



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

SENTENCIA 093

(Aprobado mediante acta del 1 de marzo de 2022)

Proceso	Ordinario Laboral
Demandantes	Alicia Reyes de Osorio
Demandado	Colpensiones
Radicado	76001310501820180048001
Temas	Pensión de Sobrevivientes
Decisión	Modifica – Adiciona - Confirma

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva al abogado Santiago Muñoz Medina quien se identifica con T.P. 150.960 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en representación de Colpensiones, y a su vez, se reconoce personería jurídica a la abogada Sandra Milena Parra Bernal quien se identifica con T.P. 200.423 del Consejo Superior de la Judicatura, según poder de sustitución aportado.

En Santiago de Cali - Departamento del Valle del Cauca, el día veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022), la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ, quien actúa como Ponente; obrando de conformidad con el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el Acuerdo No. PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; adopta la decisión con el fin de dictar sentencia en el proceso de la referencia, que se traduce en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Para empezar, pretende la demandante que se condene a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 1.º de noviembre de 2017, como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge Hernán Osorio Rendón, junto con los intereses moratorios y las costas procesales.

Lo anterior, bajo el argumento de que contrajo nupcias con el difunto Hernán Osorio Rendón desde el 15 de febrero de 1965 quien estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones acumulando 670 semanas de las cuales 650 fueron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que falleció el 1.º de noviembre de 2017. Así mismo, refirió que el 12 de abril de 2018 reclamó la pensión de sobrevivientes ante la demandada, pero le fue negada a través de Resolución SUB 145334 del 30 de mayo de 2018.

Aunado a lo anterior, manifestó que si bien es cierto el causante no acumuló las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su deceso, sí lo es que cotizó más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal como lo exige el Decreto 758 de 1990.

CONTESTACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Conforme lo anterior, Colpensiones se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que no cumple con las exigencias de la norma. Asimismo, que se configura una incompatibilidad, toda vez que ya se había reconocido la indemnización sustitutiva. Propuso las excepciones inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción. Además, la de buena fe, la innominada o genérica y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia 264 proferida el 23 de agosto de 2019, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a Colpensiones a reconocer y pagar en favor de la demandante la pensión de sobrevivientes a partir del 1.º de noviembre de

2017 en cuantía de 1 SMLMV, sobre 13 mesadas al año, la cual deberá ajustarse anualmente.

Asimismo, liquidó el retroactivo a partir del 1.º de noviembre de 2017 hasta el 31 de julio de 2019 en suma de \$18.166.109, el cual deberá ser indexado. De igual forma autorizó el descuento del valor correspondiente a los aportes en salud y al reconocido por concepto de indemnización sustitutiva en suma de \$2.070.395, suma que deberá ser indexada al momento de realizar el descuento.

Aunado a lo anterior, condenó al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta que se efectúe el pago o la inclusión en nómina. Además, autorizó a la demandada para que descuenta del retroactivo el valor correspondiente a aportes en salud y la suma de \$4.543.009 que fue reconocida por concepto de indemnización sustitutiva, en el caso en que efectivamente se haya cancelado. Por último, no impuso condena en costas.

Como fundamento de la decisión, la Juez señaló que el causante falleció en vigencia de la Ley 797 de 2003, sin embargo, no acreditó la densidad de semanas que exige la citada norma, así como tampoco la Ley 100 de 1993 en su texto original, pero sí acreditó las semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, pues cotizó un total de 670 semanas en toda su vida laboral, y antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cotizó 650 semanas, superando así, las 300 exigidas por esta norma, explicó que el citado Acuerdo resultaba aplicable en virtud del criterio jurisprudencial desarrollado por la Corte Constitucional.

En lo relativo a la calidad de beneficiaria de la demandante, señaló que no se encontraba en discusión, teniendo en cuenta que, por un lado, la demandante contrajo nupcias con el causante y que no se evidenció divorcio, por otro, que, con la prueba testimonial recaudada, se logra acreditar que dependía económicamente frente al causante.

Aunado a lo anterior, frente a la prescripción, refirió que al causante en vida le fue negada la pensión de vejez por el ISS y en su lugar, le reconoció la indemnización sustitutiva mediante acto administrativo, que la demandante solicitó la pensión de sobrevivientes el 12 de abril de 2018, la entidad negó su reconocimiento el 30 de mayo de 2018 y que fue notificada el mismo mes y año

y que la demanda se radicó el 29 de agosto del mismo año, por lo que no encontró configurada la prescripción.

Por último, negó los intereses moratorios bajo el argumento de que la pensión fue reconocida mediante el estudio de la condición más beneficiosa, por lo que ordenó la indexación, aun sin haber sido solicitada con la demanda, razón por la que ordenó los intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación de manera parcial, centra su censura frente a la negativa a la condena en costas bajo el argumento de que la entidad vencida en juicio debe ser condenada a las mismas conforme lo establece la ley.

La apoderada judicial de Colpensiones interpuso y sustentó el recurso de apelación bajo el argumento de que la Juez no tuvo en cuenta los testimonios recaudados, específicamente el de Mireya y el de María Cecilia cuando indicó que la casa es propia, que los hijos son los que brindan apoyo económico a la demandante, además, que la demandante siempre ha laborado arreglando ropa.

Asimismo, considera que no es viable el reconocimiento de la pensión, toda vez que ya se había reconocido una indemnización sustitutiva en vida al causante –hace lectura de una providencia de la Corte Constitucional–.

Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar, se absuelva a la entidad de las pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este despacho judicial, a través de auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Estando dentro de la oportunidad procesal, la parte demandada Colpensiones presentó escrito de alegatos. Por su lado, las demás partes no presentaron los mismos, dentro del término concedido, tal como se observa en el expediente.

Es así, que se tienen atendidos los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Conforme al artículo 66A del CPTSS la competencia de esta Corporación procede del recurso de apelación interpuesto por las partes y, además, del grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 ibídem, en tanto la sentencia fue desfavorable a los intereses de la entidad demandada.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Corresponde a esta Sala determinar si acertó o erró el Juez de primer grado ante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante, en caso de lo primero, se establecerá si la demandante cumple el requisito de dependencia económica, si hay lugar al retroactivo, a partir de qué fecha; además, si se causan los intereses moratorios.

Aunado a lo anterior, se determinará si hay lugar a condenar en costas a la demandada.

Son hechos probados y no admiten discusión, conforme a la prueba documental aportada al expediente:

-) Que el causante, Hernán Osorio Rendón feneció el 1.º de noviembre de 2017 (f.º 17)
-) Que Colpensiones, a través de Resolución 3853 de 2006, en vida del causante, le reconoció la indemnización sustitutiva en suma de \$4.543.009, que mediante Resolución SUB 145334 de 2018, negó la pensión de sobrevivientes (f.º 31)

Ahora bien, la pensión de sobrevivientes se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico colombiano con el objetivo de brindar al grupo familiar de un fallecido el soporte económico necesario para garantizar la satisfacción de sus necesidades, evitando así, que además de sufrir la aflicción por la ausencia de su ser querido, también tengan

que afrontar la carencia de los recursos económicos que éste, con su trabajo o su mesada pensional les proveía.

A la luz de la jurisprudencia de la CSJ, SCL, la regla general es que la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado es la que determina la norma que gobierna el derecho a la pensión de sobrevivientes, esto es, fenecido Hernán Osorio Rendón el 1.º de noviembre de 2017, la norma aplicable es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

En cuanto al requerimiento de la citada norma, relativo a las 50 semanas de cotización en los últimos 3 años anteriores a la fecha del deceso, es decir, por el período del 1.º de noviembre de 2014 y el mismo día y mes del año 2017, una vez revisada la historia laboral, reporta “0” semanas cotizadas, de ahí que el causante no acredite el cumplimiento de ese requisito, como tampoco las 26 semanas que exige la Ley 100 de 1993 en su texto original.

