



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 013

Audiencia número: 109

En Santiago de Cali, a los diecinueve (19) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, ALVARO MUÑOZ AFANADOR y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y de conformidad con el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, modificatorio del artículo 82 del CPL y SS nos constituimos en audiencia pública con el fin de resolver el recurso de apelación de la sentencia número 141 del 23 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por GUSTAVO CASTIBLANCO BARRERA contra PORVENIR S.A., COLPENSIONES y llamado en garantía BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.

AUTO NÚMERO: 481

RECONOCER personería al doctor SANTIAGO MUÑOZ MEDINA, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.915.453, con tarjeta profesional número 150.960 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandatario judicial de COLPENSIONES

ACEPTAR la sustitución del mandato a favor de SANDRA MILENA PARRA BERNAL, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.875.384, abogada con tarjeta profesional número 200.423 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como



apoderada de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder allegado a esta Sala de manera virtual.

La anterior decisión quedará notificada con la sentencia que ha continuación se profiere.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de Colpensiones, al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, manifiesta que se sostiene en los argumentos de hecho y de derecho que sirvieron de base para la contestación de la demanda y en lo que resulte probado dentro del proceso.

De otro lado, el apoderado de Porvenir S.A. considera que se debe absolver a esa entidad de todas las pretensiones porque no se cumple con el número de semanas que debió dejar cotizadas la afiliada y que no hay lugar a que esa entidad sea condenada a pagar costa a la aseguradora.

El mandatario judicial de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. al formular alegatos de conclusión, considera que debe ser confirmada la decisión de primera instancia, porque la señora Carmen Julia Vaquero Umaña (q.e.p.d.) no dejó 50 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a su deceso y no es procedente la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, porque éste tiene una aplicación temporal, por lo que el hecho generador de la prestación debe haber acaecido entre diciembre de 2003 a diciembre de 2006.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA N. 093

Pretende el demandante que se condene a la sociedad demandada a reconocerle la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañero permanente de la señora Carmen



Julia Vaquero Umaña, a partir del 03 de octubre de 2005. Reclamando los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. O subsidiariamente la indexación.

En sustento de esas peticiones, anuncia el actor que la señora CARMEN JULIA VAQUERO UMAÑA estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, cotizando 501 semanas con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de la Seguridad Social en pensiones, es decir, antes del 01 de abril de 1994 y ella posteriormente se traslada al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A.

Que la señora Carmen Julia Vaquero Umaña fallece el 03 de octubre de 2005. Habiendo convivido con el actor por espacio de 13 años, convivencia que fue continua y de dicha unión procrearon 3 hijos que en la actualidad son mayores de edad.

Que el demandante reclamó la pensión de sobrevivientes y mediante comunicado del 24 de junio de 2010 le negó el derecho, argumentando que la señora Carmen Julia Vaquero Umaña, no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a su deceso.

Reclama el actor que para el reconocimiento de la pensión se de aplicación al principio de la condición más beneficiosa de conformidad con precedentes jurisprudenciales

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

PORVENIR S.A. al dar respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones porque la causante no dejó cotizadas el numero de semanas que exige el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, esto es, 50 semanas en los últimos tres años anteriores a su muerte y además, se debe acreditar la convivencia. Formula la excepción previa de llamado en garantía, solicitando se cite al proceso a BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. Plantea como excepciones de fondo que denominó: inexistencia de las obligaciones pretendidas, cobro



de lo no debido y falta de causa para pedir, ausencia de intereses cuando el reconocimiento pensional se sustenta en la condición más beneficiosa, autorización de descuento de aportes a salud, prescripción, compensación, buena fe, afectación de sostenibilidad del sistema pensional y la innominada o genérica.

El llamamiento en garantía lo fundamenta en la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia para el financiamiento y pago de las pensiones de invalidez y/o supervivencia de sus afiliados y se comprometió a pagar la suma adicional requerida para financiar el capital necesario para el pago de las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivencia y las incapacidades, con vigencia desde 1995 al 2009.

BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. al dar respuesta expone que no le consta la convivencia de Carmen Julia Baquero Umaña y además no presenta las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores al deceso, como lo establece el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Oponiéndose a las pretensiones y formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de responsabilidad a cargo de la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A., imposibilidad de aplicar la condición más beneficiosa, prescripción, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido por falta de legitimación en la causa por activa y pasiva y la genérica.

Se vincula a Colpensiones (pdf. 18), quien al dar respuesta expuso no constarle los hechos y las pretensiones no están dirigidas contra esa entidad. Planteando las excepciones de mérito que denomina: inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, compensación y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió, con sentencia mediante la cual la operadora judicial declara probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, llamada en garantía y la integrada en litis, particularmente la de inexistencia de las obligaciones pretendidas e inexistencia de la obligación de otorgar pensión, absolviendo a la entidad de seguridad



social de las pretensiones. Además, condena en costas a Porvenir S.A y a favor de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, la A quo da aplicación al principio constitucional de la condición más beneficiosa, y al analizar el test de procedencia expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU 005-2018, consideró que éste no fue superado por el actor, en primer lugar, porque no hace parte de un grupo de especial protección, porque al fallecimiento de su compañera permanente tenía 35 años de edad, no acredita enfermedad u otra circunstancia que permiten establecer que se encuentra dentro de esa primera condición. Además, no se le ha afectado el mínimo vital porque al momento del deceso de su compañera permanente éste laboraba y lo siguió haciendo, sin que su situación económica hubiese variado. Aunado a lo anterior, el demandante claramente expuso que no dependía económicamente de la causante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada del actor al formular el recurso de alzada pretende la revocatoria de la providencia impugnada y para lograr tal cometido, argumenta que el demandante si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación de la condición más beneficiosa, encontrándose acreditados los requisitos previstos en el Decreto 758 de 1990. Que se debe tener en cuenta las declaraciones, que acredita la convivencia del actor con la causante por 13 años, donde además, se supera el test de procedencia, porque se debe tener en cuenta que el actor es padre cabeza de familia y que después del fallecimiento de su compañera permanente tuvo dificultades para sacar adelante a sus hijos que en ese entonces eran menores de edad, como lo indicaron los testigos y si éste no reclamó oportunamente el derecho fue por desconocimiento de la norma.

El apoderado de PORVENIR S.A. censura la condena impuesta de pagar costas a BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., argumentando que la entidad de seguridad social



fue absuelta y el llamamiento en garantía se hizo ante la póliza del seguro previsional para el financiamiento de la prestación reclamada por el actor.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a los argumentos expuestos al formularse el recurso de apelación corresponderá a la Sala determinar si hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, de ser afirmativa la respuesta se analizará si la parte actora acredita la calidad de beneficiario de esa prestación. Además, se definirá si es procedente la condena en costas a cargo de la entidad que llama en garantía a la aseguradora y a favor de ésta.

Encuentra la Sala que no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos:

1. El fallecimiento de la señora CARMEN JULIA BAQUERO UMAÑA, hecho que acaecido el 03 de octubre de 2005, como se acredita con la copia del registro civil de defunción (pdf. 01)
2. La afiliación de la señora Carmen Julia Baquero Umaña, a Colpensiones, entidad a la cual cotizó 500 semanas de manera interrumpida y que corresponden al período entre el 07 de octubre de 1981 al 02 de enero de 1992 (pdf. 43)
3. La vinculación de la señora Carmen Julia Baquero Umaña con Horizontes Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., hecho que se desprende de la comunicación que Horizontes S.A. envió al actor, donde afirma que la señora Baquero Umaña se vincula al RAIS el 29 de agosto de 1994. Documental en la que se señala que la señora Baquero Umaña era madre de: Dayan Estefani, Gustavo Adolfo y Jenny Paola Castiblanco Baquero y que no se concede la prestación por no tener semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento. (pdf. 01)

De acuerdo con la fecha del deceso de la señora CARMEN JULIA BAQUERO UMAÑA, hecho que acaecido el 03 de octubre de 2005, data para la cual se encuentra vigente la Ley 797 de 2003, que en el artículo 12 dispone:



“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 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..”:*

