

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA**
VS. **COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **760013105 003 2020 00038 01**

Hoy diecinueve (19) de diciembre de 2022, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve la **APELACIÓN** de la parte DEMANDANTE, respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA** contra **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 003 2020 00038 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 24 de noviembre de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 74**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el Acuerdo PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022, en ambiente preferente virtual.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la **apelación** en esta que corresponde a la

SENTENCIA NÚMERO 454

ANTECEDENTES

La pretensión de la demandante está orientada a obtener de la jurisdicción una declaración de condena contra la entidad convocada, por la **pensión de sobrevivientes**, por el fallecimiento de su cónyuge GILDARDO DE JESÚS

GARCÍA CARDONA, a partir del 19 de mayo de 2004, junto con las mesadas retroactivas, actualización para cada anualidad, intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

En apoyo a sus pretensiones la demandante, a través de su apoderado judicial, manifestó que el 24 de diciembre de 1964 contrajo matrimonio con GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA quien nació el 14 de marzo de 1937, relación dentro de la que procrearon 4 hijos.

Afirmó que GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, desde el 30 de septiembre de 1967 hasta el 31 de marzo de 1993, sumando en total 331 semanas en toda la vida laboral.

Aseveró que desde que contrajeron matrimonio, convivió con su esposo, de manera singular, permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa hasta el día del fallecimiento de aquel acaecido el 19 de mayo de 2004.

Señaló que ella siempre se dedicó al hogar dependiendo económicamente de su esposo, quien le brindaba todo lo necesario para su subsistencia, y que al momento de fallecer aquél, ella contaba con 74 años, padeciendo dolencias y patologías propias de su edad.

Manifestó que el 27 de diciembre de 2019, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, sin que hasta el momento hubiese recibido respuesta por parte de la entidad.

COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA no acreditó haber estado haciendo vida marital con el causante, ni que haya convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad

a su muerte, ni son procedentes las pretensiones incoadas para el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, de conformidad con el artículo 13 literal a de la ley 797 de 2003. Indicó que el causante no tenía las semanas mínimas cotizadas antes del fallecimiento como lo establece el artículo 12 de la ley 797 de 2003, para haber dejado causado el derecho.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La decisión de primera instancia fue proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, por cuya parte resolutive absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones contenidas en la demanda. Consideró que el señor GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA no dejó acreditados los requisitos para la causación de la pensión de sobrevivientes previstos en el artículo 12 de la ley 797 de 2003, ni con aplicación de la condición más beneficiosa, los del artículo 46 de la ley 100 de 1993 en su redacción original, sin que sea posible hacer el salto normativo al acuerdo 049 de 1990, toda vez que la demandante no supera el test de procedencia previsto en la sentencia SU 005 de 2018 de la Corte Constitucional.

Estudió las pretensiones en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, indicando que tal precepto solo permite estudiar la norma inmediatamente anterior a la que se encontraba vigente al momento del fallecimiento del afiliado. Afirmó que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es posible aplicar el acuerdo 049 de 1990, si el fallecimiento del causante aconteció en vigencia de la ley 797 de 2003, pues lo que correspondía era el estudio de la situación bajo las previsiones de la ley 100 de 1993 en su redacción original.

Advirtió que el causante no reunió las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, razón por la que no cumplió con la exigencia de la ley 100 de 1993 en su redacción original.

Sumado a lo anterior, señaló que la parte demandante no se esforzó en demostrar el cumplimiento del test de procedencia señalado en la sentencia SU-005 de 2018.

Concluyó que el afiliado falleció no dejó causado el derecho reclamado por la demandante.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte DEMANDANTE apeló la sentencia argumentando que a la parte demandada le correspondía la carga probatoria de desvirtuar la convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del afiliado, lo que no ocurrió por lo tanto, a la demandante le asiste derecho a que se le reconozca las pretensiones de la demanda.

Señaló que el principio de la condición más beneficiosa está consagrado constitucionalmente y ampara el derecho de la demandante, y más si se tiene en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 27361 de 2006, pues el causante cumplió los requisitos del acuerdo 049 de 1990 antes del primero de abril de 1994, esto es sumar 300 semanas antes de la entrada en vigencia del sistema pensional, único requisito con el que debía cumplir el afiliado para dejar causado el derecho, siendo suficientes las 332 semanas cotizadas al 31 de marzo de 1993.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 29 de noviembre de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la ley 2213 de 2022.

