



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación de Sentencia
Demandante	DAISURY OSORIO CARDONA en nombre propio y en representación de DERLY MARIANA CUERVO OSORIO
Demandado	PORVENIR S.A.
Radicación	760013105011201700058 01
Tema	Pensión de sobreviviente
Subtema	Establecer si: (i) Resulta dable el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la parte demandante Daisury Osorio Cardona en nombre propio y en representación de Derly Mariana Cuervo Osorio , por cuanto: (ii.i) no se cumple con el requisito del de fidelidad al sistema establecido en el literal (a) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con la reforma que incluyó el artículo 12 de la Ley 797 del 2003; (ii.ii) no se acreditó la convivencia junto al causante de cinco años con anterioridad al fallecimiento del óbito; (iii) el pago de intereses moratorios; (iv) la ampliación de la data estipulada respecto de la prescripción; (v) descuento de la devolución de saldos efectuada.

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de Agosto de 2022, siendo el día previamente señalado, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar sentencia, en Segunda Instancia, conforme los lineamientos definidos en el **numeral 1º del Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022**, en el proceso de la referencia.

En el acto, se proceden a resolver los **Recursos de Apelación** formulados por la **demandante y la demandada Porvenir S.A.**, contra la **Sentencia No. 156 del 8 de julio de 2020**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito** de esta ciudad.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la **demandada Porvenir S.A.**, los cuales son tenidos en cuenta en la presente decisión.

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala, a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 276

Antecedentes

DAISURY OSORIO CARDONA, actuando en nombre propio y en representación de **DERLY MARIANA CUERVO OSORIO**, presentó demanda Ordinaria Laboral en contra de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, pretendiendo el **reconocimiento y pago de la Pensión de Sobreviviente**, como consecuencia del fallecimiento de **Marlon Antonio Cuervo Velez (q.e.p.d.)**, a partir del **12 de noviembre de 2006**, junto con el **retroactivo, intereses moratorios, mesadas adicionales**, reajustes, las costas y agencias en derecho, cualquier otro derecho que resultará debatido y aprobado conforme a las facultades Ultra y Extra Petita otorgadas a la persona juzgadora de instancia.

Hechos

La **demandante**, en resumen de los hechos, indicó que, el causante **Marlon Antonio Cuervo Velez (q.e.p.d.)** ostentaba la calidad de afiliado; que, convivió con el causante en calidad de cónyuge.

Que, en nombre propio y en representación de su descendiente menor de edad, presentó solicitud ante la demandada en diferentes oportunidades respecto de la prestación económica pretendida, sin embargo, tales peticiones fueron resueltas negando la prestación.

Contestación de la Demandada

Porvenir S.A., se opuso a todas las pretensiones presentadas en la demanda, por cuanto, para la fecha del fallecimiento del causante se encontraba vigente el requisito de fidelidad en la cotización para los casos de pensión de sobreviviente. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Inexistencia de las obligaciones pretendidas; Cobro de lo no debido y falta de causa para pedir; Imposibilidad de**

aplicar efecto retroactivo; Buena fe de Porvenir S.A.; Afectación de sostenibilidad del sistema de pensiones; Prescripción; Compensación e innominada o genérica.

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 156 del 8 de julio de 2020**; declarando probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCIÓN, formulada por Porvenir S.A., respecto a las mesadas pensionales causadas en favor de la señora Daisury Osorio Cardona, antes del 28 de julio de 2013. Se desestimaron los demás medios exceptivos; condenando a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en favor de Daisury Osorio Cardona y la menor Derly Mariana Cuervo Osorio, en cuantía de un SMMLV, a razón de 14 mesadas al año, pagadera de la siguiente manera: •El 50% para la señora Daisury Osorio Cardona, a partir del 28 de julio de 2013. El porcentaje se deberá incrementar al 100% una vez fenezca el derecho de su hija Derly Mariana Cuervo Osorio. •El 50% para la menor Derly Mariana Cuervo Osorio, desde el 12 de noviembre de 2006, derecho que se extenderá hasta alcanzar la edad de 18 años, o hasta los 25 en el evento que acredite estar adelantando estudios; condenando a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a pagar a las demandantes las siguientes sumas: •\$34.977.920 a Daisury Osorio Cardona por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 28 de julio de 2013 y el 30 de junio de 2020; •\$58.803.810 a la menor Derly Mariana Cuervo Osorio por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 12 de noviembre de 2006 y el 30 de junio de 2020. Tales sumas se seguirán causando hasta la fecha efectiva de su pago; autorizando a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que del retroactivo a favor de la señora Daisury Osorio Cardona y de la menor Derly Mariana Cuervo Osorio descuenta la parte correspondiente a los aportes con destino al SGSSS, sobre las mesadas ordinarias. Así mismo, se autoriza a la demandada para que descuenta de manera indexada, los dineros pagados a las demandantes por concepto de la devolución de saldos; ordenando a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a indexar mes a mes las mesadas pensionales reconocidas a la señora Daisury Osorio Cardona y a la menor Derly Mariana Cuervo Osorio,

desde la fecha de su causación y hasta la ejecutoria del fallo, y a partir de esa fecha se empezarán a causar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas pensionales adeudadas a cada una de estas; condenando en costas a la entidad demandada. Por secretaría incluyendo en la liquidación de costas como agencias en derecho el 5% de los valores objeto de condena.

El **A quo**, como sustento del fallo mencionó que, no existe discusión respecto de la calidad de beneficiarias de las partes demandantes por cuanto, se les efectuó la devolución de saldos, de otra parte, indicó que, el causante dejó causado el derecho a la prestación económica, por cuanto, en vida cotizó un total de 50,29 semanas, dentro de los últimos tres años anteriores al fallecimiento, a su vez, indicó que, la Sentencia C – 556 de 2009, declaró inexecutable el requisito de fidelidad, lo anterior, por cuanto, los jueces deben abstenerse aplicar alguna norma que resulte regresiva inclusive en situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexecutable en los eventos en que la disposición sea un obstáculo para que la persona beneficiaria acceda a la garantía pensional.

Recursos de Apelación

Parte demandante presentó **recurso de apelación** solicitando que, se condene a **Porvenir S.A.**, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, teniendo en cuenta que son considerados una norma sustancial, por lo tanto, no se debe desconocer que, éstos se deben reconocer a partir de la causación del derecho, junto con las mesadas pensionales a las que haya lugar.

Indicó que, la primera petición del derecho prestacional fue negada en el año 2006, data anterior a la declaratoria de inexecutable de la norma que indica el requisito de fidelidad, que, en el año 2016 se efectuó una nueva reclamación y la demandada ante la reclamación persistió en la negativa del reconocimiento, debido a que, para esa fecha la norma había sido declarada inexecutable.

Porvenir S.A.

Presentó **recurso de apelación** solicitando que, revoque la condena proferida en contra de la entidad, por cuanto, se está inaplicando el requisito de fidelidad establecido en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, con anterioridad a la Sentencia C – 556 de 2009, que declaró la inexecutable de este requisito, lo anterior, como quiera que, la Sentencia C- 556 del 20 de agosto de 2009, no tiene efecto retroactivo, rige hacia futuro, por cuanto, no prevé en sus consideraciones o en la parte resolutoria que tuviera efectos retroactivos, lo anterior, conforme la Ley 270 de 1996 artículo 45 y la Sentencia T – 018 de 2008.

Indicó que, la accionante no acreditó la convivencia con el caudal probatorio allegado al expediente, precisó que, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece de forma taxativa que la calidad de cónyuge o compañero permanente superviviente requiere acreditar una convivencia de cinco años continuos con anterioridad a la muerte, requisito que, no se probó en el presente asunto, además reveló que, la procreación no acredita la convivencia.

Manifestó que, teniendo presente la devolución de saldos efectuada por la entidad no se puede presumir la calidad de beneficiarias de las partes demandantes, al respecto, el artículo 48 de la CN establece que, el estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema de pensión conforme las normas establecidas para el reconocimiento pensional, se quiere dar a entender.

En caso de no prosperar las anteriores peticiones, solicitó de forma subsidiaria que, se revoque el numeral 5, respecto de los intereses de mora incluso desde la ejecutoria de la Sentencia, por cuanto, la CSJ en la Sentencia rad. 50259 del 2014, declaró la improcedencia de intereses de mora por negar la pensión al no cumplir con el requisito de fidelidad y la improcedencia involucra al momento del fallecimiento o de la ejecutoria de la sentencia, en tal sentido los intereses de mora no deben condenarse teniendo en cuenta que la AFP negó la prestación conforme a una norma vigente al momento del fallecimiento y al momento de la definición de la pensión.

A su vez, solicitó que, se amplié el término de prescripción, toda vez que, se estableció que, respecto de la accionante Daisury debe ser a partir del año 2007, porque la prescripción solamente se puede interrumpir una vez, la accionante elevó reclamación el 25 de enero de 2007, la AFP rechazó la petición el 6 de marzo de 2007 y en el mes de julio de 2007 la demandante, elevó reclamación de devolución de saldos y la AFP devolvió los saldos el 23 de mayo de 2007 y en ese momento se interrumpió la prescripción, por lo tanto, se debe ampliar el rango de prescripción decretado en el presente asunto.

Lo anteriormente expuesto, conforme al artículo 151 del CPL, por cuanto, la prescripción es norma de interés general y la accionante no puede alegar su propia culpa al dejar trascurrir un tiempo superior, casi diez años desde el fallecimiento del afiliado en el año 2006 y demandar hasta el 2017 sin asumir las consecuencias derivadas de sus actos como es la prescripción.

Solicitó que, se incluya el tema de la compensación dentro del retroactivo que se vaya a causar.

CONSIDERACIONES

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver sobre los **recursos de apelación** interpuestos por la parte **demandante Daisury Osorio Cardona** en nombre propio y en representación de **Derly Mariana Cuervo Osorio** y la parte **demandada Porvenir S.A.**

Revisado el proceso, encontrando que no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde, resulta necesario resolver de fondo la Litis en estudio.

Hechos Probados

En el *sub judice* no es materia de discusión que: **(i)** el 27 de marzo del año 2000 contrajeron nupcias **Marlon Antonio Cuervo Vélez** y **Daisury Osorio Cardona** (fl. 19, expediente digital); **(ii)** **Marlon Antonio Cuervo Vélez** falleció el 12 de noviembre de 2006 (fl. 25 expediente digital); **(iii)** la parte

demandante **Daisury Osorio Cardona** en nombre propio y en representación de **Derly Mariana Cuervo Osorio**, diligenció el formulario de solicitud de prestaciones económicas pretendiendo el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente ante **Porvenir S.A.** y la entidad mediante comunicado del 6 de marzo de 2007 radicado 0200001046632500, negó la solicitud indicando que, no se cuenta con el requisito legal del 20% de fidelidad de cotización al Sistema General de Pensiones. Decisión reiterada mediante documento rad. 0103802038869000 del 8 de agosto de 2016 (fls. 26, 27 y 33 expediente digital); y, **(iv)** la entidad **demandada, Porvenir S.A.**, mediante comunicado del 23 de mayo de 2007 rad. 02000010481, giró a la cuenta bancaria de la demandante el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del causante en cuantía de \$672.502 dividido en 50% para **Daisury Osorio Cardona** y **Derly Mariana Cuervo Osorio**. (fl. 28 expediente digital)

Problemas Jurídicos

De acuerdo al recurso de apelación presentado por la parte **demandante Daisury Osorio Cardona** en nombre propio y en representación de **Derly Mariana Cuervo Osorio** y la **demandada Porvenir S.A.**, los problemas jurídicos se circunscriben a establecer si: **(i)** Resulta dable el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la parte demandante **Daisury Osorio Cardona** en nombre propio y en representación de **Derly Mariana Cuervo Osorio**, por cuanto: **(i.i.)** no se cumplió con el requisito del de fidelidad al sistema establecido en el literal (a) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con la reforma que incluyó el artículo 12 de la Ley 797 del 2003; **(i.ii.)** no se acreditó la convivencia junto al causante de cinco años con anterioridad al fallecimiento del óbito; en caso de confirmarse la decisión de primera instancia se analizará si procede: **(ii)** el pago de intereses moratorios; **(iii)** la ampliación de la data estipulada respecto de la prescripción; y, **(iv)** descuento de la devolución de saldos efectuada.

Análisis del Caso

Pensión de Sobreviviente

La prestación indicada, refiere a la garantía que le asiste al grupo familiar de una persona que fallece siendo afiliada al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, para reclamar la prestación que se causa con tal deceso.

Cabe indicar que, el objeto de la prestación permite que, las personas beneficiarias de la persona afiliada que fallece, puedan enfrentar el posible desamparo al que se puedan someter por el deceso de la persona de la cual dependían económicamente¹.

Normatividad y Jurisprudencia Aplicable

En virtud del principio del efecto general e inmediato de la Ley, la norma aplicable a la pensión de sobreviviente, es la vigente al momento de la estructuración de la misma, es decir, a la fecha del fallecimiento de la persona causante.

En el caso que nos ocupa, se tiene que, el causante **Marlon Antonio Cuervo Vélez (q.e.p.d.)**, falleció el 12 de noviembre de 2006, según se observa en el Registro Civil de Defunción obrante a fl. 25 del plenario, por tanto, la norma vigente al momento del deceso es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con la reforma que incluyó el artículo 12 de la Ley 797 del 2003, la cual, dispone los requisitos para obtener la pensión de sobreviviente, así:

- “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 y se acrediten las siguientes condiciones:*
 - a) <Literal INEXEQUIBLE>*
 - b) <Literal INEXEQUIBLE>”*

Del precepto citado, específicamente los literales (a) y (b), la Honorable Corte Constitucional, a través de la Sentencia C- 556 de 2009, los declaró inexecutable, por cuanto, se efectuó una comparación del artículo modificado con la redacción original, esto es, el artículo 46 de la Ley 100

¹ Sentencia T- 957 de 2010.

de 1993, concluyéndose que, se aumentó el número de semanas cotizadas y se estableció el nuevo requisito de fidelidad al sistema, el cual refiere a una cotización con una densidad del 20% y del 25% del tiempo transcurrido entre los extremos que la Ley señala, desconociendo que esa exigencia no puede ser cumplida en igualdad de condiciones para todas las personas.

Se indicó que, tal modificación, vulneraba el principio de progresividad e implicaba una regresividad que no tiene justificación razonable; por el contrario, constituyen un obstáculo, que aleja la posibilidad de acceder a la pensión de sobreviviente, desconociendo el fin último de la prestación, la cual procura amparar a las personas, que necesitan atender sus necesidades, sin mengua adicional por la contingencia de la muerte de la persona afiliada de quien dependían².

Por su parte, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha indicado que, en aquellos casos en los que el deceso de la persona causante ocurre antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, es viable su inaplicación, por resultar contrario al principio de progresividad y no regresividad previsto en la Constitución Política, Así lo determinó, entre muchas otras, en la sentencia CSJ SL779-2018, radicación n.º 63525 del 21 de febrero de 2018, en donde se indicó:

“[...] respecto al requisito de fidelidad al sistema de pensiones, esta Corte mediante sentencias CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 41832 y CSJ SL, 10 jul. 2010, rad. 42423 (pensión de invalidez), CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 42540 y CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 42501 (pensión de sobrevivientes), cambió su criterio para señalar que el requisito de fidelidad incorporado en las reformas pensionales del sistema general de pensiones (Ley 797 y Ley 860 de 2003), impuso una evidente condición regresiva en relación con lo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993, motivo por el cual, los juzgadores tienen el deber de abstenerse de aplicar esa exigencia, por resultar abiertamente incompatible con los contenidos materiales de la Carta Política, especialmente con el principio de progresividad y no regresividad. Así lo señaló, entre otras, en sentencia CSJ SL3594-2014:

(...) En esos eventos y ante la existencia de una previsión legal que desconoce el principio de progresividad el cual irradia las prestaciones de la seguridad social, el juzgador para lograr la efectividad de los postulados que rigen la materia y valores caros a un estado social de derecho consagrados en nuestra Constitución Política, especialmente en los artículos 48 y 53, y que encuentran sustento también en la regulación internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los

tratados sobre el tema ratificados por el Estado Colombiano los cuales prevalecen sobre el orden interno, debe abstenerse de aplicar la disposición regresiva aún frente a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexecuibilidad, en las hipótesis en que ella se constituya en un obstáculo para la realización de la garantía pensional máxime en casos como la pensión de invalidez, en que se trata de proteger a una población en circunstancias de vulnerabilidad y que amerita especial protección. Lo anterior significa que no se está disponiendo su inaplicabilidad general, pues frente a quienes la norma no resulte regresiva y consoliden el derecho durante el tiempo que tuvo vigor debe surtir plenos efectos.

Esto es, no se trata de darle efectos retroactivos a la decisión de inexecuibilidad mencionada, sino de inaplicar el requisito de fidelidad por su evidente contradicción con el principio constitucional de progresividad que rige en materia de seguridad social." (Subraya fuera del texto original).

En ese orden de ideas, en el presente asunto, no resulta aplicable el requisito de fidelidad, pese a que, al momento del fallecimiento del óbito se encontraban vigentes los literales (a) y (b), por cuanto, tal requisito, desde su formulación contradujo el principio constitucional de progresividad y no regresividad, lo cual resulta abiertamente contrario e incompatible con el marco axiológico de la Constitución Política.

Adicionalmente, es preciso indicar que, el causante acreditó la densidad de semanas establecidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con la reforma que incluyó el artículo 12 de la Ley 797 del 2003, normatividad vigente al momento del fallecimiento, al haber cotizado 50, 29 semanas.

Calidad de Beneficiaria de la Demandante y su Descendiente Menor de Edad

Es sabido que, el derecho a la pensión de sobreviviente, debe ser dirimido a la luz de la Ley que se encuentre vigente al momento del deceso de la persona afiliada o pensionada.

Se reitera que, el causante Marlon Antonio Cuervo Vélez falleció el 12 de noviembre de 2006 (fl. 25, expediente digital) por tanto, la norma vigente al momento del deceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con la reforma que incluyó el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, el cual, dispone para el presente caso quienes son las personas beneficiarias de la pensión de sobreviviente, así:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

(...)

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.

(...).”

Es preciso indicar que, la regla general en cuanto a la acreditación de la calidad de beneficiarios(as) de una pareja cónyuge, compañera o compañero permanente es que, la parte accionante debe acreditar en el caso del afiliado, la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia al momento del fallecimiento de la persona causante y en el caso de la sustitución pensional, en que la persona fallecida ostenta la calidad de pensionada, se debe acreditar una convivencia no inferior a cinco años con anterioridad a la fecha del deceso.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 100 de 1993, la devolución de saldos procede cuando el afiliado: *“...fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se les entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional si a este hubiere lugar...”*. (Subraya fuera de texto).

En línea con lo anterior, la Honorable Corte Suprema de Justicia³, ha considerado que, cuando no se reúnen los requisitos para acceder a un derecho pensional resulta procedente la devolución de saldos a los beneficiarios quienes deben acreditar en sede administrativa la calidad de beneficiarios (as) conforme a los artículos artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con la reforma que incluyó el artículo 13 de la Ley 797 del 2003.

³ Sentencias SL 3 feb. 2010, rad. 37387, CSJ SL 12 dic. 2007, rad. 31055, CSJ SL 11 sep. 2007, rad. 29818 y SL 309 de 2022.

En el *sub exámine*, se encuentra visible a fl. 28 del expediente digital, comunicado emitido por la AFP demandada Porvenir S.A., en el que, efectúa la devolución de saldos a la demandante Daisury Osorio en calidad de esposa, en un porcentaje del 50% y Derly Mariana Cuervo Osorio en calidad de hija en un porcentaje del 50%.

Por lo expuesto, no existe discusión en el presente asunto en que la entidad demandada en trámite administrativo de la reclamación pensional reconoció la calidad de beneficiarias de las demandantes en nombre propio y en representación de su descendiente menor de edad, pues, tanto para obtener la pensión de sobreviviente, como la referida devolución de saldos, se requiere cumplir las condiciones contempladas en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Amén de lo anterior, también se demostró en el proceso que, el 27 de marzo del año 2000, contrajeron nupcias **Marlon Antonio Cuervo Vélez** y **Daisury Osorio Cardona** (fl. 19, expediente digital); y, que el primero falleció el 12 de noviembre de 2006, habiendo además procreado una hija en ese ínterin, lo que de suyo también da cuenta de dicha convivencia.

Prescripción

En relación con la prescripción, en primer lugar, se analizará el fenómeno respecto de la parte accionante **Daisury Osorio Cardona**. Se encuentra debidamente acreditado que, el causante falleció el 12 de noviembre de 2006 (fl. 25), que la titular del derecho reclamó la pensión de sobreviviente ante **la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, el 25 de enero de 2007, petición que fue resuelta de manera negativa mediante comunicado del 23 de mayo de 2007.

Posteriormente, presentó nueva petición, el **28 de julio de 2016**, (fls. 29 a 31), y la AFP Porvenir S.A., negó la petición a través del comunicado del 8 de agosto de 2016 con rad. 0103802038869000 (fl. 33); posteriormente, presentó demanda ordinaria laboral el 13 de febrero de 2017, por lo que, acorde con lo previsto con los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por el fenómeno de la

prescripción, al ser una prestación de tracto sucesivo y en ese orden, cada reclamación suspende el fenómeno prescriptivo, en consecuencia, el retroactivo de las mesadas pensionales es dable reconocerlo a partir del **28 de julio de 2013**, fecha de la presentación del derecho de petición tres años atrás.

Es preciso recordar que, respecto de los menores de edad, por su condición de personas especialmente protegidas, no corre el término extintivo de la prescripción; es decir, que en su caso opera la suspensión mientras estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos, esto es, hasta cuando alcancen la mayoría de edad, sin consideración a que cuente o no con representante legal o que este actúe de manera eficiente o no lo haga.

Por lo anteriormente referido, respecto de la **descendiente menor de edad Derly Mariana Cuervo Osorio** el retroactivo de la pensión de sobreviviente es dable reconocerlo a partir de la fecha del fallecimiento de su ascendiente fallecido 12 de noviembre de 2006.

Intereses Moratorios

Ahora, respecto a los Intereses Moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se ha considerado que la procedencia, o no, de condenar a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios depende en gran medida de los términos que debía observar para resolver oportunamente la solicitud de pensión de la parte demandante **Daisury Osorio Cardona** en nombre propio y en representación de su descendiente **Derly Mariana Cuervo Osorio**.

En complemento de lo anterior, se ha sostenido, reiteradamente, que siendo el pago de intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 de carácter resarcitorio, no deben valorarse las situaciones que conllevaron a la tardanza, por tanto, configurada la mora en la solución del reconocimiento de la prestación debe resarcirse la misma mediante el pago de éstos en favor del pensionado (a), sin hacer ningún otro análisis.

De acuerdo a lo dicho, es evidente que, para cuando se resolvió el asunto administrativamente la norma sobre fidelidad al Sistema General de Pensiones estaba vigente (año 2007), pero poco tiempo después fue declarada inexecutable (año 2009); luego, la demandante nuevamente presentó solicitud de reconocimiento de la prestación deprecada (año 2016) que fue resuelta de manera negativa (año 2016), y la demanda fue incoada en el año 2017.

Por lo anteriormente expuesto es dable que se ordene la indexación del retroactivo pensional desde la fecha en que se reconoce el retroactivo a las demandantes hasta la ejecutoria de la sentencia, dado que es necesario compensar el efecto inflacionario que sufre el valor de las mesadas pensionales con el simple transcurrir del tiempo y respecto del reconocimiento y pago de intereses moratorios, éstos procederán a partir de la ejecutoria de la Sentencia. Por lo cual, la sentencia de primera instancia se confirmará en tal sentido.

Descuento de la Devolución de Saldos

El art. 78 de la Ley 100 de 1993, dispone que, cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobreviviente “...se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado incluyendo los rendimientos...”, lo anterior, permite deducir que, la devolución de los saldos en la cuenta de ahorro individual procede exclusivamente en aquellas circunstancias en las que no se reúnan los requisitos para acceder a alguna de las pensiones otorgadas por el sistema, por lo tanto, ante la procedencia de la devolución de saldos, no hay lugar al reconocimiento pensional y viceversa.

Tal y como se indicó con anterioridad, a fl. 28 del expediente, se encuentra comunicado proferido por la AFP Porvenir S.A., en el que, le comunicó a la parte demandante el reconocimiento y pago de la devolución de saldos en porcentaje del 50% para cada una de las beneficiarias en cuantía de \$672.502 (fl. 33), a través de consignación bancaria, en consecuencia, es pertinente la autorización a la entidad demandada, a que descunte del retroactivo pensional reconocido,

el monto económico por concepto de devolución de saldos de manera indexada, de modo tal que, se compense la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En ese orden de ideas, la presente Colegiatura considera que, lo anteriormente expuesto se encuentra en consonancia con la Sentencia proferida en primera instancia, en consecuencia, no salen avantes ninguno de los recursos de apelación interpuestos por las partes.

Costas

Las **COSTAS** en la presente instancia estarán recíprocamente a cargo de cada una de las partes vencidas en sus recursos y en favor de la parte contraria. Se fijarán como agencias en derecho la suma de CIEN MIL PESOS M/CTE. (\$100.000), que deberán pagarse por las demandantes en favor de la demandada y, a su vez, por la demandada en favor de las demandantes.

Decisión

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia No. 156 del 8 de julio de 2020**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, apelada, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en la presente instancia recíprocamente a cargo de cada una de las partes vencidas en sus recursos y en favor de la parte contraria. Se fijan como agencias en derecho la suma de CIEN MIL PESOS M/CTE. (\$100.000), que deberán pagarse por las demandantes en favor de la demandada y, a su vez, por la demandada en favor de las demandantes.

TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado que dictó la sentencia de primera instancia.

No siendo otro el objeto de la presente se firma en constancia como aparece.

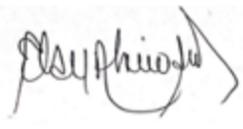
COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada