



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NANCY MARLENE MARTÍNEZ
DEMANDADA:	PROTECCIÓN S.A. Y SEGUROS BOLIVAR S.A.
RADICACIÓN:	76001-31-05-005-2021-00168-01
JUZGADO DE ORIGEN:	QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	PENSIÓN SOBREVIVIENTES – REQUISITO DE FIDELIDAD AL SISTEMA – NO PROCEDE SENTENCIA CSJ SL 20/06/2012 n° 42540
DECISIÓN	CONFIRMA

Santiago de Cali, Valle del Cauca, veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto por Protección S.A. y Seguros Bolívar S.A., en contra de la sentencia n° 328 de 5 de septiembre de 2022, emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, por lo que dicta la siguiente:

SENTENCIA n° 216

I. ANTECEDENTES

Reclamó la demandante, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes ocasionada con el deceso del señor Rodrigo Valencia Sabogal, en su calidad de cónyuge, junto a las mesadas adicionales e intereses moratorios y/o indexación.

Basó sus pretensiones en que su cónyuge Rodrigo Valencia Sabogal falleció el 26 de agosto de 2007, el cual dejó causado el derecho pensional, por lo que, en el año 2008 solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a Protección S.A., quien el 15 de abril de ese año, la negó con el argumento que el causante no cumplió con el requisito de fidelidad de cotización al sistema general de pensiones; que el 08 de mayo de 2012, nuevamente solicitó el derecho, indicando que la Corte Constitucional declaró inexecutable dicho requisito y, el 4 de junio de 2012, la entidad nuevamente la negó con el mismo fundamento, aduciendo que la sentencia constitucional no tiene efectos hacia el futuro. (Doc. 03)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, toda vez que, adujo que el señor Valencia Sabogal (q.e.p.d.), al momento de su fallecimiento el 26 de agosto de 2007, si bien cumplió con la densidad de semanas cotizadas en los 3 años anteriores a su deceso, también lo es que, no cumplió con el requisito de fidelidad de la cotización al sistema de seguridad social en pensiones conforme lo establece el literal a) del art. 12 de la Ley 797 de 2003, esto es, haber cotizado el 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de fallecimiento.

Y que a pesar que dicho requisito fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C 556 de 2009, este se encontraba vigente al momento del deceso del afiliado, por lo que, los

efectos de dicha sentencia no son aplicables al caso, ya que, por regla general las decisiones de inconstitucionalidad rigen hacia el futuro y que solo en casos específicos la Corte puede con la debida sustentación alterar la regla confiriendo efectos retroactivos o diferidos a sus decisiones, lo que no ocurrió en la citada Sentencia, pues la Corporación no previó que la misma fuese retroactiva.

Adicionalmente, informó que el 1 de junio de 2012, le reconoció a la actora la suma de \$3.031.878, por concepto de devolución de saldos que tenía el señor Valencia en su cuenta de ahorro individual.

Recalcó que, de acuerdo al art. 108 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de contratar un seguro de invalidez y sobrevivencia con una compañía de seguros debidamente autorizada a la cual se le paga una prima mensual, que se financia con el porcentaje señalado por la ley de las cotizaciones mensuales que realizan los afiliados al fondo de pensiones obligatorias, lo anterior quiere decir que, las AFP no tienen que asumir el riesgo de la financiación de la suma adicional que asegura dicho contrato, para el caso, indicó que Protección S.A., contrató a la Compañía de Seguros Bolívar S.A., quien recibió el pago de las primas de seguro a favor de Rodrigo Valencia Sabogal (q.e.p.d.)

Bajo ese entendido, solicitó el llamamiento en garantía de esa compañía de seguros. Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «*Inexistencia de la Obligación; (...) Prescripción; Compensación; Buena Fe; Inexistencia de Intereses Moratorios; (...)*» (Doc. 07)

Mediante auto interlocutorio n° 0016 de 12 de enero de 2022, el Juzgado admitió el llamamiento en garantía solicitado por Protección S.A., para la Compañía de Seguros Bolívar S.A. (Doc. 08)

Seguros Bolívar S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó que para la fecha del fallecimiento del señor Valencia Sabogal (q.e.p.d.), esa aseguradora no tenía ningún vínculo con Protección S.A., ni con el afiliado, y sólo hasta el año 2012 fue que Protección S.A., pasó a ser asegurada por Seguros Bolívar S.A., en virtud de la fusión por absorción que hizo este fondo de la otrora ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.

Por último, propuso las excepciones de fondo denominadas *«Ausencia Probatoria que Permita Establecer el Derecho a la Pensión de Sobreviviente a Favor de la Demandante; La Norma Vigente Para La Época Del Fallecimiento Del Causante Sí Exigía Fidelidad Al Sistema De Pensiones / La Sentencia De Constitucionalidad Que Declaró Inexequible Dicho Requisito Es Posterior Y Además No Consideró Su Aplicación Retroactiva; Compensación; Falta de Legitimación en la Causa Por Pasiva; (...)»* (Doc. 10)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia n° 328 de 5 de septiembre de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, resolvió:

PRIMERO: implicar el requisito de fidelidad como presupuesto para causar el requisito pensional.

SEGUNDO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada y la LLAMADA EN GARANTIA COMPAÑIA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., Salvo la de prescripción que se declarara probada parcialmente por las razones esgrimidas en este proveído.

TERCERO: DECLARAR que la señora NANCY MARLENE MARTINEZ SILVA, de condiciones civiles ya conocidas tiene derecho en su calidad de cónyuge la pensión se sobrevivientes en cuantía del 100% por el fallecimiento de su cónyuge el señor RODRIGO VALENCIA SABOGAL ocurrido el día 26 de agosto del 2007, en la suma de 14 mesadas anuales.

CUARTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y a la LLAMADA EN GARANTIA COMPAÑIA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., a reconocer y pagar a la demandante la suma de \$ **\$59.269.192** por concepto de retroactivo de la pensión de sobrevivientes causado desde el período **21 de octubre del 2.017** hasta el 31 de agosto del 2022. A partir del 01 de septiembre del 2022 el monto de la mesada pensional corresponde en cuantía de un (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente. Se autoriza a PROTECCION S.A., Para descontar los aportes a seguridad social en salud.

QUINTO: CONDENAR a PROTECCION S.A. y a la LLAMADA EN GARANTIA COMPAÑIA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., a indexar de las mesadas pensionales teniendo como base el IPC.

SEXTO: AUTORIZAR a PROTECCION S.A., a descontar del retroactivo pensional la devolución de saldos pagada a la actora en la suma de **\$3.031.878,00**, debidamente indexada a la fecha de pago.

Para arribar a esa decisión, la a-quo indicó que, como quiera que el señor Valencia Sabogal falleció el 26 de agosto de 2007, la norma aplicable al caso era la Ley 100 de 1993 modificada por la 797 de 2003, la cual establece que el afiliado antes de su deceso debía tener 50 semanas entre los 3 años inmediatamente anteriores a su deceso, situación que no fue debatido, toda vez que, de las respuestas dadas por el propio fondo pensional se estableció que lo cumplió, así como también que la actora era beneficiaria del posible derecho pensional, puesto que, el fondo le reconoció a ésta la devolución de saldos por ser su cónyuge, sin objetar dicha situación.

No obstante, manifestó que el punto de conflicto en este asunto es lo establecido en el literal a) del art. 12 de la Ley 797 de 2003, el cual exige que el afiliado fallecido, debía acreditar el requisito de fidelidad de cotización al sistema general de pensiones que, argumentó la AFP que el señor Sabogal (q.e.p.d.) no lo dejó causado por lo que, el derecho pensional no nació.

Al respecto, indicó que la CSJ Sala de Casación Laboral, ha establecido que dicho requisito no se puede exigir para efectos de la pensión de sobrevivientes, que solo se requirió durante el lapso que comprende la entrada en vigencia del art. 12 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C 556 de 2009, toda vez que, a pesar que en dicha sentencia se declaró inexecutable, la misma no previó que sus efectos tuviesen efectos retroactivos, empero señaló que, la Corte en sentencia de unificación indicó que la pensión de sobrevivientes no puede ser negada por falta de acreditación del requisito de fidelidad al sistema, toda vez que, esta exigencia es contraria a los mandatos superiores de progresividad en materia de seguridad social imponiéndole a los usuarios una obligación más gravosa que las existentes para acceder al derecho pensional; al respecto, rememoró la sentencia SL 1163 de 2022.

Por lo anterior, concluyó que la actora si es merecedora de la pensión de sobrevivientes dejada por su cónyuge Rodrigo Valencia (q.e.p.d.), en una cuantía de un smlym y 14 mesadas por haberse causado en el año 2007.

Aplicó parcialmente la prescripción de las mesadas pensionales a partir de 21 de octubre de 2017, arrojándole un retroactivo pensional hasta el 31 de agosto de 2022 de \$59.269.192, autorizó a la AFP descontar del mismo los valores pagados a la demandante por concepto de devolución de saldos en la suma de \$3.031.878, dinero que deberá devolverse indexado a la fecha del pago, y lo autorizó a descontar los aportes a salud sobre las mesadas ordinarias.

En cuanto a los intereses moratorios, manifestó que estos son de carácter resarcitorios, pero en el presente caso lo que se debe reconocer es la indexación, toda vez que, la AFP negó la prestación

económica, conforme a la norma vigente y en el presente asunto se reconoció el derecho pensional con el cambio jurisprudencial; aunado a que, la reclamación pensional se radicó con anterioridad a la sentencia SL 42540 de 2012, la que dispuso que los jueces debían inaplicar este requisito de fidelidad como presupuesto para consolidar el derecho pensional.