Dentro del término la parte demandante, a través de memorial allegado al correo electrónico de la Secretaria de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentó alegatos de conclusión en el que ratificó lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación.

La parte demandada COLPENSIONES guardó silencio.

CONSIDERACIONES:

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes señalada y a las demás pretensiones que formuló ante la jurisdicción.

Para resolver lo anterior, la Sala tendrá en cuenta los siguientes aspectos fácticos que no se discutieron, o bien se encuentran suficientemente acreditados: **i)** GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA nació el 14 de marzo de 1937 y falleció el 19 de mayo de 2004 (fl. 25 pdf); **ii)** Que el señor GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA, conforme al reporte de “*Periodos de Afiliación al régimen de pensiones I.S.S.*” (fl. 20 pdf), efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales desde el 30 de septiembre de 1967 hasta el 22 de agosto de 1974, sumando en total 301.14 semanas, aportes efectuados antes de la vigencia de la ley 100 de 1933; **iii)** ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA y GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA, contrajeron matrimonio el 24 de diciembre de 1964; **iv)** el Instituto de Seguros Sociales mediante la resolución 002538 de 2004 le reconoció a GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$1'098.619, no obstante por resolución 08541 del 2005, se registró que dicho acto administrativo no alcanzó a notificarse al afiliado; **v)** el Instituto de Seguros Sociales mediante resolución No. 08541 del 2005, le reconoció a ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge de GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA, en cuantía de \$1.098.619, teniendo en cuenta 331 semanas de cotización; **vi)** ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA el 27 de diciembre de 2019 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge, sin que se evidencie dentro del plenario que la entidad haya dado respuesta.

El punto controversial se concreta en determinar, en primer lugar, cuál es la norma que debe regular la situación fáctica planteada y si la demandante ostenta la calidad de beneficiaria de la prestación. Dicho de modo más preciso, si para el reconocimiento de la prestación deben atenderse las prescripciones de la ley 797 de 2003 por ser la vigente al momento del óbito, o si es posible acudir a la aplicación del acuerdo 049 de 1990 en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Esto en atención a que la Sala de Casación Laboral y sus Salas de Descongestión (SL2312-2021) tienen adoctrinado conforme a las sentencias SL4650-2017, SL353-2018, SL4020-2019, SL1884-2020, SL4261-2020 y CSJ SL855-2021, que no es posible acudir a la plus ultractividad de la ley “[...] *pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro*». Que no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad del artículo 53 de la CP y 21 del C.S.T. ya que no existe duda razonable sobre aplicación o interpretación normativa y que la búsqueda normativa de normas del pasado lesiona “[...] *la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema de protección social y (compromete) la realización de los derechos de las generaciones futuras*», lo que riñe con el artículo 2° del PIDESC, que busca la concesión de derechos según posibilidades económicas del Estado.

Que la Sala de Casación Laboral se aparta de los precedentes de Corte Constitucional (SU-44 de 2016) porque: “i) Los principios constitucionales no son absolutos y su aplicación debe ser proporcional, con el propósito de no quebrantar otros bienes jurídicos superiores valiosos para los individuos y la sociedad. ii) El desconocimiento del precedente constitucional, se predica respecto de las decisiones proferidas en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, las cuales cuentan con un efecto erga omnes y no de aquellas que derivan de las decisiones de tutela, también conocido como precedente en vigor, con efectos entre las partes” (SL5070-2020 y SL1884-2020). Además de que se pueden afectar la eficacia de reformas pensionales sujetas a variables demográficas, fiscales o actuariales, que se verían

modificadas con las subreglas judiciales. Persigue una delineación correcta de su campo de aplicación con respeto de los mandatos de solidaridad y efectividad de los derechos sociales. Sin desconocer el fuero constitucional de configuración legislativa, la seguridad jurídica, la sostenibilidad financiera y la primacía del interés general en pro de mayor cobertura y universalidad.