Pero, en aras de satisfacer el particular amparo constitucional, conforme a los principios de la seguridad social como derecho fundamental, el de progresividad, el mínimo vital y demás conexos, se advierte el estudio del denominado principio de la condición más beneficiosa.

El cual, se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, y permite aplicar normas derogadas cuando la vigente es regresiva y afecta derechos respecto de los cuales existe una expectativa legítima, por demandar requisitos más rigurosos que la norma anterior.

No obstante, la aplicación de ese principio no ha sido uniforme por parte de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, cuando los afiliados se encuentran inmersos en un tránsito legislativo y han efectuado cotizaciones sea en uno de los regímenes o en diferentes regímenes pensionales.

Al respecto, la suscrita Magistrada Ponente compartía el criterio que de vieja data ha analizado la H. Corte Suprema de Justicia en aplicación del mencionado principio, que pregona el reconocimiento de la pensión

de sobrevivientes en aplicación del citado principio, pero cuando los afiliados tienen una situación jurídica y fáctica concreta, es decir, circunscrito en forma irrefutable a la Ley 797 de 2003, cuando se demuestra el mínimo de semanas cotizadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, limita para acudir de manera exclusiva a la norma inmediatamente anterior.

Sin embargo, atendiendo el principio de progresividad, entendido como el deber que tiene el estado de avanzar en materia de seguridad social y de sostener los beneficios alcanzados en este tema, según lo ha explicado la Corte Constitucional:

“...el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”¹

Así como el avance jurisprudencial que en la materia ha desarrollado la Alta Corporación citada, según el cual, el criterio interpretativo del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria es restrictivo en comparación a los preceptos de la Carta Política, pues no demuestra un mejor desarrollo de los principios y derechos constitucionales; establecen las razones para que la suscrita Ponente se aparte de la tesis que venía sosteniendo, y acoja el criterio jurisprudencial desarrollado la H. Corte Constitucional -adoptado con antelación por los restantes integrantes de la Sala de Decisión-, que permite confrontar sistemas jurídicos que no son inmediatamente sucesivos, esto es, admite hacer el tránsito de la Ley 797 de 2003 al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Lo anterior, por cuanto, el principio de la condición más beneficiosa permite la aplicación de normas derogadas que ostensiblemente representan entornos más propicios para la adquisición del derecho a la pensión, y como lo ha señalado la H. Corte Constitucional, no tiene restricción ni en la Carta Política ni en la jurisprudencia, y propende por la preservación de las expectativas legítimas² frente a cualquier cambio

¹ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004.

² Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-147 de 1997, señaló que las expectativas legítimas deben: *ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas, de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social”.*

normativo abrupto, que imponga requisitos adicionales que imposibiliten la consolidación de un derecho.

A la anterior decisión se llega también, con el íntimo convencimiento de que la tesis de la H. Corte Constitucional atiende principios constitucionales por ser la encargada de unificar las interpretaciones conforme a la Constitución Política, pero además, de garantizar la integridad de dicho texto, de ahí, que finalmente es en orden jerárquico el órgano de cierre, interpreta la norma con base en los principios y estatutos constitucionales, por ende, se trata de un precedente con fuerza vinculante³. Precursor que incluso ha sido aceptado por la Sala de Casación Civil de la CSJ, corporación que en decisiones de tutela ha ordenado a la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación⁴, atender el criterio de la Guardiania Constitucional.

Precisado lo anterior, se advierte que, el citado criterio se unificó a partir de la sentencia SU-442 de 2016, para establecer que en virtud del principio estudiado se puede aplicar no solamente la norma inmediatamente anterior a la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado, sino incluso la contemplada en normas más antiguas.

