

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **ELEUTERIA PORTOCARRERO CUERO**
VS. **COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **760013105 009 2020 00260 01**

Hoy trece (13) de agosto de 2021, surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, 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**, en ambiente de escrituralidad virtual y aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 580 del 31 de mayo de 2021, resuelve la **APELACIÓN** de la apoderada de **COLPENSIONES** y la **CONSULTA** respecto de la sentencia dictada por el **JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **ELEUTERIA PORTOCARRERO CUERO** contra **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 009 2020 00260 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 26 de mayo de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No. 35**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996, autorizados por el artículo 12 del D.L. 491 de 2020 (reuniones no presenciales por cualquier medio) y la Circular PCSJC20-11 del 31 de marzo de 2020.

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

SENTENCIA NÚMERO 300

ANTECEDENTES

La pretensión de los demandantes está orientada a obtener de la jurisdicción una declaración de condena contra la entidad convocada, por la **pensión de sobrevivientes**, por el fallecimiento de JOAO ARMANDO VIRISSIMO CORREA, a partir del 11 de mayo de 2011, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, indexación de la primera mesada pensional, y las costas del proceso.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

En apoyo a sus pretensiones la demandante, a través de su apoderada judicial, indicó que Joao Armando Virissimo Correa nació el 17 de junio de 1927, y falleció el 11 de mayo de 2011, habiendo cotizado ante el Instituto de Seguros Sociales, en toda su vida 602 semanas de las cuales 426.28 corresponde a aportes efectuados hasta el año 1994.

Señaló que el Instituto de Seguros Sociales le reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a Joao Armando Virissimo Correa.

Que ella y Joao Armando Virissimo Correa convivieron bajo el mismo techo desde el 20 de abril de 1971, procreando 2 hijos

Señaló que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, recibiendo la negativa de la entidad.

COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, alegando que la demandante ELEUTERIA PORTOCARREÑO CUERO no cumple a cabalidad con el test de procedencia contenido en la sentencia SU-005 de 2018, proferida por la Corte Constitucional. Señaló que no puede hablarse de la posibilidad de la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 para dar paso al reconocimiento pensional, por cuanto (i) la demandante no cumple con el test de procedencia y, (ii) aún de hacerlo, la misma no tiene ni siquiera una mera expectativa frente al

reconocimiento pensional dando paso a la aplicación del mencionado Acuerdo, pues el afiliado fallecido se afilió y cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, únicamente durante la vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, sería esta la única norma aplicable en caso de ser viable la aplicación del principio en cuestión.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La decisión de primera instancia fue proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, por cuya parte resolutive condenó a Colpensiones a pagar a ELEUTERIA PORTOCARRERO CUERO, la pensión de sobrevivientes, a partir del 04 de agosto de 2017, en cuantía de 1 salario mínimo mensual legal vigente para cada época, liquidando el retroactivo pensional causado hasta el 31 de diciembre de 2020 en \$39´172.784,30, suma que ordenó indexar. Autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional, lo correspondiente a los aportes al sistema de seguridad social en Salud, así como a descontar del retroactivo adeudado la suma de \$5.640.179 que por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez recibió el señor JOAO ARMANDO VIRISSIMO CORREA. Absolvió de la pretensión encaminada al reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Lo anterior tras considerar que si bien el señor JOAO ARMANDO VIRISSIMO CORREA, no reunió el mínimo de semanas exigido por la ley vigente a la fecha de su óbito, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es decir los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa, encontró que el afiliado dejó cotizadas un total de 602.43 semanas, de las cuales 334 fueron cotizadas en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, generando el derecho a la pensión de sobrevivientes. Indicó que la calidad de beneficiaria de ELEUTERIA PORTOCARRERO CUERO de la pensión de sobrevivientes, la encontró demostrada con la prueba testimonial recepcionada en el proceso.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES la apeló argumentando que el afiliado Joao Armando Virissimo falleció el 11 de mayo de 2011, por lo que la pensión de sobrevivientes solicitada debe analizarse conforme las previsiones de la norma vigente al momento del deceso, es decir el artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, disposición que exige la cotización de 50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, sin embargo en el presente asunto el afiliado cotizó cero (0) semanas dentro de dicho lapso, pues la última cotización a pensión la efectuó el 30 de junio de 1998, razón por la que no se acreditan los requisitos mínimos exigidos por la norma en referencia.

Advirtió que el Instituto de Seguros Sociales, le reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, teniendo en cuenta 602 semanas cotizadas en toda la vida laboral, generándose una incompatibilidad con la prestación pretendida en el presente proceso.

Consideró que el principio de la condición más beneficiosa no es aplicable al presente caso, teniendo en cuenta lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Señaló que consultado el RUAF la demandante se encuentra cotizando en Salud a Comfenalco Valle, desde el 22 de marzo de 2000, de lo que se puede colegir que no se encuentra en extrema pobreza, pues ha logrado sustentarse por sus propios medios 9 años posteriores al fallecimiento del causante.

Afirmó que la demandante no demostró pertenecer a un grupo que amerite especial protección constitucional, ni la concurrencia de ningún supuesto de riesgo.

CONSULTA

Por haber resultado desfavorable a Colpensiones, se impone a su favor el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.del T. y S.S. y las orientaciones jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de la interpretación del citado canon legal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 27 de mayo de 2021, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020.

Dentro del término, el apoderado de Colpensiones, a través de memorial allegado al correo electrónico de la Secretaria de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentó alegatos de conclusión, ratificándose en lo expuesto en la contestación de la demanda, y en el recurso de apelación.

La parte demandante 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)** JOAO ARMANDO VIRISSIMO CORREA nació en Portugal el 17 de junio de 1927 y falleció el 11 de mayo de 2011; **ii)** Que el señor JOAO ARMANDO VIRISSIMO CORREA cotizó al régimen de pensiones de prima media de manera interrumpida desde el 1º de enero de 1980 hasta el 30 de junio de 1998; **iii)** el Instituto de seguros Sociales mediante resolución número 012866 de 2000, le reconoció a JOAO ARMANDO VIRISSIMO CORREA una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$5'640.179, teniendo en cuenta

para ello 602 semanas de cotización; **iv)** JOAO ARMANDO VIRISSIMO CORREA y ELEUTERIA PORTOCARRERO CUERO, procrearon 2 hijos, llamados Duarte y Almeida Virissimo Portocarrero; **iv)** el 6 de agosto de 2020 ELEUTERIA PORTOCARRERO CUERO solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, recibiendo respuesta de Colpensiones mediante comunicación del 8 de agosto de 2020, a través de la cual le informaron que Joao Armando Virissimo Correa no se encontraba afiliado al régimen de prima media.

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 por el principio de la condición más beneficiosa. De ser procedente el reconocimiento pensional, habrá de establecerse la compatibilidad entre éste y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue reconocida al señor Joao Armando Virissimo Correa.

Es evidente 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. Es decir, 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, tal como lo dedujo la *A quo*.

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 del contrato de trabajo

o 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 la aplicación ultra activa de disposiciones derogadas.

En efecto, conforme al principio de la condición más beneficiosa es posible que algunas situaciones ocurridas durante la vigencia de la ley 100 de 1993 continúen siendo reguladas por normas anteriores, como tempranamente lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte por ocasión de la vigencia de ésta y particularmente frente a las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

No obstante, en la línea jurisprudencial de ésta la aplicación del principio tiene un carácter temporal y reducido, pues aplica solo frente a las sucesiones normativas inmediatas. En síntesis, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral estima que este principio no puede dar lugar a una especie de búsqueda normativa intensa hacia el pasado para encontrar la norma que se avenga a las circunstancias personales en que se encuentre el reclamante de la pensión. Esta posición se ha mantenido en sentencias como la SL-5665 de 5 de diciembre de 2018 y SL4650 de 2017, radicación 45262.

Empero, no es esa 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 <u>analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento</u> .
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 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</u> .
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 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

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.

