneficiosa y en consecuencia se reconozca en favor de Hermina Cerquera Martinez pensión de sobrevivientes por cuanto el causante Ángel María Escobar Rincón antes del 01/04/1994 cotizó más de 300 semanas al sistema general de pensiones administrado por COLPENSIONES, a partir del 12 de mayo de 2012 con las mesadas adicionales e intereses moratorios del art. 141 de Ley 100/93 o subsidiariamente la indexación, con base en hechos, petitum, pruebas, oposiciones, alegaciones y excepciones suficientemente conocidos y

debatidos por las partes protagonistas de la relación de seguridad social pensional y jurídico procesal en este juicio, enteradas éstas de los fundamentos fácticos probados y argumentos jurídicos de la condena, remitida en apelación por la pasiva y en consulta a favor de la nación que es garante.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN II INSTANCIA:

I.- APELACION que sustenta la pasiva en que: *“Que la pensión de sobrevivientes se genera a la Luz de la normatividad vigente al momento del fallecimiento del afiliado, es decir en el caso de autos en razón a que ese evento acaeció en el año 2012 en vigencia de la Ley 797 de 2003 se exigía tener cotizadas 50 semanas en los 3 años anteriores al fallecimiento, situación particular que no se presenta en el caso, porque entre el 12/05/2009 y 12/05/2012 no tiene semanas, que por principio de favorabilidad no puede convertirse en una cadena del infinito, se debe indicar que este se aplica entre el tránsito legislativo de Ley 100/93 y la Ley 797 de 2003 la cual es la ley inmediatamente anterior a la vigente al fallecimiento, los cuales tendrán derecho a que se les aplique la condición siempre y cuando los afiliados al cambio normativo hubieran cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, que los afiliados al momento del cambio normativo estaban cotizando al sistema pero habían cotizado 26 semanas en el año anterior a la vigencia de la Ley 797 de 2003 situación que no se enmarca en el presente caso porque el causante cotizó hasta el 10/03/2008 y su fallecimiento fue el 12/05/2012 no cumpliendo con los requisitos de la Ley 797 de 2003, ni la Ley 100/93, por lo anterior no es procedente acceder a la pretensión deprecada por la actora, así mismo en caso de no ser de recibo la apelación, solicita se permita a Colpensiones a descontar del retroactivo de las condenas el valor pagado por indemnización sustitutiva reconocida a la demandante en resolución No. 111593 del 27/03/2014. (DVD f. 74 t.t. 36:35).*

II.- CONSULTA: La condenada apela limitada y deficientemente (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.-, comoquiera que para 2017 del presupuesto general de la nación de \$224,4 billones el 17% - debiendo ser de operación/estructural - es para pensiones, equivalente a \$37,6 billones para atender 1.9 millones de jubilados y según ASOFONDOS ese valor sube a los \$45billones con suma de los recursos

propios de COLPENSIONES, agravándose el costo que para 2018 sube el presupuesto general de la nación 1,0, pasando a \$235,6 billones y a pensiones le corresponderá cerca de \$41 billones, \$4 billones más con respecto a 2017, 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 para verificar legalidad, normatividad, argumentos jurisprudenciales y probatorios y cuantía de las condenas.

Por coherencia se estudian los puntos de ataque de la pasiva, que por abarcar la temática debatida en autos, implícitamente se revisa en consulta a favor de la nación, para verificar juridicidad (art.66-A, 69,CPTSS).

COLPENSIONES, a petición de la actora del 31/07/2012 (f.12, c. trib.) negó la pensión de sobrevivientes en resolución GNR 046707 del 22 de marzo de 2013 (f.12-13 c. trib. Doc instancia por la pasiva f.53) por cuanto el causante *“no dejó acreditado el número de semanas exigidos en la Ley, es decir no dejó las 50 semanas requeridas en los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento”* <f.13vto>.

La actora reclamó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes el 12/06/2013 (f.14, c. trib.), concedida en resolución GNR 111593 el 27 de marzo de 2014 (f.14-15,c.trib.), contabilizando un total de 869 semanas y liquidando la suma de \$13.002.553 ingresada en nómina de 2014-04 que se paga en 2014-05<f.15,c.trib.>.