Igualmente, la Sala considera que el artículo 53 de la Constitución Política no impone un límite temporal al funcionario judicial para determinar la norma más favorable al trabajador. En efecto, el principio de favorabilidad implica que el Juez, como garante de los derechos de los ciudadanos, a través del estudio de cada caso particular y concreto puesto a su conocimiento, determine cuál norma sería la más favorable al trabajador, y aplicarla, en caso que ésta haya regulado su situación jurídica. De esta manera, la restricción impuesta por la Corte Suprema de Justicia en su actual jurisprudencia, frente a la presunta obligación de aplicar únicamente la norma inmediatamente anterior a la vigente, no resulta ajustada a la finalidad del principio de favorabilidad y de progresividad, menos cuando la norma no explicita o regula de manera concreta el alcance de las expectativas legítimas generadas por una normativa en materia pensional, razón suficiente para denegar el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

³ Corte Constitucional, sentencias SU-611 de 2017, SU-023 de 2018, y SU-068 de 2018.

⁴ STC17906-2016; STC12014-2014, STC2773-2018 y STC6285-2019.

Sumado a lo anterior, para este Tribunal, resulta imperioso precisar, que la Corte Constitucional, en sentencia SU-005 de 2018, al reanudar el análisis del alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, limitó su aplicación al denominado Test de Procedencia explicitado en esa providencia, haciendo énfasis en lo referente a la vulnerabilidad de las personas y siendo así, serían todos aquellos individuos que lo hayan superado, esto es, las personas en quienes confluyan circunstancias de:

«(i) pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o se encuentren en situación de riesgo derivada de la condiciones como analfabetismo, vejez, pobreza extrema, cabeza de familia, desplazamiento o padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa. (ii) para quienes el desconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción del mínimo vital y vida digna, (iii) justifiquen su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de la invalidez, y (iv) demuestren una actuación diligente para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez».

Una vez realizado el test de procedencia esta Sala avizora, que:

La demandante pertenece a un grupo de especial protección al demostrarse procesalmente que ostenta situaciones que le generan un riesgo inminente y requieren de un miramiento exclusivo, toda vez que, con la prueba testimonial recaudada, se logra inferir que dependía económicamente no solo del causante, sino también de los hijos, quienes le proporcionaban un aporte al hogar, debido a que el causante no gozaba de un trabajo formal.

Y así lo manifestaron las señoras Mireya Batero de Cataño, María Cecilia Márquez de González y Ana María Delgado en sus declaraciones, quienes al unísono afirmaron conocer a la pareja, que los vieron siempre juntos, que el causante era conductor, que últimamente lo veían conduciendo vehículo escolar, pero que era ocasional, que él se rebuscaba para llevar el alimento a su casa, que la demandante antes del deceso de su cónyuge, se dedicaba a la costura pero que no le llegaba trabajo constante, que era ocasional.

Además, que luego del deceso del señor Osorio, ha seguido cosiendo ropa, pero es menos frecuente dada su edad, al respecto se resalta que la demandante actualmente cuenta con 74 años de edad, próxima, incluso, a

cumplir 75 años de edad, por lo que esta sala considera que no es una persona apta para conseguir un trabajo estable con todas las garantías de ley.

Así mismo, se evidencia que la negativa al reconocimiento de la pensión afecta la vida digna y el mínimo vital de la demandante, quien según se evidencia de las pruebas aportadas, figura afiliada en el Sistema de Seguridad Social en Salud, en el régimen subsidiado desde el año 2013, como cabeza de familia, en estado activo en la actualidad.

De igual forma, en la carpeta administrativa, reposa documento a través del cual el causante manifestó su imposibilidad de seguir cotizando al sistema y esta situación no se encuentra en discusión por las partes en litis. Misma situación se presenta sobre la demora para promover la demanda, toda vez, que esta situación no fue discutida durante el trámite del proceso.

De acuerdo con lo anterior, es procedente estudiar el derecho pretendido al tenor de lo dispuesto en el Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990, ello por cuanto dicha norma gobernaba la situación pensional del causante antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues se encontraba afiliado al RPM desde el año 1967; precepto bajo el cual cumple el requisito de semanas exigidas, pues cotizó en toda su vida laboral 670,43 semanas entre el 1.º de enero de 1967 hasta el 31 de agosto de 1998, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1.º de abril de 1994, cotizó 650 semanas, siéndole exigible con la normatividad en mención bajo el amparo de la condición más beneficiosa 300 semanas a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, en consecuencia, dejó causado el derecho que ahora se reclama, como lo concluyó la juez y esta situación no se encuentra en controversia entre las partes.

Con relación a la calidad de beneficiaria de la demandante, se advierte que este requisito se encuentra acreditado, teniendo en cuenta que en la actualidad permanece vigente el vínculo matrimonial entre el causante y aquella, desde el año 1965. Y frente al requisito de dependencia económica, es preciso resaltar, como se dijo en precedencia, una vez escuchadas las declaraciones de las señoras Mireya Batero de Cataño, María Cecilia Márquez de González y Ana María Delgado quienes, al unísono, manifestaron que la demandante convivió con el causante, que nunca se separaron y que dependía económicamente del fallecido.

Además, que la demandante en vida del causante se dedicaba a coser ropa, pero que esta actividad era ocasional, que el causante se rebuscaba el trabajo, que ante de su deceso realizaba labores de conductor, pero no era un trabajo formal, que solo cuando le daban la oportunidad.

Al respecto, la parte pasiva reprocha el argumento de que la demandante depende económicamente de sus hijos y no de su cónyuge; no obstante, contrario a lo que considera esta parte en Litis, lo que se logra inferir de las declaraciones rendidas, es que tanta era la dificultad del causante en la consecución de trabajo formal con todas las garantías, que hasta la demandante con lo que realizaba –que era dedicarse a la costura- y la ayuda de sus hijos, suplían las necesidades básicas del hogar.

Aunado a lo anterior, no se puede perder de vista la edad con la que contaba el causante para la época de su deceso, esto es 78 años, por lo que es lógico que a su edad no pudiera conseguir con facilidad un sustento para su hogar. Asimismo, la edad que tenía la demandante, esto es, 70 años de edad, razón por la que les era difícil sustentar su hogar, y que de contera conllevó a sus hijos a brindarles una ayuda económica para suplir los gastos del hogar y tener lo de su congrua subsistencia.

En términos generales, era tal la situación económica del causante, que, por un lado, la demandante se dedicaba a realizar labores de costura ocasional y actualmente lo hace, pero con menos frecuencia, primero dada su edad, y segundo, porque casi no le llega trabajo. Además, consultada la página Adres, se evidencia que desde el año 2013, se encuentra afiliada al régimen subsidiado como madre cabeza de familia.

Por otro lado, los hijos que se encuentran en España y las dos que viven actualmente con la demandante, le proporcionan una ayuda y aunque no queda clara la cantidad de la misma, lo claro es, que lo hacen es para que su progenitora no pase necesidades. De igual forma, es claro para la sala que la demandante recibe un subsidio por parte del estado, más o menos de \$75.000 y esta situación, se considera, hace más gravosa la situación de ella, pues se logra inferir, que tuvo que recurrir a este beneficio dada su particular dificultad económica para suplir sus gastos básicos.

Ilustrado lo anterior, este Tribunal encuentra acreditado fehacientemente que la demandante cumple con los requisitos establecidos por la norma para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes deprecada.

Ahora bien, frente al fenómeno prescriptivo, es precisar indicar que el derecho se causó el 1.º de noviembre de 2017, la demandante reclamó el 12 de abril de 2018, la entidad negó el beneficio mediante Resolución SUB 145334 del 30 de mayo de 2018 y la demanda se radicó el 29 de agosto de ese mismo año, por lo que no se configura la misma.

Es así, que se reconocerá el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de la señora Alicia Reyes de Osorio, a partir del 1.º de noviembre de 2017, a razón de 13 mesadas anuales, con los respectivos incrementos de ley, en cuantía de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Una vez realizado el cálculo del retroactivo causado a partir del 1.º de noviembre de 2017 actualizada al 28 de febrero de 2022, el mismo asciende a \$48.357.082, el cual deberá pagarse debidamente indexado, razón por la que se modificará la sentencia proferida en primera instancia en razón a la cifra que deberá pagar la demandada.