Es decir, no cabe duda que el derecho reclamado se torna improcedente si se considera que el juicio de adjudicación normativa debe tener como referente los contenidos normativos de la ley 797 de 2003, en tanto ésta exige una densidad de cotizaciones no inferiores a 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al óbito. Además, bajo el principio del efecto general inmediato de las leyes, en virtud del cual éstas regulan inmediatamente las situaciones jurídicas constituidas después de su promulgación, así como los efectos futuros de las situaciones en curso, no es posible concebir la existencia de ningún derecho.

Sin embargo, en materia laboral y de seguridad social, el principio del efecto general inmediato de las leyes no es siempre el que debe prevalecer para resolver las controversias que se suscitan por ocasión de las relaciones derivadas del servicio público de la seguridad social. Ello es así, por cuanto la naturaleza de los derechos que en estas se discuten y la prevalencia de otros principios sustanciales propios y exclusivos de la disciplina jurídico-social, imponen ejercicios hermenéuticos que siguen de cerca los mandatos constitucionales y del legislador.

En efecto, cabe preguntarse si la limitante que pregonan la Sala de Casación Laboral respecto del principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicarla solo frente a las sucesiones normativas inmediatas, no desconoce la dimensión que tiene el citado principio en la jurisprudencia constitucional que lo edifica como un verdadero derecho y por lo tanto, su aplicación se proyecta sobre los cambios normativos inmediatos o mediatos. Esa ha sido la línea jurisprudencial contenida en las sentencias T-584/11, T-228/14, T-566/14, T-719/14, T-401/15, T-713/15, T-464/16, T-504/16, T-735/16, T-084 de 2017 en

las que se resolvieron casos similares y más recientemente la sentencia SU-005 de 2018, en la cual se matizó la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y la sujetó al test de procedencia dado el quiebre de decisiones de la jurisdicción ordinaria laboral.

Pronunciamientos que conforman la línea de decisiones proferidas en casos análogos, argumento de autoridad acogido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela radicado 7217/2017.

Es de resaltar que la Corte Constitucional, en la sentencia SU-005 del 13 de febrero de 2018, realizó un ajuste jurisprudencial en cuanto al alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

Test de Procedencia	
Primera condición	Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de <u>especial protección constitucional</u> 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 <u>afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas</u> , esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.
Tercera condición	Debe establecerse que el accionante <u>dependía económicamente</u> 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 <u>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</u> .
Quinta condición	Debe establecerse que el accionante <u>tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes</u> .

“La Corte Constitucional ajustó su jurisprudencia en cuanto al alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, de conformidad con 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, 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 2003².

(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

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.

² 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.

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.”

Subreglas de procedibilidad que para la suscrita Sala, deben operar en casos de tutela contra providencias judiciales y no para todos los asuntos en los que como el presente, el juez natural de la especialidad se está pronunciando por la vía ordinaria. Con todo, en gracia de discusión, hay que resaltar que la demandante nació el 10 de julio de 1956, contando actualmente con 66 años, solo estudio hasta 3º de primaria, es empleada doméstica interna, aunado a que los gastos para su subsistencia eran asumidos también por su cónyuge, sus necesidades básicas se cubrían con lo suministrado por el afiliado y lo devengado por ella, subsistiendo desde su deceso, con la actividad que desarrolla en casas de familia.

Ahora, las razones por las cuales se estima que la condición más beneficiosa en casos como el presente, resulta aplicable, lo constituye i) el límite que representa este principio frente al legislador, pese a que en materia de seguridad social goza de amplia configuración, convirtiéndose en un desarrollo del mandato internacional de no regresividad y del principio de favorabilidad,

pues frente al intérprete, dicho principio morigera el efecto de cambios legislativos (sin que sea un solo puente o zona de paso, para quien en un momento dado era su meta o zona de llegada) y ii) el carácter regresivo que en materia de pensión de invalidez y sobrevivientes tuvo su regulación en el nuevo sistema pensional de ley 100 de 1993 al eliminar la posibilidad de su consolidación bajo la concurrencia de un requisito intemporal que la norma anterior había establecido al posibilitar su disfrute por los beneficiarios del afiliado fallecido cuando hubiese cotizado al régimen de invalidez, vejez y muerte del Seguro Social un número de 300 semanas antes del 1º de abril de 1994.