Decisión confirmada por recurso de reposición en resolución GNR 246678 del 05 de julio de 2014 (f.16-17 c. trib.) aduciendo que *“la liquidación de la prestación se basó únicamente en lo reportado por la entidad empleadora a través de la historia laboral, por tal razón la liquidación se efectuó teniendo en cuenta la totalidad de las semanas”* <f.17,c.trib.>.

La actora reclama nuevamente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 25/10/2017 (f.7) negada en resolución SUB 290345 del 15/12/2017 (f.7-12) indicando que: “el causante cumple con los requisitos establecidos por el art. 36 de Ley 100/93 por cuanto al 01/04/1994 cumplía con 61 años, igualmente con lo establecido en el parágrafo 4 transitorio del A.L. 01 de 2005 el régimen de transición del art. 36 de la Ley 100/93 finaliza

el 31/07/2010 y podrá extenderse hasta el año 2014”<f.9>, contando el causante con más de 750 semanas para conservar el régimen de transición por lo que realiza el estudio del cumplimiento de las exigencias de la Ley 33 de 1985 encontrando que no acredita 20 años continuos o discontinuos de servicios públicos, que tampoco cumple con las exigencias de la Ley 71 de 1988 *“solamente acredita 974 semanas y 20 años son 1.029, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez”* <f.9 y 10>, y por último realiza el estudio del cumplimiento de las exigencias del art. 12 del Decreto 758/90 indicando que *“no logra las 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima el 05/06/1973 al 05/06/1993, pues para esta fecha acredita 206 semanas; ni las 1.000 semanas en cualquier tiempo cotizadas exclusivamente para Colpensiones, como quiera que cuenta con 877 semanas”* <f.9vto>, que de igual forma, tampoco cumple con las exigencias del art. 9 de Ley 797 de 2003 pues *“no acredita las 50 semanas en los últimos 3 años a partir de la fecha de fallecimiento”* y que no es posible aplicar la condición más beneficiosa por cuanto *“el afiliado falleció el día 12 de mayo de 2012”* .

La a-quo accede a las peticiones de la actora porque: *“El causante nació el 05/06/1933, por lo que es beneficiario del régimen de transición, por consiguiente, la norma que cubre su derecho pensional es el art. 12 del acuerdo 049/90, (...) cumplió 60 años de edad el 05/06/1993, (...) quien cotizó un total de 881,43 semanas en toda la vida laboral, de las mismas solo 248 corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, que para la a-quo teniendo en cuenta semanas en mora tampoco se cumplen con los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez post-mortem que pretende la demandante (...) por Ley 797 de 2003 se tiene que el causante no cumplió con las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al deceso desde el 12/05/2009 al 12/05/2012 lapso de tiempo durante el cual el afiliado no tiene semanas, por condición más beneficiosa se remite a las exigencias de la Ley 100/93, al respecto se tiene que en la historia laboral se evidencia que el causante al momento del deceso no estaba cotizando, pues su última cotización es del 31/10/2008, por lo que debió haber cotizado 26 semanas en el año inmediatamente anterior, situación que no se cumple, ahora, por condición más beneficiosa se remite a las exigencias del Decreto 758/90, encontrando que el causante cotizó desde el 01/12/1971 al 31/03/1994 un total de 330 semanas, por lo que dejó causada la pensión de sobrevivientes en favor de su cónyuge aquí demandante Herminia Cerquera Martinez a partir del 12/05/2012 en cuantía de 1 SMLMV - liquida un retroactivo pensional no prescrito desde el 03/07/2016 al 30/09/2019 de \$32.784.866 a razón de 13 mesadas anuales, el cual debe ser indexado al momento de su pago; condena también al reconocimiento y pago de los intereses moratorios del art. 141 de Ley 100/93 a partir de la ejecutoria de la sentencia.*

La apelada y consultada sentencia condenatoria se MODIFICA y ADICIONA por las siguientes razones:

MARCO NORMATIVO: Es de precisar que el afiliado ANGEL MARIA ESCOBAR RINCON falleció el 12/05/2012 (f.15), 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:...

(....)

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 07/06/1955 al 03/10/2008 un total de 1.028,43 semanas (como se observa en cuadro inserto más adelante), reportando en la historia laboral 881.43< f.64 vto.>, sin que cumpla con el requisito de la densidad de las 50 semanas en los 3 años anteriores al deceso -12/05/2009 A 12/05/2012 f.15-, que le exige el num.2, art. 12, Ley 797 de 2003 que modifica el art.46, Ley 100/93, sin reportar semanas cotizadas para este periodo, por ende, tampoco cuenta con 26 semanas en el año anterior en primigenio art.46,Ley 100/93, al ser la última semana la del periodo de 03/10/2008 f.66; significa que desde el punto de vista formal no dejó el causante generada la pensión de sobrevivientes. 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 ANGEL MARIA ESCOBAR RINCON prestó servicios como Soldado al Ejército Nacional desde el 07/06/1955 al 21/04/1957 (f.3, c. trib.), posteriormente se afilió al ISS y comenzó a cotizar a partir del 01/12/1971 hasta el 03/10/2008 (f.64-65) un total de 1.028,43 semanas como se observa en cuadro de barrido de semanas inserto más adelante.

Ahora, en cuanto a la acumulación del tiempo prestado al servicio militar para el reconocimiento de la prestación se ha establecido por el alto órgano constitucional:

“5.1.4.3. Finalmente, sostuvo la Corporación que el cómputo del tiempo de servicio militar, es aún compatible con los postulados introducidos por el Sistema General de Seguridad Social previsto en la Ley 100 de 1993, que contempla un régimen pensional en el que imperan las cotizaciones y los aportes efectivamente realizados al sistema, como presupuesto básico para acceder al reconocimiento de una pensión de vejez. A dicha conclusión arribó este Tribunal, atendiendo tres razones fundamentales:

(i) La prerrogativa prevista en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, tiene una vocación de aplicación general y universal, por lo que cobija a todo ciudadano que haya prestado el servicio militar, incluso si el mismo se llevó a cabo con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma, en virtud del principio de favorabilidad. Suponer lo contrario conllevaría, a juicio de la Sala, una violación al derecho fundamental a la igualdad.

(ii) El cómputo de las semanas correspondientes a la prestación del servicio militar, con el propósito de reconocer una pensión al amparo de lo previsto en la Ley 100 de 1993 o de otro régimen especial que exija la efectiva realización de una cotización, conlleva la obligación a cargo de la Nación de emitir el correspondiente bono pensional o cuota parte por dicho lapso de tiempo (cuando la prestación del servicio se realizó con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993), o incluso realizar directamente el aporte al régimen pensional que haya sido elegido por el ciudadano (cuando la prestación del servicio haya tenido lugar con posterioridad a la vigencia de dicha ley), en ambos casos tomando como referencia el salario mínimo legal vigente.

(iii) El cómputo del tiempo para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez previsto en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, constituye un desarrollo concreto del artículo 216 de la Constitución Política, conforme al cual le corresponde al legislador determinar las prerrogativas de quienes prestan el servicio militar. En este sentido, esta regla responde a una consideración especial frente a quien se le exige incorporarse a la Fuerza Pública, a través de la cual se busca compensar por parte del Estado, el tiempo en

el que no se brindó la oportunidad de realizar, directamente o por su propia elección, aportes al sistema. (T-663-2016 DEL 29/11/2016 M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA).

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 ella.

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 07/06/1955 al 03/10/2008 un total de 1.028,43 semanas<f.64 a 66>, que fueron fraguadas 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, 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 12/05/2012 (f.15), 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 ANGEL MARIA ESCOBAR RINCON, 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 428.14 semanas (cuadro inserto), 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, acta N^o 41 Mag. Ponente 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 330 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 el demandante reclama su derecho con base en las nuevas posiciones de las cortes y como quiera que a su edad [HERMINIA CERQUERA MARTINEZ, nacida el 17/04/1943 (f.13) para el fallecimiento de su cónyuge -12/05/2012 f.15- contaba con 69 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 2003¹.

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

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

cotizadas antes del fallecimiento que exigía el Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990)², derogado por la Ley 100 de 1993³, que, a su vez, en este aspecto, fue modificada por la Ley 797 de 2003⁴ -o de un régimen anterior-.

