



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

SENTENCIA 395

(Aprobado mediante acta del 2 de noviembre de 2021)

Proceso	Ordinario Laboral
Demandantes	María del Carmen González Muñoz
Demandado	Colpensiones
Radicado	76001310500320190019301
Temas	Pensión de Sobrevivientes
Decisión	Revoca

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva a la Dra. María Claudia Ortega Guzmán quien se identificada con T.P. 216.519 del Consejo Superior de la J., y a su vez, se reconoce personería jurídica a la abogada Sandra Milena Palacios Mena quien se identifica con T.P. 302.333 del Consejo Superior de la J., según poder de sustitución aportado.

En Santiago de Cali - Departamento del Valle del Cauca, el día nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), 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

Pretende la demandante que se condene a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del día 7 de agosto de 2018, como consecuencia del fallecimiento de su compañero permanente Luis Hernando Yaqueño Criollo, junto con el retroactivo, las mesadas adicionales, los intereses moratorios, de manera subsidiaria la indexación y las costas procesales.

Como hechos relevantes manifestó que, Yaqueño Criollo estuvo afiliado al ISS y cotizó en toda la vida laboral 385,29 semanas, quien falleció el 7 de agosto de 2018, que mediante Resolución SUB 396 del 2 de enero de 2019 le fue negada la prestación; que dependía económicamente del causante, que es analfabeta, que nunca ha trabajado, que siempre se dedicó al hogar y es madre cabeza de familia.

CONTESTACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, argumentando que no se cumple con el lleno de los requisitos legales. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, legalidad del acto administrativo, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia 154, proferida el 10 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante, fijó como agencias en derecho la suma de \$828.116.

Basó la decisión en que el causante estuvo afiliado al ISS, que la norma aplicable al caso es la Ley 797 de 2003, que exige 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al deceso del causante; que, revisada la historia laboral, se cotizó hasta el 31 de mayo de 1998 un total de 390,71 semanas en toda su vida laboral, por lo que es evidente que no se cumple con el requisito de semanas cotizadas como lo exige la norma que regula el caso.

Que, estudiado el derecho en aplicación de la condición más beneficiosa, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia con

radicación 26412 de 2015, autoriza la aplicación de la norma inmediatamente anterior; situación que no encontró configurada, toda vez que estudiada la ley 100 de 1993, no se alcanza a cumplir el requisito de 26 semanas; así mismo, advierte, que no se acredita el test de precedencia conforme lo establece la Corte Constitucional, por ende, niega el derecho pretendido.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante, interpuso y sustentó el recurso de apelación bajo el argumento de que, conforme a las pruebas aportadas al expediente, se cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pues se configura una expectativa legítima; además, que con la prueba testimonial queda demostrado el requisito de convivencia de la demandante con el causante, situación que no es desconocida por la demandada.

Por lo anterior, solicita que se tenga en cuenta la condición más beneficiosa y así mismo, se concedan las pretensiones de la demanda.

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 presentó escrito de alegatos. Por su lado, las demás partes no presentaron los mismos, dentro del término concedido.

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 la parte demandante.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Corresponde a esta Sala determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, en caso de lo primero afirmativo, se calculará el valor por retroactivo adeudado; se establecerá si hay lugar a los intereses moratorios o en su defecto a la indexación.

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

- Que el causante, Luis Hernando Yaqueño Criollo feneció el 7 de agosto de 2018 (f.º 10)
- Que Colpensiones, a través de Resolución SUB 396 del 2 de enero de 2019, negó la prestación económica deprecada (f.º 14-15)
- Que la anterior resolución fue notificada el 16 de enero de 2019 (f.º 13)

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 Yaqueño Criollo, el 7 de agosto de 2018, 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 7 de agosto de 2015 y el mismo día y mes del año 2018, se ve en la historia laboral expedida por Colpensiones (f.º 44) un total de 390,71 semanas cotizadas en toda la vida laboral, a partir del 27 de enero de 1973 hasta el 31 de mayo de 1998, de las cuales “0” fueron cotizadas en los 3 años anteriores al fallecimiento, 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 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

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*".

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

ordenado a la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación⁴, atender el criterio de la Gardiana 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.

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:

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

«(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:

Si bien es cierto la demandante actualmente cuenta con 60 años de edad, pues nació el 5 de julio de 1961 (f.º 8), no es menos cierto que 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 una vez dentro de los hechos de la demanda afirmó que es analfabeta; además, una vez escuchados los generales de ley durante la audiencia de primera instancia, al preguntársele por el número de su cédula, manifestó que no lo sabía, incluso vista la copia de la cédula de ciudadanía se evidencia en la parte que exige firma que renombró como “no firma”, y esta situación no es controvertida por la pasiva, como tampoco se debatió en la Litis.

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 consulta realizada por el despacho en el Sistema de la ADRES, figura afiliado en el Sistema de Seguridad Social en Salud, en el régimen subsidiado en calidad de cabeza de familia; así mismo, consultado el RUAF, se observa que no ha cotizado al sistema, no ha cotizado a riesgo laboral, no ha cotizado para cesantías, no recibe subsidio familiar como tampoco subsidio por parte del estado; por lo que se infiere que la demandante actualmente no percibe ingresos para suplir sus necesidades básicas.

Resulta imperioso precisar, que no fue objeto de debate probatorio, las razones del porqué el causante dejó de cotizar al sistema, pues como se indicó en precedencia, su última cotización lo fue en el año 1998; no obstante, lo que si es claro conforme la prueba testimonial es que el fallecido duró mucho tiempo enfermo y los últimos años previos a su deceso su situación de salud fue gravosa.

Y, por último, no se avizora mora en accionar para obtener lo pretendido, pues, es claro que el causante feneció el 7 de agosto de 2018, la demandante elevó reclamación ante la pasiva el 19 de octubre del mismo año y la demanda fue radicada el 22 de abril de 2019.

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 1973 -como se señaló-; precepto bajo el cual cumple el requisito de semanas exigidas, pues cotizó 348 al 1° 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, dejó causado el derecho que ahora se reclama.

Con relación a la calidad de beneficiaria de la demandante, para efectos de acreditar el requisito de convivencia con el causante, se escucharon las declaraciones rendidas por los señores Mercedes Jojoa Botina y Julio Cesar Villada, quienes al unísono manifestaron que conocieron a la demandante y al causante porque fueron vecinos; indicaron que la pareja convivió hasta el momento de su deceso, que la demandante siempre se dedicó al hogar y que dependía económicamente del causante.

Es así, que la demandante acreditó los requisitos establecidos por la norma para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes deprecada, razón suficiente para revocar la sentencia proferida en primera instancia y el su lugar, declarar no probadas las excepciones propuestas y accederá al reconocimiento de la prestación económica.

Precisa la Sala que, no operó el fenómeno prescriptivo, en tanto el derecho se causó el 7 de agosto de 2018, la demandante reclamó la pensión el 19 de octubre de 2018, la entidad demandada, a través de Resolución SUB 396 de 2019 negó dicho beneficio y la demanda se radicó el 22 de abril de 2019, por ende, se reconocerá la pensión de sobrevivientes a partir del 7 de agosto de 2018, en cuantía de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, a razón de 13 mesadas al año, con los incrementos de ley.

Una vez realizado el cálculo del retroactivo causado a partir del 7 de agosto de 2018 actualizado al 31 de octubre de 2021, el mismo asciende a \$35.324.665, el cual deberá pagarse debidamente indexado.

Se autorizará a Colpensiones, para que del retroactivo reconocido descuenta el valor por aportes a salud.

Por último, 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 dar prosperidad a la pretensión de la indexación, tal y como se indicó, y solo se condenará al pago de los intereses moratorios para las mesadas causadas a partir de la ejecutoria de esta sentencia y hasta que se haga efectivo su pago.

Se absolverá a Colpensiones de las demás pretensiones.

Se revocarán las costas de primera instancia, las cuales quedarán a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante. En esta sede también se causaron, se ordena incluir como agencias en derecho la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cargo de la parte pasiva y en favor de la demandante.

En esta segunda instancia, al salir avante el recurso de apelación, no hay lugar a condenar en costas.

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,

⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL5013-2020.

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia 154, del 10 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

Segundo: DECLARAR que María del Carmen González Muñoz tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, conforme lo expuesto.

Tercero: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 7 de agosto de 2018, en cuantía de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, a razón de 13 mesadas al año, con los incrementos anuales.

Cuarto: ORDENAR el pago del retroactivo pensional, calculado desde el 7 de agosto de 2018, actualizado hasta el 31 de octubre de 2021, que arroja la suma de \$35.324.665, el cual deberá cancelarse debidamente indexado y se condena al pago de los intereses moratorios para las mesadas causadas, a partir de la ejecutoria de esta sentencia y hasta que se haga efectivo su pago.

Quinto: AUTORIZAR a Colpensiones, para que del retroactivo reconocido descuente el valor por aportes a salud.

Sexto: ABSOLVER a Colpensiones de las demás pretensiones.

Séptimo: REVOCAR las costas impuestas en primera instancia; en su lugar se dispone que las mismas quedan a cargo de la entidad demandada y a favor de la demandante; en esta sede no hay lugar a su imposición.

Octavo: 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	% Reajuste	Mesada	Nº de mesadas	Total
2018	4,09%	\$ 781.242	5	\$ 4.062.458
2019	3,18%	\$ 828.116	13	\$ 10.765.508
2020	3,80%	\$ 877.803	13	\$ 11.411.439
2021	1,61%	\$ 908.526	10	\$ 9.085.260
				\$ 35.324.665