Como quiera que uno de los puntos en discusión es determinar el número de semanas cotizadas por la afiliada fallecida, dentro de los tres años inmediatamente anteriores, razón por la cual, la Sala decretó una prueba de oficio, consistente en solicitarle a la demandada PORVENIR S.A. información del tiempo cotizado por la señora CARMEN JULIA BAQUERO UMAÑA, quien envía la historia laboral, indicando que tiene 500.7 semanas cotizadas en entidades públicas y cero semanas en el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual. Certificando ASOFONDOS que la afiliada hizo solicitud de traslado de Colpensiones a Porvenir S.a. el 19 de mayo de 2003, con efectividad a partir del 01 de julio de 2003. traslado de régimen pensional (pdf 28)

Allegamos copia del pantallazo una de las respuestas:



Respetados Señores:

En atención al Auto de la referencia, por el cual se comunica la decisión tomada y que está dirigida a esta administradora de pensiones, en la que ordena a Porvenir allegar la historia laboral de la causante CARMEN JULIA BAQUERO UMAÑA, quien en vida se identificaba con la cédula No. 21.060.469, en la cual se detalle los periodos de cotización realizados a esa sociedad.

Es procedente indicar al Honorable Despacho Judicial que, se procede a enviar el informe de aportes y de movimientos en donde podrá observar que en Porvenir SA no se efectuó cotización alguna por concepto de cotizaciones por lo que no hay saldo en la cuenta:

Cuenta	Folio	Tipo Id	Identificación	Primer apellido	Segundo apellido	Primer nombre	Segundo nombre	Estado afiliado	
6477548	6989008	CC	21,060,469	BAQUERO	UMAÑA	CARMEN	JULIA	PRESTACION_DEFINIDA	
Fondo				Obl. \$ en cuenta	Obl. uni. en cuenta	Obl. \$ en movimiento	Obl. uni. en movimiento	Dif. obl. \$	Dif. obl. uni.
Pen. Obl. Moderado				0	0.00000000	0	0.00000000	0	0.00000000
Pen. Obl. Conservador				0	0.00000000	0	0.00000000	0	0.00000000

En los anteriores términos hemos atendido su requerimiento, sea esta la oportunidad para renovar nuestro interés y ánimo de colaboración en gestiones futuras.

Cordialmente,


JOHANA ANDREA LESMES MENDIETA
Directora Jurídica Contenciosa

De acuerdo con la anterior respuesta, en la que Porvenir S.A. reitera que la señora CARMEN JULIA BAQUERO UMAÑA “no efectuó cotización alguna por concepto de cotizaciones”, acompañándose además, la historia laboral que refleja la falta de cotizaciones de la señor Baquero Umaña al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conllevará a determinar si la sola afiliación a ese régimen se perfecciona con el simple diligenciamiento, firma y tramitación del formulario de vinculación, o si, por el contrario, ese acto además requiere de las cotizaciones que permitan concretar la voluntad del afiliado y materializar la vinculación.

Para dar respuesta a ese interrogante, la Sala acoge lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL 413, radicación 52704 del 2018, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cuyo aparte es del siguiente tenor:

“Frente a este tópico, a partir de la sentencia SL 42787, 13 mar. 2013 esta Sala de la Corte fijó la regla según la cual el simple diligenciamiento del formulario de vinculación produce el efecto de la afiliación o traslado de régimen o entidad administradora, así no existan cotizaciones al sistema.

(...)

Una nueva comprensión del asunto lleva a la Corte, en esta oportunidad, a precisar el criterio doctrinal esbozado en el sentido que, no en todos los casos, es dable deducir la afiliación o traslado con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación.

En tal dirección, cabe recordar que el derecho laboral y la seguridad social son instituciones cuyo eje central es la protección de la persona del trabajador y, en el caso de la última de las disciplinas, la garantía de «los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten» (art. 1 L. 100/1993). Debido a esta fuerte conexión que existe entre el respeto a autonomía moral y la dignidad humana, y la garantía de las prestaciones que el sistema consagra, el derecho social es un derecho que se edifica sobre realidades y verdades.

Este planteo implica que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, tradicionalmente comprendido en el contexto del contrato de trabajo, también permea las actuaciones de los ciudadanos al interior de los sistemas de protección social.