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 07/06/1955 al 03/10/2008 un total de 1.028,43 semanas cotizadas <como se observa en cuadro inserto más adelante>, de las cuales 428.14 semanas fueron cotizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100/93 <01-04-1994> número suficiente para financiar la pensión de sobreviviente para su viuda 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 el viudo e hijo 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 la afiliada y cualquier semana

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 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.

adicional sólo contribuye a financiar por solidaridad <art.95,CPCo.> el fondo común con un total de 1.028,43 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 330 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 1.028,43 semanas, de las cuales 428.14 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 12/05/2012 (f.15), en cuantía de 1 SMLMV, barrido de semanas que se observa en cuadro inserto:

FECHAS DETERMINANTES DEL CÁLCULO						
FECHA DEL FALLECIMIENTO	12/05/2012					
Conteo semanas desde:	12/05/2009					
Conteo semanas hasta:	12/05/2012					

EMPLEADOR	TOTAL SEMANAS COTIZADAS					
	DESDE	HASTA	DIAS	TOTAL SEMANAS	FOLIOS	NOTAS
MIN DEFENSA	07/06/1955	21/04/1957	685	97,86		
TRANSPORTE RAPIDO PU	01/12/1971	15/02/1976	1538	219,71	f.64	
COOP DE TRANSP DEL P	17/02/1992	31/03/1994	774	110,57	f.64	
COOP DE TRANSP DEL P	01/04/1994	30/09/1994	183	26,14	f.64	
COOTRANSMAYO LTDA	01/06/1996	31/01/1998	600	85,71	f.64	
COOTRANSMAYO LTDA	01/02/1998	30/06/1998	150	21,43	f.65	
TRANSPORTADORES DE IPIALES	01/07/1998	01/11/1998	121	17,29	f.65	
COOTRANSMAYO LTDA	02/11/1998	11/11/2001	1090	155,71	f.65 y vto.	
ECOTRANS - ORITO LTDA	03/01/2002	28/02/2002	56	8,00	f.65 vto.	
ECOTRANS - ORITO LTDA	01/03/2002	30/11/2002	270	38,57	f.65 vto.	
UT ECOTUR	01/01/2003	31/01/2003	30	4,29	f.65 vto.	
UT ECOTUR	01/03/2003	30/04/2003	60	8,57	f.65 vto.	
UT ECOTUR	01/05/2003	31/05/2003	30	4,29	f.65 vto.	
UT ECOTUR	01/06/2003	15/12/2003	195	27,86	f.65 vto.	
UT ORITUTURS	16/12/2003	27/01/2005	402	57,43	f.65 vto.	Reporta 30 días por mes pero paga 28 se aplica periodo completo
UT ORITUTURS	01/02/2005	27/02/2005	27	3,86	f.65 vto.	
UT ORITUTURS	01/03/2005	14/05/2005	74	10,57	f.66	Reporta 30 días por mes pero paga 27 se aplica periodo completo -RETIRO
MULTISERVICIOS CONTRATADOS	15/05/2005	31/05/2005	16	2,29	f.66	
MULTISERVICIOS CONTRATADOS	01/06/2005	29/07/2005	59	8,43	f.66	
MULTISERVICIOS CONTRATADOS	30/07/2005	31/08/2006	391	55,86	f.66	
MULTISERVICIOS CONTRATADOS	01/10/2006	31/05/2007	240	34,29	f.66	Retiro
MULTISERVICIOS CONTRATADOS	01/12/2007	09/12/2007	9	1,29	f.66	1000,00
MULTISERVICIOS CONTRATADOS	10/12/2007	15/12/2007	6	0,86	f.66	
MULTISERVICIOS CONTRATADOS	01/02/2008	10/02/2008	10	1,43	f.66	
MULTISERVICIOS CONTRATADOS	01/04/2008	30/04/2008	30	4,29	f.66	
MULTISERVICIOS CONTRATADOS	01/05/2008	03/10/2008	153	21,86	f.66	
TOTAL SEMANAS COTIZADAS				1028,43		
SEMANAS COTIZADAS ANTES DEL 01/04/1994				428,14		
SEMANAS COTIZADAS EN LOS 3 AÑOS ANTERIORES AL FALLECIMIENTO DESDE EL 12/05/2009 a 12/05/2012				0,00		
SEMANAS COTIZADAS EN EL AÑO ANTERIOR AL FALLECIMIENTO DESDE EL 12/05/2011 a 12/05/2012				0,00		
TOTAL SEMANAS COTIZADAS AL 29/07/2005				908,57		

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que el afiliado Ángel María Escobar Rincón dejó causada la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios a partir del 12 de mayo de 2012<f.15> en cuantía de 1 SMLMV - \$ 566.700,00- monto calculado por la a-quo no objetado por la actora.

PRUEBA CONVIVENCIA.- Precisando que el artículo 47, Ley 100/93, y art. 13, Ley 797/03, no exigen dependencia económica, su presupuesto es la convivencia en los cinco años anteriores al deceso 12/05/2012 (f. 15), la actora contrajo matrimonio católico con el causante el 13 de noviembre de 1977 (f.6 c. trib.); que no es necesario demostrar ante el estrado judicial la convivencia cuando ya ha sido reconocida por la misma entidad demandada,

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.”*

Sin embargo, la actora demuestra la convivencia con la declaración de parte rendida en la que manifestó: *“que conoció al señor Angel María Escobar en el año 1977 en Putumayo en Pasto, que él era conductor de camión, que contrajeron matrimonio en una iglesia en pasto, el último lugar de residencia de Ángel fue en Pasto Corazón de Jesús, las causas del fallecimiento de Ángel fue por un cáncer, los gastos fúnebres fueron cubiertos por la demandante a quien le tocó pedir prestado, que Ángel tuvo 2 hijos por fuera del matrimonio pero ya son mucho mayores, ellos están antes de que se casaran (DVD f. 74 t.t. 09:00)”*, y la declaración testimonial de JUANA GOMEZ MARTINEZ quien manifestó: *“que conoció a la demandante porque ellos son vecinos ene l barrio Corazón de Jesús de Pasto, que conoció a la señora Herminia y a Ángel desde hace 35 años, ellos eran casados, vivían bien, que doña Herminia era ama de casa, ella nunca trabajó, la pareja nunca se separaron, ellos compartían techo, lecho y mesa como esposos, ellos procrearon 5 hijos, que Herminia vive actualmente sola porque los hijos tienen sus obligaciones, que Ángel antes de su fallecimiento vivía con su esposa, que Ángel era quen le proveía los gastos a Herminia (DVD f.74 t.t. 04:00)”*

Dichas declaraciones, que para la Sala son de plena credibilidad por su cercanía con la pareja, y demuestran la convivencia desde el 13/11/1977 (fecha de celebración del matrimonio católico f.6 c. trib.) hasta el 12/05/2012 día en del deceso del causante, superando en total los 05 años que exige la regla.

En autos nadie le disputa el derecho a la demandante, por lo que corresponde el ciento por ciento de la pensión de sobrevivientes dejada causada por el afiliado, con la mesada adicional de diciembre, de manera vitalicia al tener más de 30 años al deceso del causante -12/05/2012 f.15), por haber nacido 17/04/1943 (f.13) y aumentos del art. 14, Ley 100/93 en cuantía de 1 SMLMV - \$ 566.700,00- a partir del 12/05/2012, si no fuera planteada por la pasiva la excepción de **PRESCRIPCIÓN** -arts.488 del CST y 151 del CPTSS- (f. 36), la reclamación de reconocimiento de la prestación la hizo el 31/07/2012 (f.12 c. trib.) negada en resolución GNR 046707 del 22 de marzo de 2013 (f.12-13) quedando en firme la misma sin haber hecho uso de los recursos, sin que nuevas peticiones interrumpen nuevamente la prescripción, y la demanda fue presentada el 03 de julio de 2019 (f.1 y 6), por lo que todo lo generado con anterioridad al 03/07/2016 se encuentra prescrito, así lo dispuso la a-quo< f.68>, por lo que se mantiene.

Liquidado el retroactivo pensional no prescrito generado desde el 03 de julio de 2016 hasta el 28 de febrero de 2020 a razón de 13 mesadas anuales corresponde a la suma de **\$37.047.802,33**, del cual se deben realizar los descuentos de ley para salud, a partir del 01 de marzo de 2020 la mesada corresponde a la suma de **\$877.803,00** sin perjuicio de los aumentos de ley –art. 14 Ley 100/93, por lo que se modifica el resolutivo TERCERO, como se observa en cuadro inserto No. 2:

FECHAS DETERMINANTES DEL CÁLCULO			
Deben mesadas desde:			03/07/2016
Deben mesadas hasta:			29/02/2020
EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES.			
CALCULADA		No. Mesadas	RETROACTIVO
AÑO	MESADA		
2016	\$ 689.455,00	6,93	\$ 4.780.221,33
2017	\$ 737.717,00	13,00	\$ 9.590.321,00
2018	\$ 781.242,00	13,00	\$ 10.156.146,00
2019	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,00
2020	\$ 877.803,00	2,00	\$ 1.755.606,00
TOTAL RETROACTIVO PENSION			\$ 37.047.802,33

El retroactivo pensional generado debe ser indexado, pues obedece al hecho notorio que no requiere prueba de que la economía del país es de estirpe inflacionaria, es de justicia material que se le pague el valor real y no nominal de las mesadas que integran el retroactivo, por lo que se condena a la pasiva a pagar la indexación conforme a la fórmula $VA = VH \times IPCFINAL / IPC INICIAL$, tomando como fecha inicial la de causación de cada mesada y como fecha final el día anterior en que quede ejecutoriada la sentencia proferida por la a-quo, lo anterior en razón a que esta es incompatible con los intereses moratorios del art. 141 de Ley 100/93 condenados, por lo que se modifica el resolutivo TERCERO.

Del retroactivo pensional se autoriza el descuento de lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes reconocida a la actora en resolución GNR 111593 del 27 de marzo de 2014 en la suma nominal de **\$13.002.553** (f.14-15 c. trib.), prosperando parcialmente el recurso de alzada de la pasiva.

En cuanto a los intereses del art. 141, Ley 100/93, los mismos son incompatibles con la indexación que se da hasta su pago efectivo, no son procedentes y se revoca el resolutivo cuarto, para absolver a la pasiva.

No se prueban las restantes excepciones (f.36)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

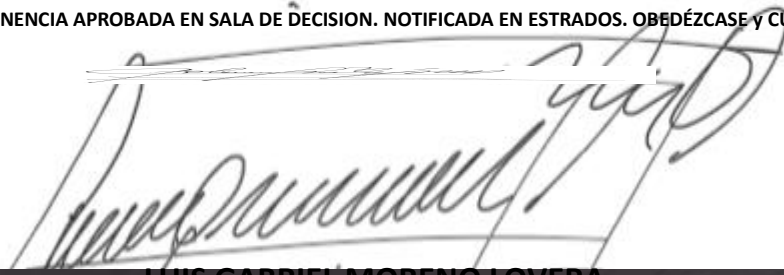
RESUELVE

MODIFICAR y ADICIONAR el resolutivo **TERCERO** de la consultada y apelada sentencia condenatoria No. 293 del 30 de septiembre de 2019, en el sentido de que retroactivo pensional no prescrito generado desde el 03 de julio de 2016 hasta el 29 de febrero de 2020 a razón de 13 mesadas anuales asciende a la suma de **\$37.047.802,33**, del cual se debe realizar el descuento de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes reconocida a la

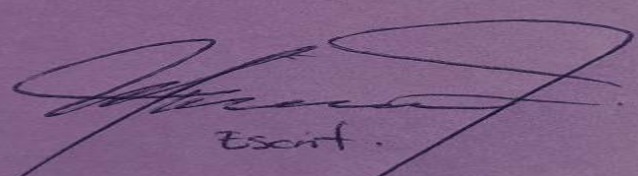
actora en resolución GNR 111593 del 27 de marzo de 2014 en la suma nominal de **\$13.002.553** (f.14-15 c. trib.); a partir del 01 de marzo de 2020 la mesada corresponde a la suma de **\$877.803,00** sin perjuicio de los aumentos de ley –art. 14 Ley 100/93, el retroactivo pensional deberá ser indexado en lo no prescrito desde el momento de su causación y hasta su efectivo pago. Por lo que se revoca el resolutivo cuarto para absolver a la pasiva de intereses moratorios de toda clase. En lo demás **se confirma en lo sustancial. SIN COSTAS** en consulta, como tampoco en apelación por haber prosperado parcialmente el recurso de alzada. **DEVUÉLVASE** el 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
2019-00377



Escrit.

MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO
2019-00377

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carlos Alberto Oliver Galé', is written over three horizontal lines. The signature is stylized and cursive.

SALVA VOTO PARCIAL
CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

2019-00377