Es decir, no se trata de “imponer reglas diferentes a las legales”, ni de “afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional”, ni el “principio de seguridad jurídica” (CSJ SL1683-2019, CSJ SL1685-2019, CSJ SL2526-2019 y CSJ SL2829-2019), ni una vena rota a su financiación, puesto que, la delineación conceptual del principio a la luz del *“modelo constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales”* (SL-2547 de 2020) justamente excluye a quienes no tienen la densidad de semanas propias del Sistema Pensional originario de antes de 1993.

Sin duda, con la vigencia de la nueva ley, si bien se redujeron las exigencias de la normativa anterior en materia de cotizaciones, ello solo aplicó para los cotizantes, pues para quienes no lo eran o no lo estaban para el momento del tránsito legislativo, la nueva normativa les eliminó de tajo la posibilidad de su estructuración con las 300 semanas, haciendo prevalecer en todo caso un criterio que privilegió solo la situación de los cotizantes o por lo menos, la cercanía de las cotizaciones al evento estructurante del derecho, situación que fue luego intensificada por las previsiones de las leyes 797 y 860 de 2003 que en todos los casos, es decir, para cotizantes y no cotizantes exigieron el requisito de las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al evento estructurante del derecho. Aspecto que, si bien no será relevante en posteriores reformas, si amerita protección.

Es más por mandato del principio de proporcionalidad, la densidad de semanas acumuladas son suficientes para generar el derecho que se pretende, más cuando así financieramente se ha establecido.

Por esta razón, las condiciones del derecho en materia de pensiones de sobrevivientes, definidas en vigencia del acuerdo 049 de 1990 son merecedoras de protección legal frente al tránsito legislativo inmediato o mediato, pues por otro lado todas las leyes posteriores a la ley 100 de 1993 pertenecen al mismo sistema y no pueden considerarse en rigor saltos normativos, ni *“aplicación plus ultractiva de la Ley”*, ni desconocimiento de la aplicación inmediata de las leyes sociales (SL855-2021, SL4261-2020, SL1884-2020, SL4020-2019, SL-2959 de 2018, SL353-2018, SL4650-2017, SL 17521-2016, SL9762-2016, SL9763-2016, SL9764-2016, SL15612-2016 y SL15617-2016) pues su objetivo no ha sido otro que el de ajustar los componentes fundamentales del sistema atendiendo circunstancias de coyuntura.

Sumado a lo anterior, hay que decir que desde una óptica del análisis económico del derecho, resulta más costoso para el erario público la denegación de un derecho pensional que trasladará al ciudadano desamparado a depender del asistencialismo social o al piso mínimo de protección social, que concederle el mismo conforme la aplicabilidad del principio de la condición más beneficiosa, retornándole la calidad de miembro económicamente activo de la sociedad, reflexión que en momento alguno sustituye al Legislador sino que verifica el respeto al principio bajo estudio.

Teniendo en cuenta lo decantado, se advierte que en el presente asunto el afiliado acumuló un total de **301.14 semanas** durante toda su vida laboral, las cuales **todas fueron cotizadas antes del 1º de abril de 1994**, esto es, en vigencia del régimen anterior. En consecuencia, logró alcanzar el umbral necesario para causar en su favor la cobertura indefinida de los riesgos de invalidez y muerte (artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990), por lo que el

tránsito de sistemas pensionales que le modificó desfavorablemente las condiciones de acceso al derecho, se muestra claramente contrario a la esencia misma del principio de la condición más beneficiosa.

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	DÍAS DEL PERIODO
DESDE	HASTA		
30/09/1967	1/10/1967	450,00	2
1/07/1968	31/12/1968	450,00	184
1/01/1969	31/12/1969	450,00	365
1/01/1970	21/01/1970	450,00	21
7/04/1970	30/11/1970	450,00	238
1/12/1970	31/12/1970	660,00	31
1/01/1971	31/05/1971	660,00	151
1/06/1971	31/08/1971	930,00	92
1/09/1971	31/12/1971	930,00	122
1/01/1972	31/12/1972	930,00	366
1/01/1973	31/05/1973	930,00	151
1/06/1973	3/06/1973	1.290,00	3
6/08/1973	31/08/1973	930,00	26
1/09/1973	31/12/1973	1.770,00	122
1/01/1974	22/08/1974	1.770,00	234
TOTALES			2.108
TOTAL SEMANAS COTIZADAS			301,14

Con fundamento en lo anterior, encuentra esta Sala que el afiliado fallecido señor GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA dejó causada la pensión de sobrevivientes.

Resuelto lo anterior debe determinarse quién o quiénes son los beneficiarios del derecho pensional causado conforme lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición que ha sido estudiada en sede constitucional por la Corte, entre otras, en las sentencias C-1035 de 2008 y C-336 de 2014.

Debe rememorarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia determinó que la exigencia cronológica de mínimo 5 años de convivencia, también debe ser cumplida tanto en los casos de fallecimiento del pensionado como del afiliado, pues según el criterio esbozado por ésta, no existe razón para el trato diferenciado entre una y otra situación. Dicho criterio fue acogido, entre otras, en sentencia del 3 de mayo de 2011, radicación 40309. El tiempo de convivencia debe contabilizarse retrospectivamente desde el fallecimiento

del afiliado o pensionado, con la salvedad que para el caso de la cónyuge separada de hecho pero con sociedad matrimonial vigente, ese período de convivencia puede corresponder a cualquier tiempo anterior al fallecimiento, tal como lo precisó la Corte Suprema en sentencia radicado 42425 de 2012. Decisiones que fueron reiteradas con igual énfasis en **sentencia SL 1399-2018 (25-04-2018, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo)** al identificar como *“requisito común e inexcusable del derecho a la pensión de sobrevivientes: la convivencia durante mínimo 5 años”*.

Para el caso de la señora ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA resulta pertinente señalar que conforme se extrae de la resolución No. 08541 del 2005, su calidad de beneficiaria no fue discutida por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones. Por lo tanto, la calidad de beneficiaria no se encontraba en discusión por parte de la entidad demandada, de ahí que la razón para negar el derecho pensional no fuera la carencia de acreditación del requisito de beneficiaria, si no el incumplimiento del requisito de semanas para dejar configurada la pensión.

Ahora bien, conviene señalar que no es necesario acreditar el requisito de convivencia cuando ya ha sido aceptado por la demandada durante el trámite administrativo, o en otras palabras, que la condición de beneficiario(a) de la pensión de sobrevivientes puede ser excluida del debate probatorio de las instancias, siempre y cuando la entidad la haya aceptado, habrán de considerarse los pronunciamientos efectuados por la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, la sentencia SL 16899 de 2014 y sentencia SL 10496 del 05 de agosto de 2015, debiéndose considerar que mediante la resolución No. 08541 del 2005, le fue reconocida a la demandante, la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantías de \$1'098.619.

En el proceso hay evidencia respecto del vínculo matrimonial de la demandante ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA con el causante GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA, que inició el 24 de diciembre de 1964, según

el registro civil de matrimonio que obra en el expediente, sin que se observe nota de disolución o liquidación de la sociedad conyugal.

No obstante, para demostrar la exigencia de la convivencia, se recepcionó dentro del plenario la declaración de la señora AMPARO DE JESÚS GARCÍA CARDONA, quien afirmó ser hermana de Gildardo de Jesús García y cuñada de Rosmira Herrera. Señaló que su hermano Gildardo falleció en el año 2004, que su cuñada Rosmira vivía en el barrio López, pero que desde que Gildardo falleció, ella -la testigo- le dio una pieza dentro de su casa para que aquella viva con el hijo, quien ayuda con el pago de los servicios.

Señaló que sabe que Rosmira Herrera, era la esposa de su hermano Gildardo García Cardona, pues se casaron en 1964 pero no recuerda con precisión la fecha. Dijo que la pareja tenía un hogar bonito, procrearon 4 hijos. Afirmó que Rosmira vivía con su hermano y dependía económicamente de él, él hacía confecciones y de eso vivían.

Por su parte el testigo ALBENIS VARGAS CÓRDOBA manifestó ser esposo de la testigo Amparo García, razón por la que Rosmira es su concuñada. Dijo que el esposo de Rosmira era Gildardo García, a quien conoció en el año 1978 y falleció en 2004, le decían el mocho.

Finalmente, la testigo MARÍA ELENA CORREA GARCÍA señaló que es sobrina de Gildardo García. Dijo que su tío Gildardo era el esposo de Rosmira y que desde que tuvo uso de razón los conoció como pareja, viviendo siempre juntos. Refirió que Rosmira dependía económicamente de Gildardo, que la pareja procreó 4 hijos, 2 de ellos viven en España, y 1 vive con Rosmira.

Afirmó que Gildardo velaba económicamente por Rosmira, él hacía confecciones, siempre veló por los gastos del hogar y por los hijos.

Por otra parte se recepcionó el interrogatorio de parte de la señora ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA, quien manifestó que solo estudió hasta 1º de primaria, pero sabe leer y escribir.

Manifestó que desde que su esposo falleció el 19 de mayo de 2004, vive en una habitación en la casa de su cuñada, junto con un hijo que le ayuda económicamente.

Relató que ella y su esposo siempre vivieron en el barrio López segunda etapa. Que convivió con Gildardo durante 40 años, con quien procreó 4 hijos.

Refirió que Gildardo realizó unos trámites ante el Instituto de Seguros Sociales. pero no alcanzó a recibir una indemnización que le iban a reconocer porque falleció, razón por la que ella continuó con las diligencias y finalmente le dieron \$1´100.000.

Declaración extraprocesal de las señoras GLORIA PATRICIA CORREA GARCÍA y MARÍA ELENA CORREA GARCÍA, quienes manifestaron ser sobrinas de GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA, quien estaba casado con la señora ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA, conviviendo de manera permanente e ininterrumpida compartiendo mesa y lecho hasta el día del fallecimiento de aquel acaecido el 19 de mayo de 2004, relación dentro la cual procrearon 4 hijos llamados JAVIER ANTONIO, nacido el 13 de noviembre de 1965, JULIÁN, nacido el 30 de junio de 1967, LUZ STELLA, nacida el 25 de agosto de 1968 y SANDRA JANETH GARCÍA HERRERA, nacida el 8 de abril de 1970. Manifestaron que ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA dependía directa y económicamente de su tío -Gildardo-, pues era él, la persona que sufragaba todos los gastos del hogar y quien le proporcionaba todo lo necesario para subsistir como alimentación, vestuario, vivienda y salud etc.

Afirmaron que no conocen otras personas con igual o mayor derecho al de ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA para reclamar lo que por ley le corresponda.

La Sala considera que la prueba documental, testimonial recaudada y el interrogatorio de parte, tienen la fuerza de convicción necesaria como para dar por demostrado el requisito de la convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes que se ha demandado, pues resultan coherentes las declaraciones, analizadas separadamente o en conjunto como corresponde.

Visto lo anterior, el derecho debe prosperar, pues se encuentran acreditados los requisitos para acceder a él, en tanto la calidad de cónyuges y la convivencia entre la pareja quedó acreditada dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento de GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA, conforme a lo decantado por la señalada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Aunado a que ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA tiene actualmente con 77 años, dependía económicamente del causante para asumir los gastos del hogar y sus condiciones económicas no son boyantes.

Con fundamento en lo anterior, encuentra esta Sala procedente reconocer la pensión de sobrevivientes deprecada, que **se causó desde el 19 de mayo de 2004**, por el fallecimiento del afiliado GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA, en favor de la señora **ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA**, en un 100% en su calidad cónyuge supérstite y con carácter vitalicio por contar con más de 30 años a la fecha del fallecimiento del afiliado, pues nació el 05 de febrero de 1945, tal como se evidencia en la copia de su cédula de ciudadanía allegada al plenario.

En cuanto al monto de la pensión, éste debe ser liquidado bajo los lineamientos del Sistema General de Pensiones vigente al momento del deceso, el que en todo caso arrojaría una mesada inicial equivalente al salario mínimo legal, toda vez que en su mayoría las cotizaciones se efectuaron en valores cercanos a dicho rubro. Derecho pensional que corresponde ser pagado en 14 mesadas por haberse causado con anterioridad al 31 de julio de 2011, tal como lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005.

Al respecto conviene señalar que en sentencia SL-14172-2017 proferida por la Sala Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia dijo:

“si el afiliado siempre ha cotizado sobre el salario mínimo legal mensual vigente no es necesario determinar el ingreso base de liquidación, toda vez que la primera mesada pensional y las siguientes siempre serán equivalentes al salario mínimo” (SL-14172-2017 del 30-08-2017 (M.P. Donal José Dix Ponnefz).

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	SBC	ÍNDICE INICIAL	ÍNDICE FINAL	DÍAS DEL PERIODO	SALARIO INDEXADO	IBL
DESDE	HASTA							
30/09/1967	1/10/1967	450,00	1	0,250000	145,690000	2	262.242	248,81
1/07/1968	31/12/1968	450,00	1	0,268600	145,690000	184	244.082	21.305,09
1/01/1969	31/12/1969	450,00	1	0,286100	145,690000	365	229.152	39.677,72
1/01/1970	21/01/1970	450,00	1	0,310800	145,690000	21	210.941	2.101,41
7/04/1970	30/11/1970	450,00	1	0,310800	145,690000	238	210.941	23.815,93
1/12/1970	31/12/1970	660,00	1	0,310800	145,690000	31	309.380	4.549,71
1/01/1971	31/05/1971	660,00	1	0,331300	145,690000	151	290.237	20.790,20
1/06/1971	31/08/1971	930,00	1	0,331300	145,690000	92	408.970	17.848,78
1/09/1971	31/12/1971	930,00	1	0,331300	145,690000	122	408.970	23.669,03
1/01/1972	31/12/1972	930,00	1	0,377800	145,690000	366	358.633	62.267,47
1/01/1973	31/05/1973	930,00	1	0,430600	145,690000	151	314.658	22.539,54
1/06/1973	3/06/1973	1.290,00	1	0,430600	145,690000	3	436.461	621,15
6/08/1973	31/08/1973	930,00	1	0,430600	145,690000	26	314.658	3.880,98
1/09/1973	31/12/1973	1.770,00	1	0,430600	145,690000	122	598.865	34.659,17
1/01/1974	22/08/1974	1.770,00	1	0,534300	145,690000	234	482.634	53.575,11
TOTALES						2.108		331.550,09
TOTAL SEMANAS COTIZADAS						301,14		
TASA DE REEMPLAZO		45%			PENSIÓN			149.197,54
SALARIO MÍNIMO		2.004			PENSIÓN MÍNIMA			358.000,00

Ahora, en lo que refiere a la excepción de prescripción propuesta por el apoderado de Colpensiones al contestar la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., encuentra la Sala que la demandante reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 27 de diciembre de 2019, sin que haya evidencia dentro del plenario que Colpensiones haya dado respuesta a la solicitud, y presentó la demanda el 28 de enero de 2020, razón por la que se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 27 de diciembre de 2016.

Procede la Sala a efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, encontrando que el retroactivo calculado desde el 27 de diciembre de 2016 y actualizado al 30 de noviembre de 2022 asciende a \$70'959.583,33, correspondiéndole a ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA una mesada pensional a partir del 1º de diciembre de 2022 de \$1'000.000 equivalente al salario mínimo mensual legal vigente.

PERIODO		Mesada adeudada	Número de mesadas	Deuda total mesadas
Inicio	Final			
27/12/2016	31/12/2016	689.455,00	0,13	91.927,33
1/01/2017	31/12/2017	737.717,00	14,00	10.328.038,00
1/01/2018	31/12/2018	781.242,00	14,00	10.937.388,00
1/01/2019	31/12/2019	828.116,00	14,00	11.593.624,00
1/01/2020	31/12/2020	877.803,00	14,00	12.289.242,00
1/01/2021	31/12/2021	908.526,00	14,00	12.719.364,00
1/01/2022	30/11/2022	1.000.000,00	13,00	13.000.000,00
Totales				70.959.583,33

Procede la autorización a Colpensiones, respecto del descuento sobre el retroactivo pensional de la suma total de \$1'098.619, valor que deberá indexarse al momento de su pago, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida a ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA mediante la resolución número 08541 del 2005.

Adicionalmente, conforme el artículo 157 e inciso 2º del artículo 204 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el inciso 3º del artículo 42 del decreto 692 de 1994 y el artículo 69 del decreto 2353 de 2015, se autorizará a Colpensiones, para que del retroactivo pensional efectúe los descuentos por concepto de aportes al régimen de salud que correspondan.

En cuanto a la indexación de las mesadas adeudadas, es pertinente puntualizar que ella es procedente, para compensar el evidente impacto que la pérdida del valor adquisitivo produce en las obligaciones laborales de cumplimiento tardío, tal y como ha sido aceptado por la jurisprudencia

reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siempre que por otra parte no exista un mecanismo de actualización diferente sobre las mesadas que se causen con antelación a la ejecutoria de la sentencia. Así, en el presente asunto hay lugar a imponer la condena en este sentido, pues se ordenará la indexación de las mesadas pensionales hasta que se efectué el pago de las mismas, debiéndose realizar la actualización con la siguiente formula:

$$VA = \frac{VH \text{ (total mesadas pensionales debidas)} \times IPC \text{ FINAL (IPC mes en que se realice el pago)}}{IPC \text{ INICIAL (IPC mes en que se causa la mesada)}}$$

Ante la conclusión anterior, se absolverá respecto de la pretensión por intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, en tanto se accede a la indexación de las condenas a la fecha en que se realice el pago de las mesadas adeudadas y bien es sabido que estos tópicos son excluyentes, por lo que procede la una o la otra, pero nunca las dos dado que en el fondo tienen un fin similar.

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta 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: REVOCAR la sentencia APELADA, en su lugar se declara parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 27 de diciembre de 2016, y no probadas las excepciones restantes propuestas en la contestación de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA, la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CARDONA, a partir del 19

de mayo de 2004, en cuantía de 1 salario mínimo mensual legal vigente para cada época, cuyas mesadas retroactivas no prescritas causadas desde el 27 de diciembre de 2016 y actualizadas al 30 de noviembre de 2022, ascienden a \$70'959.583,33, correspondiéndole una mesada pensional a partir del 1º de diciembre de 2022 de \$1'000.000 equivalente al SMMLV, por 14 mesadas al año.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora **ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA**, la **indexación** de las mesadas retroactivas causadas desde el 27 de diciembre de 2016 hasta que se efectuó el pago de las mismas.

CUARTO: AUTORIZAR a Colpensiones, para que efectuó el descuento sobre el retroactivo pensional, de la suma total de \$1'098.619, monto que deberá **indexarse** al momento de su pago y que, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, le fue reconocida a ROSMIRA HERRERA DE GARCÍA, mediante la resolución número 08541 del 2005.

QUINTO: AUTORIZAR a la demandada **COLPENSIONES** para que sobre el retroactivo de las mesadas pensionales reconocido, efectúe los descuentos por concepto de aportes al régimen de salud que correspondan.

SEXTO: ABSOLVER a **COLPENSIONES** de las pretensiones restantes contenidas en la demanda.

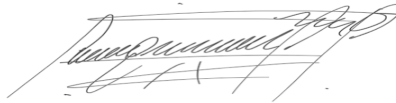
SÉPTIMO: COSTAS en primera instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte demandante, las agencias en derecho deben ser tasadas por la Juez de primera Instancia, conforme el artículo 366 del C.G.P. SIN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

OCTAVO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de

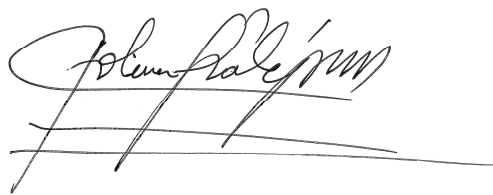
casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

NOVENO: En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**-Firma Electrónica-
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

23

**Firmado Por:
Monica Teresa Hidalgo Oviedo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

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

Código de verificación: **d6a105676285576c160d12523a4a4977c23c1b00329b1b29852316e63b09c01a**

Documento generado en 18/12/2022 01:02:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>