

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	ROCÍO DE JESÚS HURTADO AGUDELO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-016-2018-00373-02
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Pensión de sobrevivientes, causación, principio de la condición más beneficiosa.
DECISIÓN	Modifica y confirma.

Medellín, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **ROCÍO DE JESÚS HURTADO AGUDELO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 008**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación presentados por los apoderados judiciales de ambas partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 20 de agosto de 2020, dentro del proceso referenciado.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la señora ROCÍO DE JESÚS HURTADO AGUDELO y el señor WILMAR DE JESÚS VÁSQUEZ SÁNCHEZ contrajeron matrimonio el 14 de agosto de 1988 y convivieron juntos desde esa fecha hasta el 28 de agosto de 1994 cuando el señor VÁSQUEZ SÁNCHEZ falleció.

Indicó que durante el matrimonio procrearon una hija DANIELA VÁSQUEZ HURTADO, quien, es mayor de edad en la actualidad, y no presenta ninguna discapacidad.

Informó que el señor CARLOS ENRIQUE LAVERDE JIMENEZ tenía la calidad de afiliado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES al momento de su fallecimiento, y alcanzó a dejar cotizadas 162,14 semanas en toda su vida laboral, alcanzando la densidad superior a las 150 semanas en los seis años anteriores al fallecimiento exigidas por el Acuerdo 049 de 1990.

Agregó que tanto la cónyuge como la hija solicitaron el día 17 de mayo de 1996 al ISS hoy COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión por el fallecimiento de su esposo y padre, no obstante la entidad negó el reconocimiento pensional, argumentando insuficiencia de semanas cotizadas, pues solo reconoce la existencia de 16 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento del afiliado inactivo, otorgando en su lugar una indemnización sustitutiva a favor de la joven DANIELA VÁSQUEZ HURTADO.

Que el día 9 de mayo de 2017 la aquí demandante solicitó por segunda vez el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite, pero esta le fue negada a través de la resolución N° SUB-145786 de 2017 confirmada luego en las resoluciones N° SUB-208841 del 26 de septiembre de 2017 y DIR-17802 del 12 de octubre de 2017, aduciéndose en estos actos administrativos que la actora no había logrado acreditar los presupuestos establecidos en los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, y que las semanas que habían sido tenidas en cuenta para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no podían ser contabilizadas de nuevo, pues esta indemnización no ha sido reintegrada a la entidad, sumado a que el causante no tenía en su haber 300 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, para que el derecho pensional pudiese analizarse bajo el principio de la condición mas beneficiosa.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare que el afiliado fallecido WILMAR DE JESÚS VÁSQUEZ SÁNCHEZ dejó causado el derecho a una pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en favor de sus eventuales beneficiarios, y que la señora ROCÍO DE JESÚS HURTADO AGUDELO, acredita la calidad de cónyuge supérstite del afiliado fallecido para acceder a la prestación económica en un 100% a partir del 28 de agosto de 1994, y que, a consecuencia, SE CONDENE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al pago de la prestación retroactiva a dicha fecha, incluyendo las mesadas ordinarias y adicionales, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o en subsidio la indexación de las sumas objeto de condena, lo que ultra y extra petita se encuentra probado y las costas procesales.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES a través de su apoderada judicial dio respuesta oportuna a la demanda y su reforma (archivos PDF 013 y 021), aceptando como ciertos los hechos relativos a la afiliación del señor WILMAR DE JESÚS VÁSQUEZ SÁNCHEZ, su fecha de fallecimiento, la existencia de un vínculo

matrimonial con la demandante, las solicitudes pensionales presentadas, y la respuesta que se dio a las mismas a través de los actos administrativos expedidos por el ISS y COLPENSIONES, sin que le consten los restantes supuestos fácticos, los cuales deberán ser objeto de debate probatorio en la litis; se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE APLICAR EL DECRETO 758 DE 1990 EN DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES MORATORIOS; BUENA FE DE COLPENSIONES; e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”*.

Cabe señalar que la existencia de este asunto, junto con otros procesos, le fue informada al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado,

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo objeto de apelación, el juez A Quo en audiencia pública de juzgamiento, celebrada el 20 de agosto de 2020, DECLARÓ que a la señora ROCÍO DE JESÚS HURTADO AGUDELO le asiste derecho a una pensión de sobrevivientes en cuantía mínima a partir del 29 de agosto de 1994, en consecuencia, CONDENÓ a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de esta prestación económica cuyo retroactivo pensional causado hasta el 31 de julio de 2020 asciende a la suma de \$163.334.402, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad.

También CONDENÓ a COLPENSIONES a seguir pagando a la demandante a partir del 1° de agosto de 2020 una pensión de sobrevivientes en cuantía mínima, y a INDEXAR el retroactivo pensional adeudado a partir del 29 de agosto de 1994 y hasta el momento en que se efectuó el pago, absolviendo a COLPENSIONES de la pretensión de intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993.

De otro lado, AUTORIZÓ a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional lo ya pagado a la joven DANIELA VÁSQUEZ HURTADO a título de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes debidamente indexada, así como el aporte obligatorio con destino al subsistema de salud.

Finalmente impuso las costas del proceso en la primera instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante, fijándoles como agencias en derecho la suma de \$11.000.000.

Como fundamento de su decisión, estimó el juez de primer grado que las normas aplicables para resolver la pensión de sobrevivientes deprecada eran los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, no obstante, el causante no dejó causado el derecho pensional a favor de sus eventuales beneficiarios, pues era un afiliado inactivo, y tampoco contaba con 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento.

Y que por ello debía realizarse un estudio del derecho pensional bajo el principio de la condición más beneficiosa, con remisión al acuerdo 049 de 1990, que era la Ley inmediatamente anterior al sistema general de pensiones, la cual exigía un mínimo de 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 150 semanas cotizadas dentro de los seis (6) años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Señalo el juez de primer grado que, si bien el causante no tenía en su haber 300 semanas cotizadas, sí contaba con 160,71 semanas cotizadas en los seis (6) años inmediatamente anteriores al fallecimiento, y también registraba 164 semanas de cotización durante el tránsito legislativo.

En cuanto al requisito de la calidad de beneficiario de la prestación económica, señaló el funcionario judicial de primer grado, que la señora HURTADO AGUDELO acreditó ser la cónyuge supérstite del afiliado fallecido, advirtiendo que así la jurisprudencia no exija convivencia mínima tratándose se muerte de afiliado, la actora sí demostró una convivencia de por los menos 6 años, además de haber procreado una hija en común con el causante.

Frente al retroactivo pensional coligió que este debía reconocerse desde la causación del derecho como tal, toda vez que COLPENSIONES no propuso la excepción de prescripción, misma que no puede ser declarada oficiosamente.

Finalmente, y en relación a los intereses moratorios, estimó que los mismos resultan improcedentes toda vez que el reconocimiento pensional a favor de la señora HURTADO AGUDELO se dio en virtud de una interpretación jurisprudencial respecto del principio de la condición más beneficiosa.

VI. – RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Los apoderados judiciales de ambas partes atacaron en alzada la sentencia de primera instancia, argumentando su discrepancia en los siguientes términos:

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE: Su apoderado judicial dice no estar de acuerdo con la sentencia, en cuanto absolvió de la pretensión de intereses moratorios, pues con dicha decisión se desconoce la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, quien de tiempo atrás viene insistiendo que en caso de mora en el pago de las pensiones se deben pagar intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, incluidas aquellas pensiones que se reconocen en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

APELACIÓN COLPENSIONES: Su apoderada judicial solicita la revocatoria de la providencia de primer grado, al considerar que en el presente asunto no se daban los presupuestos legales para el reconocimiento pensional a favor de la señora ROCÍO DE JESÚS HURTADO AGUDELO, conforme la normatividad aplicable para la época del fallecimiento del afiliado WILMAR DE JESÚS VÁSQUEZ SÁNCHEZ, arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, pues este último no tenía en su haber 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, máxime que se trataba de un afiliado inactivo.

Y frente a la condición más beneficiosa, manifestó que la aplicación de este principio no resultaba procedente en el sub lite, pues el causante debía tener en su haber 300 semanas cotizadas al momento de entrar en vigencia la el sistema general de pensiones entronizado por la Ley 100 de 1993, y según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no se puede dar una aplicación ultractiva a la ley, buscando una norma anterior que le resulte más favorable a la demandante, pues con esto se desconocería otros principios que afectarían el sistema general de pensiones.

Expone la recurrente que, en el hipotético caso de confirmarse la decisión de primer grado, se abstenga la Sala de imponer costas procesales a COLPENSIONES en las instancias, pues la negativa pensional estuvo ajustada a la normatividad vigente para la fecha de fallecimiento del afiliado.

Finalmente pretende se declare la prescripción del retroactivo pensional liquidado a favor de la demandante.

Alegatos de conclusión.

El apoderado judicial de la demandante insiste en la condena por intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo pensional reconocido a favor de la demandante, pues en su sentir estos intereses también proceden cuando el reconocimiento pensional se hace en virtud del principio de la condición más beneficiosa, pues así lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como es el caso de las sentencias SL3808-2020 y CSJ SL3834-2021, entre otras, motivos por los cuales solicita la revocatoria parcial de la sentencia de primer grado.

A su turno la apoderada judicial de COLPENSIONES, expone en sus alegatos de conclusión, que la normatividad aplicable para resolver el derecho pensional no era otra distinta que los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, pues eran los que se encontraban vigentes para la fecha de fallecimiento del causante WILMAR DE JESÚS VÁSQUEZ SÁNCHEZ, estando probado que este afiliado no acreditaba el mínimo de semanas necesarios para causar la

pensión de sobrevivientes a favor de sus eventuales beneficiarios, y tampoco era factible declarar causado el derecho pensional a la luz del acuerdo 049 de 1990 en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pues el causante no tenía en su haber 300 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994 que entro en vigencia el sistema general de pensiones.

Y frente al retroactivo pensional y las costas procesales, manifestó que así no se hubiese propuesto la excepción de prescripción en oportunidad, el funcionario judicial debe adoptar alternativas procesales que estime pertinentes tendientes a salvaguardar la estabilidad financiera de la entidad, quien, al haber negado la prestación económica en estricto cumplimiento a la normatividad vigente, y en desarrollo al principio de legalidad, no era dable imponerle una condena en costas procesales.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, pasa la Sala a resolver, previas las siguientes,

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. -Pensión de sobrevivientes, causación, aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia pensional. Teniendo en cuenta los puntos objeto de apelación, mismos que delimitan la competencia de esta Sala en la segunda instancia, y que se conoce el asunto bajo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, los problemas jurídicos estriban en dilucidar, **I)** si el afiliado fallecido WILMAR DE JESÚS VÁSQUEZ SÁNCHEZ dejó causado el derecho a una pensión de sobrevivientes a favor de sus eventuales beneficiarios, lo anterior en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, y **II)** solo en caso afirmativo,

pasará la Sala a establecer si la aquí demandante ROCÍO DE JESÚS HURTADO AGUDELO acredita o no la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama en su calidad de cónyuge supérstite, **III)** la fecha de disfrute pensional, el retroactivo adeudado, la procedencia de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las condenas, y las costas procesales.

Para el análisis del caso y en los términos del artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual precisa que las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato, las disposiciones llamadas a regir el presente asunto son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su versión original

Valga la pena advertir que en el presente asunto no resultan objeto de controversia los hechos relativos a:

La muerte del afiliado WILMAR DE JESÚS VÁSQUEZ SÁNCHEZ, insuceso acaecido el 28 de agosto de 1994, según consta en el registro civil de defunción obrante a folios 1 del archivo PDF 005.

La existencia de un vínculo matrimonial entre los señores WILMAR DE JESÚS VÁSQUEZ SÁNCHEZ y ROCÍO DE JESÚS HURTADO AGUDELO celebrado el día 14 de agosto de 1988, según consta en el registro civil de matrimonio aportado con la demanda, visible a folios 14 del archivo PDF 005.

La existencia de una hija en común entre los ambos cónyuges de nombre DANIELA VÁSQUEZ HURTADO, cuyo nacimiento data del 26 de febrero de 1989, según consta en el registro civil de nacimiento visible a folios 8 del archivo PDF 005.

Que la demandante actuando en nombre propio y en representación de su hija menor DANIELA VÁSQUEZ HURTADO, elevó solicitud pensional ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES el día 17 de mayo de 1996, pero dicha prestación económica les fue negada a través de la resolución N° 2394 del 6 de marzo de 1997, bajo el argumento que el afiliado fallecido solo tenía en su haber 16 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, y se encontraba inactivo en el sistema general de pensiones; no obstante, en el mismo acto administrativo se le otorgo a la menor

DANIELA VÁSQUEZ HURTADO una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía única de \$201.603, según se aprecia a folios 10 al 13 del archivo PDF 005.

Que según la historia laboral más actualizada aportada por COLPENSIONES (archivo PDF 017), el afiliado fallecido WILMAR DE JESÚS VÁSQUEZ SÁNCHEZ registra un total de 202 semanas cotizadas al sistema general de pensiones entre el 18 de noviembre de 1987 y el 23 de agosto de 1994, de las cuales 13,71 semanas se cotizaron en el año inmediatamente anterior a la fecha del fallecimiento, esto es, entre el 28 de agosto de 1993 y el 28 de agosto de 1994.

Y finalmente está probado en el plenario, que el día 9 de mayo de 2017, la demandante presenta una segunda solicitud pensional ante COLPENSIONES, pero esta le fue negada mediante la resolución SUB-145786 del 31 de julio de 2017, bajo el argumento que el afiliado fallecido no registra semanas cotizadas que puedan ser tenidas en cuenta para efectos pensionales, pues el tiempo cotizado se utilizó para el reconocimiento de una indemnización sustitutiva, que no ha sido reintegrada a COLPENSIONES, negativa que luego fue confirmada por la misma entidad a través de los actos administrativos SUB-208841 del 26 de septiembre de 2017 y DIR-17802 del 12 de octubre de 2017, que desataron los recursos de reposición y en subsidio apelación (fls. 30 al 59 del archivo PDF 005).

Teniendo en cuenta los anteriores hechos probados e indiscutidos en el proceso, procederá la Sala a analizar el primer problema jurídico planteado, esto es, si este afiliado dejó causado o no el derecho pensional en favor de sus eventuales beneficiarios; al respecto debe tenerse en cuenta lo previsto en el literal b) del numeral 2° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, que era la normatividad vigente al momento del fallecimiento del afiliado VÁSQUEZ SÁNCHEZ, veamos:

“b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte...”

Teniendo en cuenta la densidad mínima de cotizaciones exigida en el citado precepto legal, esta Sala procedió a revisar la historia laboral más actualizada del afiliado, aportada por COLPENSIONES, al dar respuesta a la

demanda (archivo PDF N° 17), encontrando que el señor VÁSQUEZ SÁNCHEZ, tenía en su haber **13,71** semanas de cotización en el año inmediatamente anterior a la fecha del fallecimiento, esto es, entre el 28 de agosto de 1993 y el 28 de agosto de 1994, encontrándose inactivo para el momento del fallecimiento.

En ese orden de ideas, podría decirse, en principio, que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho pensional a favor de sus eventuales beneficiarios en aplicación del art. 46 de la ley 100 de 1993 en su versión original, y por ello se pasará a estudiar, si este derecho se causó en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa analizado por el a quo en la sentencia objeto de apelación y consulta.

El principio de la condición más beneficiosa

Frente al tema, debe recordarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido el criterio de aplicación del principio de condición más beneficiosa, explicando que, al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal, es decir, que no es dable emplearla con un carácter indefinido. Ha explicado la Corte que, en los casos en que la contingencia (en este caso la muerte) acontece en vigencia de la Ley 797 de 2003 y se pretende la aplicación de dicho principio no resulta admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pasado en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Esta tesis ha venido sosteniéndose, refrendándose y reiterándose por la Sala Laboral de la Corte en las sentencias rad. 32.642 del 9 de diciembre de 2008, SL7275-2015, SL7205-2015, SL6362-2015 y la SL4650-2017 – con radicación N° 45.262 del 25 de enero de 2017.

En síntesis, de acuerdo con el criterio jurisprudencial abordado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no resulta procedente aplicar el principio de la condición más beneficiosa para aplicar una norma distinta a la inmediatamente anterior.

De otro lado, y si bien el órgano de cierre en la especialidad laboral es la Corte Suprema de Justicia, esta Sala de Tribunal no desconoce la tesis que de manera simultánea, ha venido sosteniendo la CORTE CONSTITUCIONAL frente al principio de la condición más beneficiosa, en innumerables sentencias, donde ha expresado su criterio frente al tema, sosteniendo que, no solo la norma pensional vigente o la inmediatamente anterior, sino incluso la antecedente a esta última puede aplicarse a una solicitud de pensión de sobrevivientes, en la medida en que la persona haya cumplido con la densidad de semanas de cotización previstas en este último antes de expirar su periodo de vigencia. (Ver entre otras las sentencias T-401 de 2015, T-464 de 2016, T-084 de 2017, T-235 de 2017, T-294 de 2017 y T-378 de 2017.

Visto lo anterior, e independientemente del criterio jurisprudencial que se acoja, es evidente para la Sala que en el sub lite solo hay lugar aun salto normativo, esto es, aquel que va de la Ley 100 de 1993 en su versión original, al acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esta ultimo reguló la contingencia de la muerte en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

- a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,
- b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento.”

“ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,
- b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

Teniendo en cuenta la densidad mínima de cotizaciones exigida en el citado precepto legal, esta Sala procedió a revisar la HISTORIA LABORAL del afiliado (archivo PDF 017), encontrando que el señor WILMAR DE JESÚS VÁSQUEZ SÁNCHEZ acredita un total de 202 semanas, de las cuales 162 semanas se encuentran cotizadas en los 6 años inmediatamente anteriores al fallecimiento (28 de agosto de 1988 al 28 de agosto de 1994), y también registraba 188,72 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, fecha de vigencia del sistema general de pensiones entronizado por la Ley 100 de 1993, veamos:

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
2033700480	HQJALATERIA VASQUEZ	18/11/1987	24/02/1989	\$39.310	66,43	0,00	0,00	66,43
2033600229	SINDAR LTDA	10/05/1989	14/06/1989	\$41.040	5,14	0,00	0,00	5,14
2019000026	PROTEMPORE	17/07/1989	18/12/1989	\$39.310	22,14	0,00	0,00	22,14
2019000026	PROTEMPORE	09/01/1990	26/12/1990	\$47.370	50,29	0,00	0,00	50,29
2019000026	PROTEMPORE	17/01/1991	15/02/1991	\$54.630	4,29	0,00	0,00	4,29
2013501537	INDUSTRIAS DINAL	09/06/1992	12/08/1992	\$70.260	9,29	0,00	0,00	9,29
2033500227	ALGAMAR LTDA	28/08/1992	22/12/1992	\$70.260	16,71	0,00	0,00	16,71
2033500227	ALGAMAR LTDA	19/01/1993	26/04/1993	\$89.070	14,00	0,00	0,00	14,00
2019000038	COMPLEMENTOS HUMANOS	28/03/1994	30/03/1994	\$107.675	0,43	0,00	0,00	0,43
2019000038	COMPLEMENTOS HUMANOS	29/04/1994	26/05/1994	\$100.500	4,00	0,00	0,00	4,00
2019000038	COMPLEMENTOS HUMANOS	03/06/1994	22/07/1994	\$100.500	7,14	0,00	0,00	7,14
2014003509	JAIRO DE JESUS USUGA	09/08/1994	23/08/1994	\$98.700	2,14	0,00	0,00	2,14
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								202,00

Así las cosas el afiliado fallecido reúne los requisitos necesarios para dejar causado una pensión de sobrevivientes a favor de sus eventuales beneficiarios, pues así no tuviere 300 semanas de cotización en cualquier tiempo y mas concretamente con anterioridad al 1° de abril de 1994, la norma también permitía causar la pensión con 150 semanas de cotización en los 6 años inmediatamente anteriores al fallecimiento siempre y cuando registre ese mismo numero de cotizaciones con anterioridad al 1° de abril de 1994, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según puede verse en la sentencia CSJ SL11548-2015:

“...Dos precisiones cabe hacer, entonces, sobre el criterio jurisprudencial vigente en torno a las ciento cincuenta (150) semanas, así: La primera, para quienes fallecen antes del 31 de marzo de 2000 pero después del 1° de abril de 1994, deben haber cumplido con esa densidad dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e igualmente esa misma densidad dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento, permitiéndose la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la Ley 100 de 1993; la segunda, para

quienes fallecen después del 31 de marzo de 2000, deben haber satisfecho esa densidad dentro de los seis años anteriores al 1º de abril de 1994, e igualmente esa misma densidad entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000...”

En ese orden de ideas, es evidente que el afiliado fallecido sí dejó causado el derecho pensional a favor de sus eventuales beneficiarios.

Calidad de beneficiaria de la demandante

Teniendo en cuenta que el art. 47 de la Ley 100 de 1993 en su versión original no exige convivencia mínima tratándose del fallecimiento de un afiliado, misma que en todo caso también estaría acreditada con la prueba testimonial recaudada en la litis, y que la calidad de cónyuge de la actora se encuentra plenamente acreditada con el registro civil de matrimonio celebrado el día 14 de agosto de 1988, vínculo que se encontraba vigente para la fecha del deceso del afiliado, según se aprecia a folios 14 del archivo PDF 005, considera la Sala que le asiste derecho a la señora HURTADO AGUDELO a la pensión de sobrevivientes que reclama, pues precisamente la intención del legislador del año 1993, fue la de establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados y la de pensionados (sustitución pensional) que prevé como requisito, tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia para evitar con ello conductas fraudulentas, convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la sustitución por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

Y si bien el causante tenía otra beneficiaria al momento del fallecimiento, esto es, su hija DANIELA VASQUEZ HURTADO, esta última contaba con más de 25 años de edad al momento de presentación de la demanda, y no existe prueba en el plenario que se tratase de una hija invalida al momento de ocurrencia del fallecimiento del afiliado VÁSQUEZ SÁNCHEZ, motivos por los cuales se confirmará lo resuelto en este sentido.

Prescripción, retroactivo, y disfrute pensional

Al respecto, debe decirse que, tal y como lo argumentó el Juez de primera instancia, en ninguno de los apartes de la contestación de la demanda, ni en el recaudo probatorio, menos aún en la narrativa de las causas fácticas de las que se desprenden las consecuencias jurídicas que contemplan las normas correspondientes, se citó el argumento de la prescripción parcial de mesadas pensionales, y dado que esta es una excepción que no puede proponerse de oficio, según lo establecido en el art. 282 del Código General del Proceso, normativa según la cual: *“...En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda...”*, significando lo anterior quien pretenda beneficiarse de la prescripción debe alegarla, ya sea por vía de acción o de excepción, en la demanda como pretensión, o en la contestación de la demanda como excepción.

Y en el presente asunto, la excepción de prescripción no fue alegada por COLPENSIONES en la respuesta a la demanda inicial, como tampoco en la réplica al escrito de reforma a la demanda, lo que imposibilita así un estudio de esta excepción por parte de la administración de justicia, así lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 76.049 del 20 de junio de 2018 M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas, veamos:

“...Cosa muy distinta es que, como lo ordena el mentado artículo 282, «cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda», situación que implica que las excepciones propias «prescripción, compensación y nulidad relativa», --a diferencia de las impropias que pueden alegarse en cualquier tiempo y son declarables de oficio--, deben plantearse con la contestación de la demanda, es decir, en su debida oportunidad procesal, para que el juzgador tenga el deber de fallar el pleito en consonancia con ellas, si las encuentra probadas...”

Corolario de lo anterior habrá de confirmarse lo resuelto frente a la no declaratoria oficiosa de la excepción de prescripción, por encontrarse ajustado a la normativa procesal y la jurisprudencia nacional.

Frente al retroactivo pensional, esta Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta que le asiste a COLPENSIONES, modificará la suma ordenada a favor de la demandante, toda vez que el juez de primer grado le reconoció el 100% de la pensión desde el 28 de agosto de 1994, desconociendo con ello que la aquí demandante fue beneficiaria de la pensión de sobrevivientes inicialmente en un 50%, pues el acrecimiento al 100% de la pensión solo operó desde que la otra beneficiaria DANIELA VÁSQUEZ HURTADO arribó a la mayoría de edad, lo cual ocurrió el día 26 de febrero de 2007, según consta en el registro civil de nacimiento visible a folios 8 del archivo PDF 005, y dado que la demandante dejó de ser su representante legal desde la misma fecha, no le asiste derecho a recibir el porcentaje correspondiente a su hija entre el 28 de agosto de 1994 y el 26 de febrero de 2007.

Retroactivo - hija:

AÑO	MESADA	# DE MESADAS	SUBTOTAL
1994	\$ 98.700,00	5,06	\$ 249.711,00
1995	\$ 118.934,00	14	\$ 832.538,00
1996	\$ 142.125,00	14	\$ 994.875,00
1997	\$ 172.005,00	14	\$ 1.204.035,00
1998	\$ 203.826,00	14	\$ 1.426.782,00
1999	\$ 236.460,00	14	\$ 1.655.220,00
2000	\$ 260.100,00	14	\$ 1.820.700,00
2001	\$ 286.000,00	14	\$ 2.002.000,00
2002	\$ 309.000,00	14	\$ 2.163.000,00
2003	\$ 332.000,00	14	\$ 2.324.000,00
2004	\$ 358.000,00	14	\$ 2.506.000,00
2005	\$ 381.500,00	14	\$ 2.670.500,00
2006	\$ 408.000,00	14	\$ 2.856.000,00
2007	\$ 433.700,00	1,86	\$ 403.341,00
			\$ 23.108.702,00

Así las cosas, el retroactivo pensional adeudado a la demandante ROCÍO DE JESÚS HURTADO AGUDELO entre el 28 de agosto de 1994 actualizado hasta el 31 de enero de 2023, y descontado el valor del retroactivo

causado a favor de la hija DANIELA VÁSQUEZ HURTADO (\$196.120.234 - \$23.108.702) asciende en realidad a la suma de CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES ONCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/L (\$173.011.532).

AÑO	MESADA	# DE MESADAS	SUBTOTAL
1994	\$ 98.700,00	5,06	\$ 499.422,00
1995	\$ 118.934,00	14	\$ 1.665.076,00
1996	\$ 142.125,00	14	\$ 1.989.750,00
1997	\$ 172.005,00	14	\$ 2.408.070,00
1998	\$ 203.826,00	14	\$ 2.853.564,00
1999	\$ 236.460,00	14	\$ 3.310.440,00
2000	\$ 260.100,00	14	\$ 3.641.400,00
2001	\$ 286.000,00	14	\$ 4.004.000,00
2002	\$ 309.000,00	14	\$ 4.326.000,00
2003	\$ 332.000,00	14	\$ 4.648.000,00
2004	\$ 358.000,00	14	\$ 5.012.000,00
2005	\$ 381.500,00	14	\$ 5.341.000,00
2006	\$ 408.000,00	14	\$ 5.712.000,00
2007	\$ 433.700,00	14	\$ 6.071.800,00
2008	\$ 461.500,00	14	\$ 6.461.000,00
2009	\$ 496.900,00	14	\$ 6.956.600,00
2010	\$ 515.000,00	14	\$ 7.210.000,00
2011	\$ 535.600,00	14	\$ 7.498.400,00
2012	\$ 566.700,00	14	\$ 7.933.800,00
2013	\$ 589.500,00	14	\$ 8.253.000,00
2014	\$ 616.000,00	14	\$ 8.624.000,00
2015	\$ 644.350,00	14	\$ 9.020.900,00
2016	\$ 689.454,00	14	\$ 9.652.356,00
2017	\$ 737.717,00	14	\$ 10.328.038,00
2018	\$ 781.242,00	14	\$ 10.937.388,00
2019	\$ 828.116,00	14	\$ 11.593.624,00
2020	\$ 877.803,00	14	\$ 12.289.242,00
2021	\$ 908.526,00	14	\$ 12.719.364,00
2022	\$ 1.000.000,00	14	\$ 14.000.000,00
2023	\$ 1.160.000,00	1	\$ 1.160.000,00
			\$ 196.120.234,00

A partir del 1° de febrero de 2023, COLPENSIONES deberá continuar pagando a la aquí demandante ROCÍO DE JESÚS HURTADO AGUDELO, una mesada pensional en cuantía mínima que para la presente anualidad 2023 asciende a la suma mensual de \$1.160.000, y en razón de 14 mesadas anuales, por haberse causado el derecho pensional con anterioridad al 31 de julio de 2011, y ser su cuantía inferior a 3 SMLMV conforme lo previsto en el

acto legislativo 01 de 2005, como bien lo coligió el juez e primer grado, quien también atinó a autorizar a la entidad accionada a descontar del retroactivo pensional adeudado lo ya pagado a la demandante en calidad de representante legal de su hija a título de indemnización sustitutiva de la pensión de la pensión de sobrevivientes debidamente indexada, así como el descuento por el aporte obligatorio al subsistema de salud.

Intereses moratorios e indexación de las condenas

Finamente en relación con la pretensión consecuencial de los intereses moratorios, del artículo 141 de la ley 100 de 1993, estima esta corporación que los mismos no están llamados a prosperar en el sub lite, dado que el motivo por el cual se negó la prestación económica de sobrevivientes no fue otro distinto que la no acreditación del requisito de semanas cotizadas para dejar causado el derecho pensional bajo la normatividad que se encontraba vigente al momento del fallecimiento del afiliado (art. 46 de la Ley 100 de 1993), y es solo mediante este proceso judicial, que se logró la demostración del derecho pensional acudiendo a la hermenéutica jurisprudencial, facultad interpretativa que solamente le está conferida al administrador de justicia para la resolución de los conflictos que tiene bajo su competencia, y al ser ello así la pasiva tenía elementos de ley suficientes para negar el derecho pensional, razones por las que la Sala considera que en el caso planteado no hay lugar a condena a intereses moratorios, como lo tiene colegido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, como puede verse en la sentencia SL035-2023, donde se reiteran otras providencias anteriores de la misma corte, relacionadas con la improcedencia de intereses moratorios en determinadas circunstancias, veamos.

“...Ahora bien, esta Corporación ha adoctrinado que no hay lugar a condenar por concepto de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuando, por ejemplo, la negativa de la entidad para reconocer las prestaciones a su cargo tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL704-2013); cuando se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL 787-2013, reiterada en la CSJ SL2941-2016); en los casos en que se inaplica el requisito de fidelidad al sistema (CSJ SL10637-2014, reiterada en CSJ SL6326-2016, CSJ SL070-2018); cuando el asunto se define bajo una interpretación normativa,

como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016); o, existe controversia entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL 21 sep. 2010, rad. 33399 y CSJ SL 14528-2014)..."

Sin embargo se mantendrá la condena a la INDEXACIÓN del retroactivo pensional adeudado, como mecanismo para, además de mantener el poder adquisitivo constante de las mesadas pensionales, subsanar el retardo de la demandada en pagar la pensión, indexación que debe ser calculada por COLPENSIONES a partir del 28 de agosto de 1994, mes a mes y sobre cada una de las mesadas que componen el retroactivo pensional adeudado hasta el momento en que se produzca su pago efectivo, Para liquidar la indexación la pasiva tendrá en cuenta la siguiente formula:

ÍNDICE FINAL

ÍNDICE INICIAL x VALOR A INDEXAR – VALOR A INDEXAR

Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente sentencia SL359-2021, donde conceptuó la procedencia de la indexación de las condenas sobre las cuales no se impusiera una sanción moratoria, veamos:

"...la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el Índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real..."

Costas Procesales de segunda instancia:

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida y la improsperidad del recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante, no habrá lugar a imponer costas procesales en la segunda instancia, las de primera instancia continuará a cargo de COLPENSIONES, pues no existe ninguna causal que permita exonerar a la entidad de tal condena, tal y como se observa en el art. 365 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta, además, la férrea oposición al reconocimiento pensional en este proceso por parte de la demandada.

VIII. – DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia objeto de apelación y consulta de origen y fecha conocidos, en cuanto al valor del retroactivo pensional adeudado a la señora ROCÍO DE JESÚS HURTADO AGUDELO, el cual quedará en la suma de CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES ONCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/L (\$173.011.532), que comprende las mesadas causadas entre el 28 de agosto de 1994 y el 31 de enero de 2023, en razón de 14 mesadas anuales.

A partir del 1º de febrero de 2023, la entidad accionada deberá continuar pagando a la señora ROCÍO DE JESÚS HURTADO AGUDELO, una pensión vitalicia de sobrevivientes en cuantía mínima que para la anualidad 2023 asciende a la suma de \$1.160.000, y sobre 14 mesadas anuales, la cual deberá incrementarse anualmente conforme lo decreta el Gobierno Nacional, según lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia objeto de apelación y consulta de origen y fecha conocidos.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia; las de primera instancia continuaran a cargo de COLPENSIONES.

CUARTO: En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

QUINTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA