

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL**Ordinario: DEYANIRA LOBOA DE MOSQUERA C/: COLPENSIONES.****Radicación N°76-001-31-05-016-2018-00502-01****Juez 16° Laboral del Circuito de Cali****Santiago de Cali, veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020), hora 03:00 p.m.****ACTA No.044**

El ponente, magistrado **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**, en virtualidad TIC'S por la pandemia COVID 19 <art.215, C.P.Co.; Decretos 417 y 637 del 17 de marzo y 06 de mayo de 2020, 491, 564, 806, 990 y 1076 de 2020>, conforme con el procedimiento de los arts.11 y 12, Decreto legislativo 491, 564 y art.15, Decreto 806 del 04 de junio de 2020, y Acuerdos 11567-CSJ del 05 de junio de 2020 11581 y 11623 de agos-28 de 2020, y demás reglas procedimentales de justicia digital en pandemia, procede dentro del proceso de la referencia a hacer la **notificación, publicidad virtual y remisión** al enlace de la Rama Judicial link de **sentencia escritural virtual del Despacho**,

SENTENCIA No.1515

DEYANIRA LOBOA DE MOSQUERA ha convocado a la pasiva para que la jurisdicción la condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 27/10/2012 aplicando el principio de la condición más beneficiosa para que sea estudiada conforme a las disposiciones del Decreto 758/90, junto con los intereses moratorios del art. 141 de Ley 100/93 y en subsidio la indexación,..... 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 la 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: *“No se puede desconocer los pronunciamientos de la Sala Laboral de la CSJ respecto de la aplicación exclusiva de la norma inmediatamente anterior a su deceso, para lo cual es imposible conceder la condición más beneficiosa bajo el decreto 758/90, cuando el afiliado pensionado fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003 (DVD f. 72 t.t. 24:00). (DVD f.95 t.t. 21:00)”*

II.- CONSULTA: La condenada demandada ejerció deficientemente 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.

El ISS hoy COLPENSIONES a petición del causante del 21/08/2001 (f.23) en resolución No. 001766 del 19/03/2002 (f.23) reconoció la indemnización sustitutiva de pensión de vejez en cuantía de \$3.962.268, teniendo en cuenta para ello que cotizó un total de 689 semanas.

COLPENSIONES, a petición de la actora del 18/01/018 (f.24) en resolución SUB 67460 del 13/03/2018 (f.24-27), negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por cuanto *“una vez verificado el aplicativo de nómina de pensionados, se estableció que el pago único \$3.962.268 reconocido por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez a favor del causante no se encuentra reintegrado, es decir que fue girado y cobrado, por lo anterior, se genera la incompatibilidad que contempla el art. 6 del Decreto 1730 de 2001”*.

La a-quo accedió a las pretensiones de la actora considerando lo siguiente: *“El causante cotizó un total de 692.43 semanas en toda su vida laboral, de las cuales 0 semanas fueron cotizadas en los 3 años anteriores a su deceso, por lo que no cuenta con las 50 semanas exigidas en la Ley 797 de 2003, por condición más beneficiosa se remite a las disposiciones del Decreto 758/90, encontrando que el*

causante cotizó 689.86 semanas antes de entrar en vigencia la Ley 100/93, dejando acreditado el requisito mínimo de semanas exigidos en el decreto 758/90, por lo que se reconocerá en cabeza de la actora la pensión de sobrevivientes por la muerte de su esposo a partir del 27/10/2012 con las mesadas adicionales y en cuantía de 1 SMLMV, liquidando pensional no prescrito generado desde el 18/01/2015 hasta el 31 de enero de 2020 de \$51.765.257,33, suma que deberá ser indexada al momento en que se efectúe su pago, del cual se deben realizar los descuentos de Ley para salud, absuelve de intereses moratorios.”

MARCO NORMATIVO: Es de precisar que el afiliado SEVERIANO MOSQUERA GOMEZ falleció el 27/10/2012 (f.10), 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 párrafo 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 03/01/1973 al 04/09/2010 un total de 692.43 semanas (f.18), sin que cumpla con el requisito de la densidad de las 50 semanas en los 3 años anteriores al deceso -27/10/2009 al 27/10/2012, f.10-, que le exige el num.2, art. 12, Ley 797 de 2003 que modifica el art.46, Ley 100/93, toda vez que tan sólo cuenta con 0.57 semanas cotizadas, teniendo como última semana efectuada el 4/9/2010<f.18>.

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 SEVERIANO MOSQUERA GOMEZ se afilió al ISS y comenzó a cotizar a partir del 03/01/1973 AL 04/09/2010 <f.19>, un total de 692.43 semanas <f.18>

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 03/01/1973 AL 04/09/2010 <f.18>, un total de 692,43semanas <f.18>, de las cuales 689,86 semanas fueron efectuadas 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.18), 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 27/10/2012 (f. 10), 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 SEVERIANO MOSQUERA GOMEZ, 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 689,86 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 transcritos 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 persona 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 [DEYANIRA LOBOA DE MOSQUERA, nacida el 24/10/1943 (f.13) para el fallecimiento de su cónyuge -27/10/2012 f.10- contaba con 69 años de edad, nadie le da empleo], 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 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*

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 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.

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 03/01/1973 AL 04/09/2010 <f.18>, un total de 692.43 semanas <f.18>, de las cuales 689,86 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 692.43 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 689,86 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 27/10/2012 (f. 18), en cuantía de 1 SMLMV.

9.- BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.- Respecto del derecho que le asiste a la señora DEYANIRA LOBOA DE MOSQUERA como

cónyuge del causante (f.11), demostrando la convivencia a través de la declaración notarial de IMER ARARAT CAICEDO quien manifestó: *“conocer de vista, trato y comunicación por un espacio de 30 años desde el año 1988 al señor Severiano Mosquera Gomez quien estuvo casado durante 48 años desde el 05/09/1964 hasta la fecha de su fallecimiento ocurrido el 27/10/2012, .. caracterizada por vida en común, ayuda, socorro mutuo, sostenimiento de casa y demás gastos del hogar, de cuya unión procrearon 7 hijos, hoy en día mayores de edad”* y declaración notarial de ALBERTO ALONSO CARABALI quien manifestó: *“conocer de vista, trato y comunicación por un espacio de 25 años desde el año 1987 al señor Severiano Mosquera Gomez quien estuvo casado durante 48 años desde el 05/09/1964 hasta la fecha de su fallecimiento ocurrido el 27/10/2012, ... caracterizada por vida en común, ayuda, socorro mutuo, sostenimiento de casa y demás gastos del hogar, de cuya unión procrearon 7 hijos, hoy en día mayores de edad”*

De igual forma, se recibieron las declaraciones en sede judicial de ONESIMO DIAZ SAMBONI quien manifestó: *que conoce a la actora y al causante Severiano Mosquera desde hace un buen tiempo, en el año 1983 en que la testigo llegó a la misma cuadra del barrio Marroquín 1 en que ellos vivían, se presentaron como vecinos, inicialmente Severiano y luego él le dijo que le presentaba a su esposa y a sus hijos que eran 7, convivían bajo el mismo techo, ellos convivieron hasta que él se enfermó y se fue al Hospital Departamental, al parecer a él le dio un derrame que la testigo hasta fue a visitarlo al hospital, él murió en el hospital más o menos el 25-27 de octubre de 2012, asistió al velorio y al entierro, ahí estaba toda la familia de él, la señora Deyanira e hijos, ellos nunca se separaron, indica que el causante era mayordomo en una finca, él trabajaba allá, entonces mantenía el hogar y que los hijos también le ayudaban a su madre porque ella no laboraba, luego que murió el causante, se sostenía la actora de la ayuda de sus hijos, indica que no los visitaba pero que eran vecinos porque vivían en la 3er casa de la testigo, que se veían afuera,*

jugaban parqués los fines de semana, que en semana no lo veía porque él trabajaba de lunes a sábado (DVD f. 72 t.t. 04:50) y la declaración de MARIA JOSEFA MINA quien manifestó que: “Indica que conoce a la demandante desde los 6 o 7 años de edad, que la demandante y Severiano al principio trabajaban cuidando fincas en el cauca, y luego se vinieron a vivir a marroquín a Cali, ellos tuvieron 7 hijos, murió uno pequeñito, ellos convivieron hasta que Severiano falleció en el año 2012 la testigo asistió al entierro, sabe que Severiano estuvo enfermo entonces ella y los hijos lo estuvieron cuidando, que la demandante era modista y cocía, hacía uniformes, que ellos dos velan por el sostenimiento del hogar, que la actora continuó ejerciendo la modistería hasta cierto tiempo, pero ya no la ejerce, porque ella se la pasa muy enferma, y ahora le ayudan los hijos. (DVD f. 72 audio 2 t.t. 00:50)” .

Versiones que allegan convicción y certeza, por razón de su dicho<art.61,CPTSS>, para predicar que la actora es la esposa y convivió con el causante hasta sus últimos días, cumpliendo los cinco años que exige la regla de convivencia, y fundar la condena a su favor, le corresponde en favor de la actora el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el deceso de su cónyuge (f.11) a partir del fallecimiento de este -27/10/2012 f.10- actora quien contaba con 69 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.46), para ello se tiene que la actora reclamó el reconocimiento de la prestación el 18/01/2018 (f.24), negada en resolución SUB 67460 del 13/03/2018 (f.24-27) y la demanda fue presentada el 25/09/2018 (f.9 y 36), por lo que todo lo generado con anterioridad al 18/01/2015 -trienio anterior a la reclamación presentada- se encuentra prescrito.

Liquidado el retroactivo pensional no prescrito generado desde el 18/01/2015, actualizado al 30/06/2020 a razón de 13 mesadas anuales por causarse la prestación con posterioridad al 31/07/2011 -inc. 8 parág. 6 art. 1 A.L. 01/2005- y no como erradamente lo indicó la a-quo -14 mesadas f.68-70- corresponde a la suma de **\$52.753.126,33**, suma que debe ser indexada al momento de su pago<conforme sentencia a-quo>, del cual se autoriza a la pagadora para que descuente los aportes de ley para salud, a partir del 01/07/2020 la mesada corresponde al SMLMV de **\$877.803,00** sin perjuicio de los aumentos de Ley, por lo que se modifica el resolutivo SEGUNDO y TERCERO. Como se observa en cuadro inserto:

| FECHAS DETERMINANTES DEL CÁLCULO | | | |
|-----------------------------------|---------------|-------------|------------------|
| Deben mesadas desde: | | 18/01/2015 | |
| Deben mesadas hasta: | | 30/06/2020 | |
| | | | |
| EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES. | | | |
| CALCULADA | | No. Mesadas | RETROACTIVO |
| AÑO | MESADA | | |
| 2015 | \$ 644.350,00 | 12,43 | \$ 8.011.418,33 |
| 2016 | \$ 689.455,00 | 13,00 | \$ 8.962.915,00 |
| 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 | 6,00 | \$ 5.266.818,00 |
| TOTAL RETROACTIVO PENSION | | | \$ 52.753.126,33 |

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 vejez reconocida al causante en vida en resolución No.001766 del 19/03/2002 en la suma nominal de **\$3.962.268**, por lo que se adiciona la apelada y consultada sentencia condenatoria.

No prosperan las restantes excepciones planteadas por la pasiva (f.46-47)

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 y ACTUALIZAR los resolutivo SEGUNDO y TERCERO de la apelada y consultada sentencia condenatoria No. 02 del 28 de enero de 2020, en el sentido de que el retroactivo pensional no prescrito generado desde el 18 de enero de 2015 actualizado hasta el 30 de junio de 2020 a razón de 13 mesadas anuales corresponde a la suma de la suma de **\$52.753.126,33**, 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 y lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez reconocida al causante en vida en resolución No.001766 del 19/03/2002 en la suma nominal de **\$3.962.268**; a partir del 01/07/2020 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 novecientos mil pesos como agencias de derecho. **LIQUIDENSE** según art.366, CGP. **DEVUELVA** expediente a su origen.

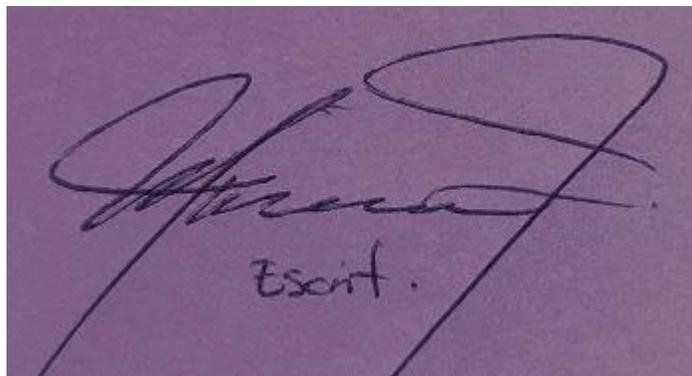
SENTENCIA LEIDA ES PONENCIA APROBADA EN SALA DE DECISION _____. NOTIFICADA EN LINK DEL DESPACHO.

OBEDÉZCASE y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
2018-00502



MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO
2018-00502



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
2018-00502