



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

SENTENCIA 31

(Aprobado mediante acta del 22 de noviembre de 2022)

Proceso	Ordinario
Demandantes	Nancy Estella González Gómez y Allison Ocoró González
Demandado	Protección S.A.
Radicado	76001310501020160022201
Litisconsorte por activa	Clemencia Gamboa Valencia
Litisconsorte por pasiva	Colpensiones
Temas	Pensión de Sobrevivientes
Decisión	Confirma

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, el día el día trece (13) de enero de dos mil veintitrés (2023), la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ, quien actúa como ponente; obrando de conformidad con la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 mediante la cual se reglamentó la permanencia del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el Acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, adopta la decisión con el fin de dictar sentencia en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Para empezar, la demandante quien actúa a nombre propio y en representación de su hija Allison Ocoró González, actuando a través de apoderada judicial, pretende se condene a Protección al reconocimiento

y pago de la pensión de sobrevivientes en un 50% para cada una de ellas, a partir del día 18 de enero de 2003 como consecuencia del fallecimiento del señor Wilvert Ocoró Gamboa –como compañero permanente y padre, respectivamente-, junto con el retroactivo, las mesadas adicionales, los reajustes de ley, los intereses moratorios y las costas procesales.

Lo anterior fundamentada en que, el causante al momento de su deceso se encontraba afiliado a Protección S.A., como trabajador dependiente; que inició cotizaciones el 1° de noviembre de 1996 hasta el momento de su muerte; además, que convivieron juntos y fruto de esa unión procrearon una hija –actualmente mayor de edad-.

Asimismo, refirió que reclamó ante Protección S.A., el reconocimiento de la pensión pretendida el 2 de septiembre de 2015, pero que no ha sido resuelta.

Conforme lo anterior, una vez admitida y notificada la demanda, Protección S.A., se opuso a las pretensiones bajo el argumento que no se cumple con los requisitos para acceder al derecho pensional. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, falta de cumplimiento de los supuestos normativos; cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

Dentro del trámite procesal, el Juez de conocimiento dispuso a través de providencia de 2017, la vinculación de Colpensiones; una vez surtida la notificación respectiva, esta entidad se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de inexistencia del derecho a reclamar, buena fe, la innominada, prescripción, inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa, presunción de legalidad de los actos administrativos y pago.

Asimismo, el juez de primera instancia, dispuso la vinculación al presente trámite de la señora Clemencia Gamboa Valencia (mamá del difunto), persona que una vez notificada de la demanda, se observa escrito de contestación; sin embargo, el Juez de primera instancia, tuvo por no contestada la demanda y ante esa situación no se presentaron recursos.

De igual forma, mediante providencia de 2019, estando en audiencia, el Juez de conocimiento indicó que al ser Allison Ocoró

González mayor de edad para ese año, debía otorgar poder a un abogado, y sí se hizo el trámite; además, dispuso acceder al llamamiento en garantía realizado por Protección S.A., a Seguros Bolívar.

Surtido el anterior trámite, Seguros Bolívar se opuso a las pretensiones por carecer de sustento fáctico y legal. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de la no debido, falta de legitimación en la causa y la innominada.

Por su lado, Allisson Ocoro González, solicitó que se acceda a las pretensiones y se condene al reconocimiento del 50% de la pensión solicitada; no propuso excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Al respecto, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 142 proferida el 29 de julio de 2020, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones; además, declaró que no le asiste condena alguna a Seguros Bolívar y condenó en costas a la parte demandante, en proporciones iguales la suma de \$200.000 en favor de Colpensiones y, por la parte demandante en favor de Protección S.A., la suma de \$400.000.

Lo anterior fundamentado en que, no existe discusión frente al parentesco de Alison con su padre fallecido, la reclamación presentada por la demandante el 6 de octubre de 2015; la condición de afiliado del causante, el fallecimiento que lo fue el 18 de enero de 2003, que Colpensiones le reconoció la indemnización sustitutiva a la mamá del difunto y le negó la pensión de sobrevivientes a la demandante.

Agrega, que Colpensiones le cuantificó al causante 137 semanas; frente a definir cual entidad le corresponde, en un evento dado de reconocer el derecho pensional, indicó que para la fecha del óbito se encontraba vigente la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994 (traslado de régimen pensional) –hizo lectura de unos apartes de la norma-.

Asimismo, señaló que el causante se afilió a Colpensiones desde el 3 de mayo de 1993, Gestión Jurídica Empresarial con la cual empezó cotizaciones entre el 31 de octubre de 1995; a través del empleador Dama

S.A., desde el 1.º de marzo de 1996 hasta el 31 de octubre de ese mismo año; que conforme al SIAF se trasladó a Protección S.A. a través de Colmena hoy Protección S.A., el 13 de septiembre de 1996 y cotizó hasta septiembre de 1999, y que estas cotizaciones figuran en el fondo al 3 de octubre de 2015 y no en la historia laboral de Colpensiones.

Agrega, que se aportó copia del expediente del proceso ejecutivo promovido por la AFP Santander contra la empresa Dama S.A., con el cual se pretendía el pago de aportes de los trabajadores en mora, en el cual se encuentra el causante y que la deuda es desde el 1º de octubre de 1999 hasta el 31 de marzo de 2001.

Asimismo, hizo referencia al comunicado de Colpensiones en el que se indicó que el causante se encuentra válidamente afiliado a esa entidad, que, por ende, es la entidad que debe responder en caso que haya condena en su contra y que esto no se encuentra en discusión por parte de los fondos. Además, que dicha entidad le reconoció la indemnización sustitutiva en favor de la mamá del difunto, que por ello el fondo de Protección S.A., no está obligado a responder por condena alguna.

De igual forma, hizo referencia a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la aplicación del principio de la condición más beneficiosa; señaló que, conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia, esta indica que solo es posible la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la que regula el caso.

Refirió, que la norma que regula el caso es la Ley 100 de 1993 original –hizo lectura–, que, para el caso en estudio, indicó que el causante había dejado de cotizar al sistema y que permaneció activo hasta el 31 de marzo de 2001, que existe mora por parte de los empleadores y que se tendrán en cuenta los periodos de junio, octubre de 95; marzo y julio de 96; octubre de 99 y marzo de 2001, para contabilizar las semanas, pero que con estas no se logra acreditar las 26 que exige la norma.

Indicó que el causante cotizó 383 semanas en toda su vida laboral, que, estudiado el caso conforme al principio de la condición más beneficiosa, se encuentra que obtuvo un total de 383 semanas, de las cuales 47,57 fueron cotizadas entre el 5 de mayo de 1993 y el 31 de marzo de 1994, lo que le permitió concluir que no cumple con los requisitos del

Acuerdo 049 de 1990 que exige 300 en cualquier época y 150 previas al deceso del causante, pero que no dejó acreditado este requisito.

Agregó, que las 300 semanas en cualquier época debían cotizarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero así no fue, razón por la cual, declara probadas las excepciones propuestas.

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 demandante y la demandada Colpensiones presentaron escrito de alegatos. La litisconsorte necesaria no emitió pronunciamiento dentro de la oportunidad procesal.

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

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Resulta importante anotar que la competencia de esta Corporación está dada de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en grado jurisdiccional de consulta, por haber sido desfavorable a los intereses de la parte demandante.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Corresponde a esta Sala establecer si erró o acertó el juzgador de primer grado al negar la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

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

- El causante Wilvert Ocoró Gamboa, se afilió a Colpensiones el pasado 3 de mayo de 1993 y a Protección S.A. en el año 1996; además, feneció el 18 de enero de 2003.
- La demandante y el fallecido, fruto de la unión procrearon 1 hija de nombre Alisson Ocoró González, quien durante el trámite arribó a la mayoría de edad y está representada por apoderado judicial.
- La demandante en su momento elevó reclamación en nombre propio y en representación de su hija el año 2015 y la entidad le negó el reconocimiento del beneficio pensional.
- Colpensiones, mediante Resolución 8360 de 2014 le reconoció la indemnización sustitutiva a la señora Clemencia Gamboa Valencia.
- El causante estuvo multifiliado, pero se acreditó que es Colpensiones quien, en un evento dado, reconocerá la prestación solicitada.

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, Ocoró Gamboa el 18 de enero de 2003, la norma aplicable es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, texto original.

En cuanto al requerimiento de la citada norma, relativo a las 26 al momento del deceso del causante, siempre que se encontrara activo, ha de advertirse que ninguna de esas dos condiciones se cumple en el presente caso; y frente al cumplimiento del requisito de 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha del deceso, tampoco se cumple, toda vez, que una vez revisada la historia laboral, reporta “8,58” semanas cotizadas, aclarando que estas se reflejan a 2001 y la fecha del

fallecimiento del causante data del mes de enero de 2003, de ahí que el causante no acredite el cumplimiento de ese requisito, conforme lo 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, se advierte, que 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.

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

¹ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004.

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

A la anterior decisión se llega también, con el íntimo convencimiento 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.

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*".

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.

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.

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 1993; precepto bajo el cual no cumple el requisito de semanas exigidas, pues cotizó en toda su vida laboral 289,29 semanas entre el 3 de mayo de 1993 hasta el año 2001 –de manera interrumpida- de las cuales, tan solo 48,25 fueron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1.º de abril de 1994, 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, no dejó causado el derecho que ahora se reclama.

Ilustrado lo anterior, la Sala se sustrae del estudio de las demás pretensiones, toda vez que al no encontrarse acreditado el requisito de causación del derecho, no emerge la concesión del derecho pensional solicitado.

Lo anterior es así, pues frente a la carga probatoria, esta Sala reitera que la misma, se encuentra a cargo de la parte que aduce tener el derecho, para el caso que se estudia, se imponía a la parte demandante, pues así lo establece el artículo 167 del CGP analizado por analogía del artículo 145 del CPTSS, y de conformidad con la sentencia SL11325 de 2016, en la que señaló:

«De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado».

Todo lo anterior, a la luz del principio del principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, como en sentencias SL802 de 2021, SL858 de 2021, SL512 de 2021, entre otras.

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

Sin costas en esta instancia, dado el grado jurisdiccional de consulta.

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: CONFIRMAR la sentencia No. 142 del 29 de julio de 2020, proferida por la Juez de primer grado, conforme lo expuesto.

Segundo: Sin Costas en esta instancia.

Tercero: 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