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, contrario a lo sostenido por Colpensiones, 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 20 de febrero de 1948, contando con 63 años al momento del fallecimiento del causante y actualmente con 73 años; la demandante dependía económicamente del causante y sus necesidades básicas se cubrían con lo suministrado por el afiliado, subsistiendo desde su deceso, con las comidas que hace de vez en cuando, tal como se expondrá más adelante.

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.

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.

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 (SL-2959 de 2018, 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 **602,43 semanas** durante toda su vida laboral, de las cuales **387 fueron cotizadas todas 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. Obsérvese el siguiente esquema de cotizaciones:

PERIODOS (DD/MM/AA)		DÍAS DEL PERIODO	NOTAS DEL CÁLCULO
DESDE	HASTA		
1/01/1980	30/04/1980	121	
1/05/1980	31/05/1980	31	
1/06/1980	30/06/1980	30	
1/07/1980	31/08/1980	62	
1/09/1980	31/12/1980	122	
1/01/1981	11/03/1981	70	
6/04/1986	31/12/1986	270	
1/01/1987	31/12/1987	365	
1/01/1988	31/12/1988	366	
1/01/1989	31/12/1989	365	
1/01/1990	19/07/1990	200	
24/04/1992	30/09/1992	160	
1/10/1992	31/12/1992	92	
1/01/1993	31/12/1993	365	
1/01/1994	31/03/1994	90	387 semanas al 31/03/1994
1/04/1994	31/12/1994	275	
1/01/1995	16/01/1995	16	
1/02/1995	28/02/1995	28	
1/03/1995	31/03/1995	31	
1/04/1995	30/04/1995	30	
1/05/1995	31/12/1995	245	
1/01/1996	31/01/1996	31	
1/03/1996	31/12/1996	306	
1/01/1997	31/12/1997	365	
1/01/1998	30/06/1998	181	

TOTALES	4.217
TOTAL SEMANAS	602,43

Con fundamento en lo anterior, encuentra esta Sala que el afiliado fallecido JOAO ARMANDO VIRISSIMO CORREA dejó causada la pensión de sobrevivientes.

Como quiera que con la documental allegada al plenario se acreditó que a través de la resolución número 012866 de 2000, el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al señor Joao Armando Virissimo Correa, procede entonces la Sala a estudiar la compatibilidad de aquella y la pensión de sobrevivientes pretendida en el presente asunto.

Acerca de la compatibilidad de estas prestaciones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia SL SL11234 del 26 de agosto de 2015, indicando que:

Al examinar la sentencia impugnada, encuentra la Corte que, en primer lugar, el Tribunal no incurrió en yerro jurídico al ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, no obstante haber encontrado acreditado que el causante en vida recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, toda vez que esta Sala ha resaltado que, a la luz de la filosofía y los principios del Sistema General de Seguridad Social, el reconocimiento que se haga de dicha indemnización no afecta la causación de la prestación de sobrevivientes, por cuanto se trata de dos beneficios legales diversos, que buscan amparar riesgos disímiles y, por tanto, se soportan en exigencias legales diferentes, por lo que nada se opone para que un afiliado, que no reunió en su momento los requisitos de la pensión de vejez y, por ello, se le cancele la citada indemnización, pueda seguir como asegurado del sistema pensional para otro tipo de contingencias y, con ello, genere las respectivas prestaciones económicas.

En efecto, en la sentencia CSJ SL, 27 ago. 2008, rad. 33885, sobre este punto particular, esta Sala asentó:

“Pues bien, superado lo anterior, se tiene que de la lectura de los cargos, se colige que los errores jurídicos que allí se plantean se hacen consistir, en esencia, en que al Tribunal no le era dable inferir con fundamento en el citado artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que los derechohabientes del asegurado fallecido no podían legalmente acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, cuando el afiliado ha recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Lo anterior, dado que no obstante la “vejez” y la “muerte” corresponden al mismo seguro, estos riesgos entre sí son independientes, y por ende se causan y generan por razones y situaciones distintas, y de verdad que difieren los requisitos para acceder a cada una de estas prestaciones económicas, pues mientras en la pensión de vejez el titular es directamente el afiliado o pensionado, en la de sobrevivientes es su núcleo familiar que goza también de protección en materia de seguridad social, lo que significa que aunque el asegurado no tenga derecho a la prestación por vejez, puede perfectamente dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivencia en favor de sus legítimos derechohabientes.”

Bajo estas consideraciones, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a Joao Armando Virissimo Correa a través de Resolución número 012866 de 2000, no es óbice para desconocerle a sus beneficiarios, si los hubiere, el derecho a 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.

Aclarado lo anterior, el artículo 13 de la ley 797 de 2003, en su tenor literal, diferencia al cónyuge, compañera o compañero del afiliado, de la misma

categoría de beneficiarios, pero respecto del pensionado; así, mientras que los primeros solo deben demostrar que estaban conviviendo con el afiliado al momento de su fallecimiento, los segundos deben acreditar que esa convivencia fue de 5 años como mínimo.

Criterio que fue recientemente sostenido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL 1730 del 3 de junio de 2020, en la que dijo:

*“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.”*

Quiere decir lo anterior, que en el presente asunto por tratarse del fallecimiento de un afiliado, debe la reclamante demostrar que convivía y hacía vida en común con el causante al momento de su muerte.

Para demostrar la exigencia de la convivencia, se recepcionó dentro del plenario la declaración del señor JAIRO ANTONIO SATIZABAL, quien afirmó que conoció a Joao y a Eleuteria hacía unos 45 años en Buenaventura, toda vez que aquel era capitán de un barco. Indicó que la pareja tuvo dos hijos llamados Duarte y Almeida. Que Joao era de Portugal, precisando que lo conoció más o menos en 1975.

Afirmó que Joao y Eleuteria nunca se llegaron a separar hasta el fallecimiento de él. Que ella nunca ha trabajado y dependía económicamente de su esposo. Sabe que la pareja tenía una casa en Buenaventura y luego cuando se mudaron a Cali consiguieron aquí una vivienda. Comentó que a Joao el ISS le negó la pensión de vejez pero le reconoció una indemnización, y que falleció el 11 de mayo de 2011.

Refirió que después del fallecimiento de Joao, Eleuteria se vio en la necesidad de vender tamales y envueltos, pues los hijos no le colaboran económicamente ya que cada uno tiene su hogar. Dijo que Eleuteria permanece enferma, que le duele el cuerpo. Aclaró que cuando Joao estaba vivo, Eleuteria dependía económicamente de él y no hacía tamales.

Por su parte, la testigo OLGA PERLAZA DE TORRES dijo que conoció a Joao y a Eleuteria desde hacía 42 años aproximadamente, toda vez que ella es la esposa del otro testigo JAIRO ANTONIO SATIZABAL, quien los conoció porque Joao trabajaba en un barco. Manifestó que Eleuteria y Joao tuvieron 2 hijos llamados Duarte y Almeida. Que Eleuteria se dedicaba las labores del hogar. Que la pareja nunca se llegó a separar. Dijo que ella y su esposo, le colaboran a Eleuteria, pues desde el fallecimiento de Joao quedó sola, vive sola, razón por la que le ayudan económicamente y la acompañan en su casa. Refirió que Eleuteria para pagar los servicios hace tamales y envueltos, pero no es siempre porque la mayoría del tiempo permanece enferma.

Indicó que Eleuteria no recibe ayuda de los hijos, pues cada uno tiene su hogar y ni siquiera la visitan, aunado a que no es pensionada ni recibe beneficio alguno del Estado.

El Tribunal considera que la prueba testimonial recaudada, 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. Además, como se señaló en párrafos precedentes, las subreglas de procedibilidad, para la aplicación del principio de la condición más

beneficiosa, operan para asuntos de tutela contra providencias judiciales y no, como en el presente asunto que quien estudia el caso es el juez natural de la especialidad, sin dejar de ver que ELEUTERIA PORTOCARRERO CUERO dependía económicamente de su compañero, pues luego del fallecimiento de aquel empezó a hacer tamales para cubrir los servicios públicos. Por tales razones no acoge la Sala los planteamientos expuestos por la apoderada de Colpensiones al sustentar la alzada, correspondiendo la confirmación de dicho aspecto de la decisión.

Con fundamento en lo anterior, encuentra esta Sala procedente reconocer la pensión de sobrevivientes deprecada, que **se causó desde el 11 de mayo de 2011**, por el fallecimiento del afiliado JOAO ARMANDO VIRISSIMO CORREA, en favor de la señora **ELEUTERIA PORTOCARRERO CUERO**, en un 100% en su calidad de compañera permanente supérstite y con carácter vitalicio por contar con más de 30 años a la fecha del fallecimiento del afiliado, pues nació el 20 de febrero de 1948, tal como se evidencia en la copia de su cedula de ciudadanía allegada al plenario.

Aclarado lo anterior y en lo que refiere al valor de la pensión, en primera instancia se estableció en un salario mínimo mensual legal vigente para cada época, sin que la parte demandante mostrara inconformidad al respecto, razón por la que habrá de confirmarse este aspecto de la sentencia apelada y consultada.

Conviene precisar que el derecho pensional de la demandante se consolidó a partir del fallecimiento del señor JOAO ARMANDO VIRISSIMO CORREA, es decir, 11 de mayo de 2011, por lo que sin duda NO se afecta por lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005, y en consecuencia, tienen derecho a percibir 14 mesadas, tal como lo estimo la *A quo*.

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 derecho pensional el 6 de agosto de 2020, recibiendo la negativa de Colpensiones mediante comunicación del 8 de agosto de 2020, razón por la que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 6 de agosto de 2017, aspecto de la sentencia que será modificado pues la *A quo* estimó que la prescripción operaba frente a las mesadas causadas antes del 4 de agosto de 2017.

Procede la Sala a efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, encontrando que el retroactivo calculado desde el 6 de agosto de 2017 y actualizado al 30 de junio de 2021 asciende a \$45'483.285.17, correspondiéndole a ELEUTERIA una mesada pensional a partir del 1º de julio de 2021 de \$ 908.526 equivalente al salario mínimo mensual legal vigente.

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, cuestión que se confirmará.

En cuanto a la condena por 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 causadas. Así, en el presente asunto hay lugar a confirmar la condena en este sentido, debiéndose efectuar la actualización con la siguiente fórmula:

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

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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia APELADA y CONSULTADA en el sentido de declarar probada la excepción PRESCRIPCIÓN propuesta en forma oportuna por la apoderada judicial de la parte accionada, respecto de las mesadas pensionales de sobrevivientes, causadas desde el 11 de mayo de 2011, fecha del fallecimiento del causante hasta el 05 de agosto de 2017.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia APELADA y CONSULTADA, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a favor de la señora ELEUTERIA PUERTOCARRERO CUERO, en su calidad de compañera permanente supérstite del causante JOAO ARMANDO VIRISSIMO CORREA, quien en vida se identificó con la cédula de extranjería número 53563, a partir del 11 de mayo de 2011, fecha del deceso de éste.

TERCERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la parte resolutive de la sentencia APELADA y CONSULTADA, en el sentido CONDENAR a COLPENSIONES, a pagar a favor de la señora ELEUTERIA PUERTOCARRERO CUERO, la suma de **\$45'483.285.17**, por concepto de mesadas pensionales, adeudadas desde el 06 de agosto de 2017 y actualizadas al 30 de junio de 2021, incluidas las adicionales de junio y diciembre; correspondiéndole una mesada pensional a partir del 1º de julio de 2021 de \$ 908.526 equivalente al salario mínimo mensual legal vigente.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia APELADA y CONSULTADA.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, apelante infructuoso y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1`000.000. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

SEXTO: 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.

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



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

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:

272f2b2e1ef9d956582a8c9220eefef5a82c68f7850d8eaea41958bfd8ef0095

Documento generado en 12/08/2021 09:55:35 p. m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**