De esta forma, la jurisprudencia de la Sala en distintas ocasiones ha dado preeminencia a la intención real del trabajador o afiliado en asuntos relativos al derecho de la seguridad social por encima de las formalidades. Así, por ejemplo, en punto al disfrute de la pensión de vejez, ha sostenido que si bien la regla general es la desafiliación formal del régimen, en determinados casos es dable derivar la intención del afiliado a partir del cese definitivo de las cotizaciones al sistema (SL5603-2016; SL9036-2017; SL15559-2017; SL11005-2017; SL11895-2017); también frente a la figura de la «aceptación tácita de la afiliación», consistente en que, cuando hay silencio de la administradora de pensiones con relación a las posibles deficiencias de la afiliación o vinculación y, al tiempo, esta recibe el pago de aportes por un período significativo, se da una manifestación implícita de voluntad del afiliado, que lleva a que no pueda perderse el derecho a la pensión, a pesar de la falta de diligenciamiento del formulario (SL 40531, 19 jul. 2011; SL14263-2015).

(..)

Una nueva comprensión del asunto lleva a la Corte, en esta Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

(..)

“Ya que en el sub examine se observa la existencia de serias dudas sobre la intención real del causante, puesto que a pesar de que diligenció y firmó formulario de vinculación a BBVA Horizontes Pensiones y Cesantías S.A. el 25 de octubre de 1996, esto es, un año antes de fallecer, no realizó cotizaciones ni ejerció ningún acto ante el fondo que denotara su voluntad de pertenecer a esa administradora. En otras palabras, no existe coherencia entre el formato de vinculación y la conducta del afiliado.

Esta bifurcación entre lo formal y las actuaciones materiales frente a un acto jurídico tan trascendental para un ciudadano como su vinculación a un régimen pensional, el cual supone claridad frente a la voluntad del afiliado en vista a las consecuencias que pueden derivarse para él y su núcleo familiar, impide a la Corte en el caso concreto darle eficacia a la vinculación del causante al RAIS...”(subrayado fuera del texto)

De acuerdo con el anterior precedente jurisprudencial, al haberse afiliado la señora CARMEN JULIA BAQUERO UMAÑA al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR S.A., pero al no haber realizado cotizaciones a pensiones, no se materializó la afiliación, porque por demás como lo dice la Sala Laboral de la Corte, no se acreditó actos que llevar a interpretar la voluntad de la señora Baquero Umaña de cambiar de régimen pensional, amén de que esa afiliación se hizo como trabajadora independiente. Lo que conllevará a declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por PORVENIR S.A. y consecuencialmente, no hay responsabilidad a cargo de la entidad llamada en garantía de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.

Al haberse aportado la historia laboral que lleva Colpensiones (pdf 42), encontramos que la señora CARMEN JULIA BAQUERO UMAÑA, cotizó ante el Instituto de Seguros Sociales desde el 07 de octubre de 1981 al 02 de enero de 1992, de manera interrumpida y bajo



varios empleadores privados. Para un total de 500.71 semanas. Por lo que la prestación reclamada se analizará bajo el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

En materia de pensión de sobrevivientes, se hace igualmente necesario realizar la revisión de los presupuestos que exige el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que dispone:

“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.”

Lo primero que analizamos es si la señora Baquero Umaña era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, tener al 01 de abril de 1994, 35 años de edad en el caso de las mujeres o 750 semanas cotizadas. Para ello tomamos la fecha de nacimiento de la señora CAMEN JULIA BAQUERO UMAÑA, encontrando en la historia laboral que lleva Colpensiones que nació el 07 de marzo de 1960; por lo tanto, al 01 de abril de 1994 cuando entra a regir la Ley 100 de 1993, la señora Baquero Umaña tenía 34 años de edad cumplidos y sólo cuenta con 500.71 semanas. Por lo tanto, no fue beneficiaria del régimen de transición.

Como quiera que la norma citada, permite acceder a la pensión de sobrevivientes siempre y cuando el afiliado haya cumplido con el número de semanas requerido en el régimen de prima media, que para el año 2005, data del deceso de la señora Baquero Umaña, era de 1050 semanas cotizadas, número que tampoco se acredita.

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala continua con el análisis de los requisitos del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, esto es, acreditar 50 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al deceso, que, en este caso, ese hecho tuvo lugar el 03 de octubre de 2005, cuando la última cotización es del año 1992, por lo tanto, no se acreditan los requisitos legales.

La A quo analiza la prestación en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Veamos el marco jurisprudencial al respecto:

La sentencia C-168 de 1995 dispuso:

“[d]e conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.”

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia SL4650-2017 estableció que este principio de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características:

“a) Es una excepción al principio de la retrospectividad b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo. c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro. d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva. e) Entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada. f) Respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma.”

Establece claramente ese pronunciamiento:

“Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las

personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.”

De lo anterior queda claro que, es indispensable para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa que el afiliado cumpla con todos los requisitos exigidos por la norma que pretende le sea aplicada, antes de que se dé el cambio de legislación o dentro de lo que llama nuestro órgano de cierre de la jurisdiccional ordinaria “zona de paso”.

Pero sobre el tema que nos ocupa, también se ha pronunciado la corte Constitucional SU 005-2018, cuya finalidad, en palabras de la Guardiania de la Constitución es dar hacer un “ajuste jurisprudencial a la interpretación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes”, y para ello expuso textualmente las siguientes consideraciones:

(i) De conformidad con lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de sobrevivientes son los dispuestos en las leyes del Sistema General de Pensiones, esto es, el sistema reglado entre otras, por la Ley 100 de 1993 y modificado por la Ley 797 de 2003. Esta regla constitucional impide la aplicación ultractiva de regímenes de pensiones de sobrevivientes anteriores a la Ley 100 de 1993.

(ii) Varias Salas de Revisión han aplicado, de manera ultractiva, el régimen previsto por el Acuerdo 049 de 1990 -e incluso regímenes anteriores-¹, en cuanto al primer requisito para la causación del derecho, esto es, el número mínimo de semanas de cotización para la obtención de la pensión de sobrevivientes.

(iii) Asimismo, en la Sentencia SU-442 de 2016 la Sala Plena aplicó de forma ultractiva el régimen del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto al requisito del número mínimo de semanas de cotización para la pensión de invalidez. Sin embargo, debido a que la pensión de sobrevivientes tiene una finalidad distinta de aquella de la pensión de invalidez -a saber,

¹ Cfr., entre otras, las sentencias T-566 de 2014, T-719 de 2014, T-735 de 2016, T-084 de 2017 y T-235 de 2017.

amparar al beneficiario del riesgo de desaparición del ingreso del cotizante, y garantizar la sustitución de este emolumento por el provisto por la pensión-, la Sala Plena no cambió su jurisprudencia acerca de la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 o anteriores, en cuanto tiene que ver con la pensión de invalidez, sino que la distinguió de aquella que debe aplicarse en cuanto a la pensión de sobrevivientes.

(iv) La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el principio de la condición más beneficiosa de una forma que lejos de resultar constitucionalmente irrazonable es acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005. Para dicha Corte, este principio no da lugar a la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 u otros regímenes anteriores. Por tanto, el hecho de que el cotizante hubiese realizado aportes pensionales, por lo menos por el número mínimo de semanas previsto en dicha normativa para acceder a la pensión de sobrevivientes, sumado a la muerte del cotizante tras la expedición de la Ley 797 de 2003, no genera el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes para el beneficiario. Esta regla, en todo caso, sí ha considerado la aplicación ultractiva de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, para efectos del cómputo de las semanas mínimas de cotización, únicamente en aquellos supuestos en los que la muerte del afiliado hubiese acaecido dentro de los 3 años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003. (Esta postura fue unificada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 25 de enero de 2017, Expediente SL45650-2017, Radicación N° 45262.)

(v) No obstante, para la Corte Constitucional, la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sí resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder a la pensión de sobrevivientes es una persona vulnerable. En estos casos, los fines que persigue el Acto Legislativo 01 de 2005 -hacer viable el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad y de igualdad para todos los cotizantes- tienen un menor peso en comparación con la muy severa afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas de las personas vulnerables. Por tanto, solo respecto de estas personas 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 primer requisito, semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque el segundo requisito, 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, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del tutelante, amerita protección constitucional.

(vi) Solo para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se considerarán como personas vulnerables aquellos individuos que hayan superado el Test de procedencia antes descrito. Para estas personas, las sentencias de tutela tendrán efecto declarativo del derecho y solo se podrá ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela.

El pronunciamiento de la Corte Constitucional expuesto en la sentencia SU 05-2018, lo acoge en su integridad la Sala mayoritaria por estar acorde con los principios expuestos en los artículos 53 de la C.P. y 21 del CST.

El test, que plantea la Guardiana de la Constitución es el siguiente:

Test de Procedencia	
Primera condición	Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.
Segunda condición	Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.
Tercera condición	Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario.
Cuarta condición	Debe establecerse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes.
Quinta condición	Debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Corresponde a la Sala verificar si en el caso concreto se cumplen las cinco condiciones del test de procedencia, que permitan declarar al actor como una persona vulnerable, para ello, absolvió interrogatorio de parte, el señor GUSTAVO CASTIBLANCO BARRERA, quien expone que fue el compañero permanente de Carmen Julia Baquero Umaña, convivencia que inició en el año 1991, procrearon tres hijos, hoy mayores de edad, que su



compañera fallece de cáncer de útero y él fue la persona que se encargaba del cuidado de ella. Que cuando fallece su compañera él tenía 35 años de edad. Que no reclamó antes la pensión de sobrevivientes porque no sabía que tenía derecho. Que él se encargó de sacar adelante a sus hijos.

La señora Alba Leticia Garavito, expone que fue vecina del actor, que vivió en ese barrio por 15 años y se fue de ese lugar en el año 2016, por eso sabe de la convivencia del señor Gustavo Castiblanco y la señora Carmen Julia Burbano, que él era soldador.

Germán Alberto Beltrán manifiesta que fue vecino del actor y por ello lo conoce y a la señora Carmen Julia Baquero, como la compañera del señor Gustavo Castiblanco, quien trabajaba de manera independiente. Además, expone que fue compañero de trabajo, porque ambos se dedicaban a la construcción, donde el señor Castiblanco lo llevaba a trabajar.

Retomando el test de procedencia, se debe examinar en primer lugar, que el peticionario, Pertenecer a un grupo de especial protección o que *“se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.”*. En el caso que nos ocupa, el actor es cabeza de familia, porque ante el deceso de su compañera permanente, quedó al cuidado completo de sus tres hijos, que para ese entonces eran aún menores de edad.

Si bien, la segunda y tercera condición, refieren a la situación económica, ésta no puede ser analizada de manera literal, esto es, que al momento del deceso de la afiliada, el hoy reclamante, requería de la ayuda económica de su compañera permanente, sino que en este caso, la situación es diferente, la afiliada deja de cotizar, enferma de cáncer, razón por la cual su compañero permanente, hoy demandante, era el soporte económico de ese hogar y ante el deceso de la señora Baquero Umaña, el actor debía seguir gestionando recursos económicos para sacar a sus tres hijos menores de edad adelante. Por lo tanto, las condiciones que establece la Corte Constitucional no pueden ser analizadas de manera literal, se debe estudiar las situaciones particulares de cada caso, porque no se puede

exigir al reclamante que no labore para que demuestre un estado de necesidad, cuando tenía tres hijos menores de edad a quien debía satisfacer en todos sus derechos. La situación ha cambiado, la edad actual del demandante, quien cuenta en la actualidad con 51 años, lo hacen que ya no sea una persona que pueda acceder de manera fácil al mercado laboral. El claramente manifestó que no reclamó el derecho a la pensión de sobrevivientes de manera oportuna por desconocer la ley.

Para la Sala, las condiciones especiales de este caso, dan lugar a la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, contemplado en el artículo 53 de la Carta Magna, definida entre otras en la sentencia T-190 de 2015, bajo el siguiente pronunciamiento:

“La regla de la condición más beneficiosa está llamada a operar en aquellos casos en que se identifique una sucesión de normas, en donde la preceptiva derogada del ordenamiento recobra vigencia para así mantener el tratamiento obtenido de su aplicación por conducir a un escenario mucho más beneficioso para el trabajador que aquel que resultaría de emplear la regulación legal que la sustituyó. La condición más beneficiosa supone la existencia de una situación fáctica concreta previamente reconocida y determina que ella debe ser respetada siempre y cuando sea más favorable al trabajador en comparación con la nueva que habría de aplicársele”

El principio de la condición más beneficiosa en materia de seguridad social es aplicado, precisamente en aquellos eventos en que el legislador no consagró un régimen de transición y la razón de ello, se genera “en las pensiones de vejez se da porque es viable considerar la mayor o menor aproximación a la edad y al total de cotizaciones exigidas bajo un régimen, para determinar el grupo de la población que eventualmente puede acceder a esa prestación (por el transcurso del tiempo – hecho determinable -, ya para completar cierta edad o para sumar un período de cotizaciones); mientras que en la de invalidez, por ejemplo, obedece a contingencias improbables de predecir y, por ende, no regulables por un régimen de transición” (sentencia CSJ SL de 5 de jul. 2005, rad. 24.280).

Para la aplicación de la condición más beneficiosa, es necesario revisar el tránsito legislativo, y de acuerdo con el análisis practicado, la norma vigente al momento del deceso del

causante, es la Ley 797 de 2003, no cumpliéndose con los presupuestos que trae la norma en cita, como se analizó anteriormente.

Antes de esta normatividad se aplicaba Ley 100 de 1993, que establece en el artículo 46 como presupuestos para tener derecho a esa prestación:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.”

La última cotización de la señora Carmen Julia Baquero Umaña lo fue en Estanislao Alfonso Preciado Palacio corresponde al 02 de enero de 1992, lo que se traduce en que la afiliada ni se encontraba cotizando al momento de su muerte (octubre de 2005), ni tenía 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su deceso.

Antes de la vigencia de la Ley de Seguridad Social, gobernaba el tema de pensiones el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, donde el 25 consagra la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común, indicando que hay derecho en los siguientes casos:

“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”.

La norma citada hace un reenvío al artículo 6, que exige:

“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”



Verificamos el tiempo cotizado por la señora Carmen Julia Baquero Umana (pdf 42), tenemos que en el régimen de prima media cotizó un total de 500.71 semanas que corresponden al período del 7 de octubre de 1981 al 02 de enero de 1992, semanas que fueron aportadas antes de la Ley 100 de 1993, es decir, al 01 de abril de 1994. Atendiendo la exigencia de la norma citada, se puede acreditar 300 semanas en cualquier tiempo, y en aplicación del principio constitucional de la condición beneficiosa, da derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por acreditar más del número de semanas que exige la norma en comento, derecho que se otorga desde el momento del fallecimiento de la afiliada, esto es el 03 de octubre de 2005.

Como quiera que para ser beneficiario de la prestación se debe acreditar convivencia, hecho acreditado con las siguientes declaraciones, rendidas dentro del plenario por los señores: Alba Leticia Garavito y Germán Alberto Beltrán, al haber sido vecinos del actor y el segundo además porque laboró con él en construcción. Por lo tanto, se tiene que el actor acredita la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a la cuantía de la pensión será determinada en suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, porque de acuerdo con el reporte del ingreso base de cotización, sobre éste se hizo el pago del aporte (pdf 42). Además, en atención al artículo 35 de la Ley 100 de 1993 que prohíbe fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Antes de cuantificarse el valor del retroactivo pensional, la Sala analiza la excepción de prescripción oportunamente presentada por Colpensiones. Pero como quiera que esa entidad fue vinculada con Litis, el término de prescripción se contabilizará tres años antes de la notificación de la demanda que de acuerdo con el pdf 19, se hizo el 25 de abril de 2022, por lo tanto, se adeuda las semanas correspondientes al 25 de abril de 2019. Pero se otorgará dos mesadas adicionales anuales porque el hecho del fallecimiento es el que genera el derecho pensional y en este caso tuvo lugar en octubre de 2005, ya en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 que suprime una mesada pensional a partir de año 2011.



El valor del retroactivo pensional a cancelarse al actor es de \$49.775.389.20, de acuerdo con las operaciones matemáticas que realiza la Sala y que se liquida del 25 de abril de 2019 al mes de febrero de 2023, debiendo COLPENSIONES seguir reconociendo la mesada pensional en el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y dos mesadas anuales. Retroactivo que se obtiene de las siguientes operaciones matemáticas:

AÑO	MESADA	N. DE MESADAS	TOTAL
2.019	828.116,00	6 días + 10 mesadas	8.446.783,20
2.020	877.803,00	14	12.289.242,00
2.021	908.526,00	14	12.719.364,00
2.022	1.000.000,00	14	14.000.000,00
2.023	1.160.000,00	2	2.320.000,00
TOTAL			49.775.389,20

Igualmente, se mantiene la decisión de autorizar a la demandada a realizar el descuento del valor del retroactivo pensional, salvo lo que corresponde a mesadas adicionales, por concepto de aportes en salud, sumas que deberán ser transferidas a la EPS a la que se encuentre vinculada la actora.

No se conceden intereses moratorios, porque el derecho pensional se concede en aplicación del precedente constitucional, además era necesario definir a quien correspondía el reconocimiento de la prestación, porque hubo afiliación y no pago de cotizaciones ni expresión de voluntad por parte de la señora Carmen Julia Baquero Umaña de querer permanecer en el régimen de ahorro individual. En su lugar, se ordenará el pago del retroactivo pensional debidamente indexado, sobre todas las mesadas causadas hasta la ejecutoria de esta providencia y de ahí en adelante se reconocerán los intereses moratorios a fin de garantizar el disfrute del derecho pensional.



El otro punto de censura de la sentencia de primera instancia es la condena impuesta a Porvenir S.A. de pagar las costas procesales a favor de la llamada en garantía BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. Decisión que se revocará porque la demanda fue instaurada contra la administradora del fondo de pensiones donde estaba afiliada la actora, y esa entidad, por mandato legal debe constituir unas pólizas para cubrir la suma adicional cuando se reconoce la pensión de sobrevivientes o de invalidez. Por lo tanto, era necesaria su vinculación, sin que se observe que la demandada haya actuado de manera temeraria.

Sin costas en esta instancia.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por los apoderados de la parte pasiva como alegatos de conclusión.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral primero de la sentencia número 141 del 22 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, en cual quedará así:

- A) DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por PORVENIR S.A. y la llamada en garantía BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.
- B) DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES en relación con las mesadas pensionales causadas antes del 25 de abril de 2019.



SEGUNDO.- MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia número 141 del 22 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, en cual quedará así.

- a) DECLARAR ineficaz la afiliación que hizo la señora CARMEN JULIA BAQUERO UMAÑA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. ante la falta de cotizaciones y de expresiones de voluntad por parte de la afiliada de permanecer en el régimen de ahorro individual.
- b) DECLARAR que la señora CARMEN JULIA BAQUERO UMAÑA estuvo siempre afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES
- c) DECLARAR que hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio constitucional de condición más beneficiosa.
- d) DECLARAR que el señor GUSTAVO CASTIBLANCO BARRERA es beneficiario de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañero permanente que lo fue de la señora CARMEN JULIA BAQUERO UMAÑA.
- e) CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer a favor del señor GUSTAVO CASTIBLANCO BARRERA la pensión de sobrevivientes a partir del 03 de octubre de 2005.
- f) CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al señor GUSTAVO CASTIBLANCO BARRERA la suma de \$49.775.389.20, que corresponde al retroactivo pensional causado desde el 25 de abril de 2019 al mes de febrero de 2023, debiendo COLPENSIONES seguir reconociendo la mesada pensional en el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente y dos mesadas anuales. Suma que se cancelará debidamente indexada, así como las mesadas pensionales causadas hasta la ejecutoria de esta providencia. De la data de ejecutoria de esta sentencia reconocerá los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación.
- g) AUTORIZAR a COLPENSIONES a que del valor del retroactivo pensional, salvo lo que corresponde a mesadas adicionales realice el correspondiente descuento por aportes en salud, los que deberán ser transferidos a la entidad que administre los recursos de salud y al que se encuentre vinculado el actor.



TERCERO.- REVOCAR los numerales sexto y séptimo de la sentencia número 141 del 22 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, para en su lugar, absolver a la parte actora del pago de costas procesales y absolver a PORVENIR S.A. del pago de las costas procesales impuestas en primera instancia a favor de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo restante de la sentencia número 141 del 22 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación.

QUINTO. SIN Costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado y se ordena notificar a las partes por EDICTO.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

ALVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado
Rad. 018-2019-00168-02
(Con Salvamento de Voto Parcial)



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
GUSTAVO CASTIBLANCO BARRERA
VS. PORVENIR S.A
RAD. 76-001-31-05-018-2019-00168-02