Ahora bien, frente a los intereses moratorios esta Sala ha considerado que la misma tiene un carácter resarcitorio cuyo origen radica en el pago tardío de la pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes. No obstante, no se puede pasar por alto el pronunciamiento expuesto por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, que en sentencia SL 5013 de 2020, ha interpretado que es inviable condenar al pago de intereses moratorios cuando devienen de una pensión concedida en aplicación del principio de la condición más beneficiosa -tesis que se mantiene en la actualidad⁵-, razón suficiente para confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

Por último, en lo que hace referencia a la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva con la pensión de sobrevivientes y con la oposición a su devolución, ha de indicarse que esta procede cuando el cotizante o afiliado no estructura el derecho a pensionarse y opta por la devolución o reintegro de los aportes que ha realizado.

⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL5013-2020.

Para mayor claridad, es una forma de devolver los aportes a pensión realizados, que en el régimen de prima media (Colpensiones) toma el nombre de indemnización sustitutiva, y en los fondos privados de pensión toma el nombre de devolución de aportes.

Lo anterior cobra sustento con lo señalado en diversa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencia radicación 67359 del 18 de abril de 2018, órgano que ha enseñado que no por el hecho de reconocerse suma por concepto de indemnización sustitutiva se pierde el derecho a la pensión, contrario, al constatarse que procedía la prestación económica, por ser un derecho irrenunciable, habrá lugar a su reconocimiento y a la devolución de lo reconocido por aquello, y es así, porque para el cálculo que se realiza en ambas -indemnización o derecho pensional por cumplir requisitos- se tienen en cuenta los aportes al sistema.

Además, no se puede pasar por alto que la pensión de sobrevivientes es sobreviviente, lo que significa, que de no existir la de vejez, aquella tampoco, por lo que se concluye que no erró el juzgador de primer grado al autorizar que Colpensiones haga el descuento por el valor pagado por concepto de indemnización sustitutiva.

Por último, frente al punto de censura que tiene que ver con la absolución por concepto de costas a Colpensiones en primera instancia, al respecto, esta Corporación precisa que, conforme a lo plasmado en la contestación de la demanda, por haberse presentado oposición a las pretensiones, al haber propuesto excepciones y al ser vencida en juicio, son razones suficientes para dar aplicación a los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión según lo establecido en el artículo 145 del CPTSS.

Conforme lo anterior, le asiste razón al recurrente, es así que se adicionará la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de condenar en costas a Colpensiones, en favor de la parte activa, se dejará a disposición del juzgador de primer grado para que al momento de liquidar las mismas, disponga su cuantía.

En esta segunda instancia, se condenará a Colpensiones, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Conforme todo lo anterior expuesto, se confirmará en lo demás la sentencia proferida por el *A quo*.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia 264 del 23 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de condenar al pago del retroactivo de las mesadas pensionales a partir del 1.º de noviembre de 2017 actualizado hasta el 28 de febrero de 2022 en cuantía de \$48.357.082, debidamente indexado, conforme lo expuesto.

Segundo: ADICIONAR la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR en costas a Colpensiones, en favor de la parte activa, se deja a disposición del juzgador de primer grado para que al momento de liquidar las mismas, disponga su cuantía.

Tercero: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez de primer grado.

Cuarto: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y en favor de la parte activa, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Quinto: DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de Origen, una vez quede en firme esta decisión.

Lo resuelto se notifica y publica a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial en el link <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-011-de-la-salalaboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente, se cierra y se suscribe en constancia por quien en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
 Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
 Magistrada


JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
 Magistrado

Anexo 1. Retroactivo

RETROACTIVO			
Año	Mesada	N° de mesadas	Total
2017	\$ 737.717	3	\$ 2.213.151
2018	\$ 781.242	13	\$ 10.156.146
2019	\$ 828.116	13	\$ 10.765.508
2020	\$ 877.803	13	\$ 11.411.439
2021	\$ 908.526	13	\$ 11.810.838
2022	\$ 1.000.000	2	\$ 2.000.000
			\$ 48.357.082