En cuanto a la llamada en garantía, indicó que como quiera entre ING y Protección S.A., existió una fusión y para la vigencia en que Seguros Bolívar e ING suscribió una póliza colectiva donde se aseguró los riesgos de invalidez y sobrevivencia de los afiliados de ésta, el señor Rodrigo había fallecido, consideró que dicha póliza lo cobija, siendo esta la obligada en financiar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Protección S.A., apeló la sentencia con el mismo argumento que esgrimió en la contestación de la demanda, por lo que, no se hizo necesario reproducirlo nuevamente.

Agregó que, debido a sus fundamentos no era dable la condena en costas, puesto que, si bien existió un vencimiento en juicio este obedece por una decisión jurisprudencial, pero lo cierto es que, la negativa del fondo es con base en la ley que imperaba en ese momento.

Así mismo, que no es procedente la indexación porque la característica de las AFP es mantener el valor del dinero en el tiempo de allí que en las cuentas de ahorro individual de los afiliados siempre se observa una rentabilidad que es exigida por la Superintendencia financiera. (Doc. 16, min. 59:27 a 1:04:13)

Seguros Bolívar S.A., manifestó que no comparte la decisión de la a-quo, por cuanto, quedó acreditado que la póliza previsional por la cual fue objeto su llamado, nunca tuvo como afiliado, ni beneficiario, ni asegurado, al señor Rodrigo Valencia Sabogal, tampoco, estuvo afiliado como cotizante activo de ING Pensiones y Cesantías S.A., que quedó demostrado que el afiliado fallecido sólo estuvo en Protección S.A., hasta la fecha de su deceso; sumado que Seguros Bolívar, nunca fue aseguradora de Protección S.A., ni durante todo el tiempo que el fallecido fue cotizante como afiliado activo a ese fondo, razón por la cual, dice que Seguros Bolívar, no está legitimada para actuar como pasiva, ni como llamada en garantía para asumir el pago de las sumas y conceptos que fue condenada, en ese sentido, señaló que la decisión de la juez debe ser revocada (Doc. Min. 1:04:20 a 1:06:19)

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n° 313 del 10 de julio 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos el apoderado de Seguros Bolívar, como se advierte en los archivos 04 del expediente digital, los cuales son considerados en el contexto de este proveído.

Con lo anterior se procede a resolver, previas las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

Atendiendo el marco funcional atrás reseñado (art. 66ª CPTSS), el problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer: **i)** si el requisito de la fidelidad de cotizaciones al sistema

general en pensiones resulta obligatorio para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; **ii)** si la condena en costas de primera instancia procede al igual que la indexación y; **iii)** si Seguros Bolívar S.A., es el responsable de asumir las sumas adicionales para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reconocida.

Antes de adentrarse la Sala en el estudio del interrogante planteado, es importante precisar que, no es materia de discusión que el señor Rodrigo Valencia Sabogal (q.e.p.d.), al 26 de agosto de 2007 (fecha de su deceso) tenía más de 50 semanas cotizadas tal y como lo exige el art. 12 de la Ley 797 de 2003, y que la señora Nancy Marlene en calidad de cónyuge del señor Valencia es su beneficiaria.

Lo que se discute es el requisito establecido en el literal a) del art. 12 de la Ley 797 de 2003, que para la fecha del deceso del afiliado es el aplicable al caso, literal que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C 556 de 20 de agosto de 2009, el cual dispuso que, el requisito de fidelidad de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones era regresiva para lograr los fines de la seguridad social aumentando sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho pensional, desconociendo la naturaleza de esta prestación, la cual no debe estar cimentada en la acumulación de un capital, sino que por el contrario, encuentra su fundamento en el cubrimiento que del riesgo de fallecimiento del afiliado se está haciendo a sus beneficiarios.

No obstante, y como quiera que esa Alta Corte no estableció que dicha sentencia tuviese efectos retroactivos, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entendió que durante el periodo en que tuvo vigor la exigencia de fidelidad de cotizaciones al sistema, estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad y su aplicación en ese interregno resultaba obligatoria.

Empero, sólo fue hasta la sentencia CSJ SL de 20 de junio de 2012 n° 42540, que nuestro Órgano de cierre modificó su postura frente a la aplicación estrictamente hacia el futuro de la sentencia C 556 de 2009.

Sobre este aspecto, se trae a colación un aparte de la sentencia SL 1163 de 2022, donde la Corte expuso:

*«(...) Fue el 20 de junio de 2012 que, por decisión mayoritaria de entonces, la Sala varió su criterio en lo referente a los efectos que debía surtir la declaratoria de inexequibilidad de una determinada disposición en materia de seguridad social, cuando esta ha impuesto un requisito que el juez de la Carta encuentra contrario a preceptos superiores, por ser abiertamente regresivo. Con fundamento en el principio de progresividad, aunado a los demás principios constitucionales, esta Sala estimó que «...**el juez debía abstenerse de aplicar la disposición regresiva sobre el requisito de fidelidad, aún frente a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexequibilidad, en las hipótesis en que ella se constituya en un obstáculo para la realización de la garantía pensional**» CSJ SL de 20 de jun. de 2012, no. 42540.*

Es así que, contrario a los argumentos esgrimidos por Protección S.A., la a-quo realizó un análisis correcto de la figura de la fidelidad de la cotización del sistema de pensiones, acogiendo plenamente el criterio que viene aplicando la CSJ Sala de Casación Laboral, quien da las pautas al momento de interpretar o de decidir un asunto en particular cuando la norma o el caso en particular lo demande.

Por lo anterior, la sentencia será confirmada sobre este aspecto.

Respecto a la indexación, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL, rad. 46984, expresó que:

«(...) la indexación corrige la devaluación de la moneda por inflación, mientras que los intereses moratorios compensan al acreedor por la tardanza del deudor en el pago de la obligación. Por lo tanto, el reconocimiento de estos dos conceptos a favor del acreedor, no se constituye en un doble pago, pues no persiguen un mismo fin, como erradamente lo considera el juzgador de segundo grado.

(...)

en cambio la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional».

En consecuencia, el sentir de la Sala es que la *A quo* acertó, al ordenar la indexación de las mesadas adeudadas, en atención a que esta busca es corregir la devaluación de la moneda por inflación, en ese sentido, se confirma dicha decisión.

De las costas procesales, sea del caso anotar, que la jurisprudencia del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Laboral ha establecido que las costas procesales son:

«...aquellas erogaciones económicas que comportan la atención de un proceso judicial, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, (valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha triunfado en el trámite del conflicto), que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente (AL5355-2017).»

Es así que, la imposición de esta sanción no comporta las actuaciones que realizaron los sujetos procesales ante de la iniciación del proceso, sino en la posición que se adopta en el curso del trámite judicial, esto implica que solo pueden ser exonerados de esta sanción los que resulten triunfante en el trámite judicial y aquellos que mantengan una posición pasiva, es decir que se allanen a los hechos y pretensiones de la demanda.

En el caso en particular, la AFP Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, sus argumentos de defensa se centraron en que, el causante no dejó acreditado los requisitos para configurar el derecho pensional, incluso propuso excepciones de mérito.

En ese sentido, no hay lugar a absolverlo de la condena en costas.

En cuanto, al recurso de apelación por parte de Seguros Bolívar S.A., de las pruebas adosadas el proceso, se observa que, en efecto Seguros Bolívar S.A., no constituyó con Protección S.A., póliza alguna para la cobertura de los siniestros de invalidez y sobrevivencia para sus afiliados durante el interregno en que estuvo afiliado el señor Valencia Sabogal, lo que se observa, es que dicha aseguradora fue contratada por la otrora ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., quien fue absorbida por Protección S.A., el 1 de enero de 2013 (Doc. 10), es decir, que las pólizas que suscribió ING con Seguros Bolívar S.A., antes de 1 de enero de 2013, no cubren las contingencias presentadas dentro de la AFP Protección S.A. con sus afiliados, toda vez que, esta AFP e ING eran entidades totalmente ajenas, por lo que, no se le puede endilgar un siniestro a una aseguradora por un contrato que suscribió con antelación a la fusión

realizada entre dichas AFP, en razón de ello, se modificará los literales 2º, 3º, 4º y 5º de la sentencia n° 328 en el sentido que se declarará probada la excepción de mérito propuesta por la Compañía de Seguros Bolívar S.A., denominada Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, y absolverla de cada una de las pretensiones incoadas por Protección S.A.

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A., por no salir avante su recurso, liquídense en primera instancia, inclúyase como agencias en derecho la suma de un (1) smlvm. Sin Costas a favor de Seguros Bolívar S.A., por salir avante su recurso.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR los literales 2º, 3º, 4º y 5º de la sentencia n° 328 de 5 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **DECLARAR** probada la excepción de mérito propuesta por la **Compañía de Seguros Bolívar S.A.**, denominada *Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*, y absolverla de cada una de las pretensiones incoadas por Protección S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de **Protección S.A.**, por no salir avante su recurso, liquídense en primera instancia, inclúyase como agencias en derecho la suma de un (1) smlvm. **Sin Costas** a favor de **Seguros Bolívar S.A.**, por salir avante su recurso.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se termina y firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales
Yuli Mabel Sánchez Quintero
Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
actos judiciales
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Valle

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA