



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Primera de Decisión Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veinticinco (25) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	76001-31-05-013-2016-00242-01
Demandante:	Mariella Olave
Litisconsorte:	Carmen Doris Castillo Sánchez
Demandado:	Colpensiones
Juzgado:	Trece Laboral Del Circuito De Cali
Asunto:	Modifica/Confirma sentencia - Pensión de Sobrevivientes – Condición Más Beneficiosa
Sentencia escrita No.:	301

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en contra de la sentencia de primera instancia No. 208 del 02 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad.

II. Antecedentes

Como antecedentes fácticos relevantes y procesales se tiene los contenidos en la demanda visible a folios 02 a 06, en la contestación militante a los folios 37 a 50 por parte de Colpensiones, del cuaderno de primera instancia, los cuales en gracia de la brevedad y el principio de la economía procesal e incluso de los artículos 279 y 280 del Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir.

Sentencia De Primera Instancia

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali – Valle, mediante sentencia No. 208 del 02 de agosto de 2018, decidió: declarar no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y en consecuencia, reconocer la pensión de sobrevivientes en un 100% a la señora Mariella Olave en calidad de cónyuge del causante JAIR Antonio Mosquera Guisado, a partir del 28 de febrero de 2012, además, condenó a la demandada a pagar la suma de **\$54.303.667** por concepto de retroactivo causado entre el 28 de febrero de 2012 al 31 de julio de 2018, durante 13 mesadas al año; e igualmente, ordenó a que se cancele una mesada equivalente a un 1 SMLMV de forma vitalicia. Así mismo, autorizó a Colpensiones realizar los descuentos en salud y absolvió de las demás pretensiones de la actora, especialmente de los intereses moratorios.

Adicionalmente, absolvió a la Administradora de las pretensiones incoadas por la litisconsorte Carmen Doris Castillo Sánchez y decidió no condenar en costas en instancia.

Para arribar a tal conclusión, el Juez de primera instancia señaló que conforme a la historia laboral aportada, se evidencia la ausencia de cotizaciones dentro de los tres años anteriores al deceso del afiliado, sin embargo, en vigencia del Decreto 758 de 1990 antes de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, se encuentra que entre el 02 de abril de 1977 y el 31 de marzo de 1994 el causante cotizó un total de 567.29 semanas, superando así las 300 exigidas por la norma mentada, para dejar causado el derecho deprecado.

Sobre la calidad de beneficiaria de la actora, expresó que según el registro de civil de matrimonio entre la señora Mariella Olave y el señor Jair Antonio Mosquera Guisado, no se evidencia nota marginal de divorcio ni la liquidación de la sociedad conyugal; agregó que a pesar de la separación de cuerpos por motivo de viaje de la actora a la ciudad de Panamá para ayudar a solventar los gastos del hogar, y conforme a lo manifestado en la práctica de las pruebas testimoniales, la actora logró demostrar la convivencia por un lapso de 5 años en cualquier tiempo en calidad de cónyuge supérstite; por lo cual, accedió a las pretensiones de la demandada y reconoció el 100% de la prestación económica a la actora.

En cuanto a la integrada al litigio, la señora Carmen Doris Castillo Sánchez indicó que no se arrimó al proceso prueba siquiera sumaria que demuestre la convivencia con el fallecido por un término no inferior a los 5 años anteriores al deceso, pues solo logró probar la unión marital de hecho entre el 05 de diciembre de 2001 hasta el 05 de junio de 2009; ni siquiera con los testimonios rendidos durante el proceso se evidencia el cumplimiento de los requisitos de ley para ser derechohabiente de pensión reclamada.

La Apelación

Inconforme con la decisión, el apoderado de la litisconsorte necesario argumentó que la señora Carmen Doris Castillo Sánchez ostenta la calidad de compañera permanente supérstite del afiliado fallecido, además, afirmó que se demostró la convivencia superior a los 5 años que exige la ley.

Insistió en que se debe tener en cuenta la declaración de la hermana del causante, cuando indicó que la señora Carmen Castillo y el señor Jair Mosquera convivían en unión libre aproximadamente por 7 años; por lo tanto, la normativa vigente es clara en afirmar que se debe probar 5 años de convivencia, y ello es mérito suficiente para que se le otorgue el derecho y el beneficio de la pensión; por tanto, se cumplen los requisitos de ley laboral para conceder la prestación.

Alegatos de Conclusión

Por medio de auto se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, se pronunciaron, así:

Colpensiones

El apoderado de la entidad demandada presentó alegatos que se encuentra visible en las páginas 3 a 10, archivo 04 pdf, en el Cuaderno Tribunal.

Parte demandante.

La apoderada de la parte demandante presentó alegatos que se encuentra visible en las páginas 3 a 4, archivo 09 pdf, en el Cuaderno Tribunal.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

El problema jurídico a resolver se centra inicialmente en determinar si el señor Jair Antonio Mosquera Guisado dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes. Posteriormente, se debe establecer si la señora Mariella Olave acreditó la condición de beneficiaria de dicha prestación económica, en consecuencia, si es procedente que se le reconozca la pensión deprecada, en los términos expuestos en las pretensiones de la demandada.

Simultáneamente, se debe analizar si la señora Carmen Doris Castillo Sánchez, cumplió los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante.

La sentencia apelada y consultada debe **MODIFICARSE Y CONFIRMARSE** por las siguientes razones:

En el presente caso no se discuten los siguientes hechos: **1)** Que el señor Jair Antonio Mosquera Guisado contrajo matrimonio católico con la señora Mariella Olave, el 19 de noviembre de 1981 (f.24) **2)** Que el señor Jair Antonio Mosquera Guisado falleció el 28 de febrero de 2012 (f.21). **3)** Que con ocasión de su deceso, el día 19 de mayo de 2014 se presentó a reclamar la pensión de sobrevivientes la señora Mariella Olave en calidad de cónyuge y el día 12 de junio de 2014 a la señora Carmen Doris Castillo Sánchez en calidad de compañera permanente, solicitudes que fueron resueltas mediante Resolución No. GNR 73943 del 11 de marzo de 2015, en la cual se le negó el derecho a ambas reclamantes (f. 88 CD) **4)** Que conforme a la Resolución No. VPB 69460 del 06 de noviembre de 2015, se confirma la decisión de no conceder el derecho pensional a ninguna de las solicitantes (f. 88 CD) **5)** Que mediante Resolución No. GNR 235477 del 04 de agosto de 2015, se niega la indemnización sustitutiva a la señora Mariella Olave (fs.9-11) y se confirma la decisión a través de la Resolución No. GNR 41868 del 08 de febrero de 2016 (fs.13-20).

1. NORMA APLICABLE Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA EN MATERIA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES:

En virtud del principio del efecto general inmediato de la ley laboral y conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la norma aplicable al caso que nos ocupa es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, esto es, el 28 de febrero de 2012 (f.21); en ese sentido, la disposición legal vigente para dicha época es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que el afiliado debió dejar cotizadas por lo menos 50 semanas dentro de los tres últimos años anteriores al fallecimiento.

Según la historia laboral del señor Jair Antonio Mosquera Guisado, se vislumbra que no cumple con la densidad de semanas exigidas por la normativa mentada, pues no tiene cotizadas ni una sola semana en dicho interregno, dado que el último aporte fue efectuado el 28 de febrero de 1998 (fs.73-78).

Lo anterior da lugar a realizar el estudio de la prestación bajo los preceptos de la Ley 100 de 1993 en su versión original, teniendo en cuenta el alcance que tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, le han otorgado al principio de la condición más beneficiosa, con el cual se propende dar protección pensional a quienes no cumplieron la densidad de semanas requeridas en la norma vigente al momento de producirse la contingencia de la muerte o la invalidez, pero sí acreditaban el número de semanas cotizadas exigidas en la normatividad anterior.

Se ha de aclarar que según lo expuesto por la CSJ en sentencia SL4650-2017, la condición más beneficiosa tiene un carácter excepcional; por lo tanto, su aplicación es restringida y temporal, razón por la cual en dicha providencia se trazaron los lineamientos para la concesión de las pensiones en aplicación de este principio cuando se cumplan los requisitos de cotización y acaecimiento de la muerte del afiliado entre el 29 de enero de 2003 al 29 de enero de 2006, periodo en cual sostuvo que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos. Pues bien, de cara al caso bajo estudio, se percata la Sala que el asegurado no cumple dichos parámetros, ya que, en primer lugar, en cuanto a la ocurrencia del deceso se tiene que el momento del óbito del señor Jair Antonio Mosquera Guisado no se enmarca dentro del periodo establecido en la jurisprudencia, tampoco acredita la densidad de semanas al no haber cotizado 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, pues se reitera no existen semanas cotizadas durante dicho lapso.

Ahora bien, frente a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, esta Sala de Decisión había adoptado el criterio instituido por la Corte Constitucional en sentencia SU 442 de 2016, pese a lo anterior, y ante el ajuste jurisprudencial a la interpretación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes; la Máxima Interpretación de la Constitución en la Sentencia SU 005 de 2018, manifestó que: *“sólo respecto de las personas vulnerables resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 -o regímenes anteriores- en cuanto al requisito de semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003”*; esta Sala asume la posición mayoritaria del Máximo Tribunal Constitucional y se acoge al criterio en ella expuesto.

En el referido fallo se dejó sentado que la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con la aplicación de la condición más beneficiosa de afiliados que fallecen bajo la vigencia de la Ley 797 de 1993, únicamente para aplicación ultractiva de la norma inmediatamente anterior, esto es, la Ley 100 de 1993 pura, resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la Seguridad Social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder a la pensión de sobrevivientes es una persona vulnerable, pues si bien no adquirieron el derecho en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que por las circunstancias particulares, ameritan protección constitucional.

Bajo esa premisa jurisprudencial, la Corte Constitucional le otorgó la connotación de sujetos vulnerables a aquellos individuos que superen el test de procedencia, esto es, las personas en quienes convergen cinco (5) condiciones o circunstancias, las cuales son: *“(i) pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o en quien confluyan múltiples riesgos tales como pobreza extrema, discapacidad, enfermedades graves, analfabetismo etc., (ii) para quienes el desconocimiento de la pensión de sobrevivientes afecta directamente su mínimo vital, (iii) dado que dependía económicamente del afiliado que falleció y (iv) quien no realizó las cotizaciones en los últimos años de su vida por una imposibilidad insuperable, tienen una afectación intensa a sus derechos fundamentales y, por tanto, la interpretación*

realizada por la Corte Suprema de Justicia resulta, para ellos en particular, desproporcionada y, por tanto, contraria a la Constitución”. (Negrilla fuera de texto).

En este punto y por cuestiones de orden argumentativo, resulta necesario indicar que antes de analizar el cumplimiento de las condiciones del mentado test de procedencia, es imperioso determinar, en primer lugar, si el afiliado fallecido cuenta con un número igual o superior a 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Y en segundo lugar, si la señora Mariella Olave cumple las condiciones normativas y jurisprudenciales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Así, una vez revisada la historia laboral allegada al proceso (fs.73-78), se encuentra que el señor Jair Antonio Mosquera Guisado cotizó un total de 514,57, antes del 01 de abril de 1994, superando de este modo la densidad mínima de 300 semanas exigida por la ley. (Tabla 1).

PERIODOS (DD/MM/AA)		DIAS	SEMANAS
DESDE	HASTA		
02/04/1977	31/08/1977	152	21,71
05/03/1981	31/12/1981	302	43,14
01/01/1982	28/02/1982	59	8,43
01/03/1982	31/12/1982	306	43,71
01/01/1983	31/01/1983	31	4,43
01/02/1983	30/09/1983	242	34,57
01/10/1983	31/12/1983	92	13,14
01/01/1984	07/09/1984	251	35,86
10/06/1986	31/07/1986	52	7,43
18/06/1987	31/12/1987	197	28,14
01/01/1988	31/12/1988	366	52,29
01/01/1989	31/07/1989	212	30,29
01/08/1989	31/12/1989	153	21,86
01/01/1991	31/12/1991	365	52,14
01/01/1992	31/12/1992	366	52,29
01/01/1993	31/12/1993	365	52,14
01/01/1994	01/04/1994	91	13,00
TOTAL SEMANAS			514,57

Ahora bien, sobre la calidad de beneficiaria de la actora, resulta válido rememorar el reciente criterio de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1730 de 2020, en la cual, morigeró su postura en relación con el tiempo de convivencia exigido, precisando que los 5 años de convivencia señalados en el

artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, solo se exigen a la cónyuge o compañera reclamante de la pensión en aquellos casos en los cuales el fallecido es un pensionado. Luego entonces, las o los beneficiarios de quien fuese afiliado, deberán acreditar, como mínimo, **“(…) la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (…)”**.

En este orden de ideas, se tiene que, según el registro civil de matrimonio expedido por la Notaría Segunda de Cali (f.24), el día 19 de diciembre de 1981 la señora Mariella Olave y el causante contrajeron matrimonio católico, sin que se avizore nota marginal de divorcio, manteniendo de esta manera el vínculo matrimonial vigente hasta la fecha del fallecimiento del afiliado.

Del mismo modo, se allegó la declaración extraproceso rendida el 07 de abril de 2016 ante la Notaría Diecinueve de Cali, por la señora Luz Amanda Ulloa Ramírez, en la cual manifestó que la pareja en cuestión convivió por un espacio de 33 años, compartiendo techo, lecho y mesa de forma continua desde la fecha de las nupcias hasta la fecha del deceso del causante; igualmente, declaró que de dicha unión procrearon dos hijos: Jair Antonio Mosquera Olave y Miguel Jair Mosquera Olave. Finalmente, aseguró que era el señor Jair Antonio Mosquera Guisado quien solventaba los gastos del hogar. (f.22) Con similares argumentos, la demandante efectuó declaración extrajuicio en la misma fecha y recinto notarial (f.23).

Por otra parte, durante la práctica de pruebas llevada a cabo en la audiencia pública No. 361 del 15 de julio de 2018 (f.165 CD), se recepcionó el testimonio de Luz Amanda Ulloa Ramirez quien dijo ser vecina de la pareja, indicó que el señor Jair Antonio y la señora Mariella vivían juntos en la casa materna del difunto con sus hijos, hermanas del afiliado y su madre; que la actora y sus descendientes dependían económicamente de él; sin embargo, advirtió que cuando el causante se enfermó la actora se fue a trabajar a Panamá (Min. 21:44). Empero, cuando se le preguntó a la testigo si la demandante había asistido a las exequias del señor Jair Antonio, respondió que sí la había visto en dicha ceremonia religiosa, pero, en realidad la misma señora Mariella Olave confesó en el interrogatorio de parte efectuado el 02 de agosto de 2018, que al momento del fallecimiento de su esposo se encontraba fuera del país, específicamente en Panamá, y regresó a Colombia en el año 2014. (f. 171 CD Min. 6:13).

Por su parte, la señora Emilse Mosquera Guisado hermana del fallecido y cuñada de la actora, expresó que: *ellos vivieron un buen tiempo en la casa de mi mamá, en ese tiempo vivíamos en el barrio el Jardín, hasta que mi hermano se fue a vivir a la Base en la casa de la mamá de Mariella. Luego se separaron.* (f.165 CD Min. 46:57). Más adelante agregó que: *Mariella después se fue para Panamá a trabajar. Estuvo tres años más o menos. Cuando muere Jair, Mariella no había regresado al país. Ella no alcanza a estar en el sepelio. A los meses regresa.* (Min. 51:02). Informó al Despacho que: *Jair trabajó hasta donde pudo, mantenía la casa, a Mariella y estaba pendiente de los muchachos. Cuando enfermó ya no pudo, mantenerlos, motivo por el cual la demandante se fue a laborar fuera del país.* (Min. 54:35) Adicionalmente, la hermana del fallecido reconoció que su hermano inició una unión marital de hecho con la señora Carmen Doris Castillo Sánchez; y al respecto señaló que: *Mariella y Jair vivieron en la casa como pareja, duraron por ahí unos 19 o 18 años. Y después de eso, con Doris, por ahí unos 6 o 7 años;* empero, aclaró que en el año 2012, el señor Jair estaba soltero, pues su antigua compañera Carmen Doris se encontraba viviendo en Bogotá y sostenían una relación de amigos, mientras que la cónyuge continuaba laborando en Panamá.

De lo anterior, la Sala de Decisión concluye que la señora Mariella Olave logró acreditar la condición de cónyuge supérstite y beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor Jair Antonio Mosquera Guisado, puesto que se mantuvo entre ellos, en palabras de la CSJ, aquella comunidad emparentada entre sí por vínculos naturales o jurídicos fundados en el amor, el respeto y la solidaridad; ya que, compartían la residencia con sus hijos y otros familiares de la pareja, la actora se alejó del hogar por motivos laborales, pero continuó el apoyo mutuo, pues mientras el causante trabajó hasta donde su salud se lo permitió, proveía y mantenía el hogar y a sus hijos; no obstante, cuando dicha situación cesó, fue el turno de la señora Mariella Olave el de solventar los gastos económicos de sus hijos; evidenciándose de esta manera la noción constitucional de familia que es precisamente lo que protege el Sistema de General de la Seguridad Social y la Carta Política. Por lo tanto, se acreditó la existencia del *vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado.* (SL605-2021).

TEST DE PROCEDIBILIDAD

Después de las consideraciones anteriores, se procederá a verificar si la beneficiaria Mariella Olave supera las condiciones del test para que le sea aplicado el principio de la condición más beneficiosa y en consecuencia, pueda acceder a la prestación económica que reclama.

Una vez realizado el test de procedencia en *sub examine*, en cuanto al **primer** punto, determina esta Sala que la demandante se encuentra en varios supuestos de riesgo, tales como pobreza, al estar incluida en el régimen subsidiado y ostentar la condición de cabeza de familia, según la consulta efectuada por esta Corporación al Adres-FOSYGA; aunado a ello, se encuentra en un grupo especial de mayor protección por ser adulta mayor, al estar en una edad de 63 años (f.26).

Ahora, en cuanto al **segundo** tópico relativo a la *afectación directa de la satisfacción de necesidades básicas*, en el plenario no se acreditó que la demandante contara con una fuente autónoma de renta, situación que se compagina con su afiliación al Régimen subsidiado en salud EMSSANAR; así mismo, esta Sala pudo constatar en el Registro Único de Afiliados – RUAF que no se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Pensiones como cotizante activa, tampoco a Riesgos Laborales, Compensación Familiar ni Cesantías; adicionalmente, se encuentra la solicitud de celeridad en el proceso de esta instancia en el que se aportó la declaración extrajudicial rendida el 06 de noviembre de 2019, en la cual, la actora manifestó bajo la gravedad de juramento que se encuentra en *una mala situación económica, ya que no cuenta con los ingresos suficientes para poder subsistir*, por lo que se infiere que en la actualidad no posee un empleo formal del que pueda percibir ingresos.

Respecto a la **tercera** condición exigida por el test, la actora demostró que no cuenta con una fuente de ingresos, pues con el causante se ayudaban mutuamente, según lo indicaron los testimonios rendidos dentro de la audiencia de trámite y juzgamiento en primera instancia (f.165 CD). Concluyéndose de esta forma, que el reconocimiento pensional aquí pretendido es indispensable para lograr la satisfacción de las necesidades básicas de la señora Mariella Olave.

En lo atinente al **cuarto** punto, con miras a establecer que el afiliado fallecido se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones, de las pruebas testimoniales se colige que el señor Jair Antonio Mosquera Guisado trabajaba informalmente, en

construcción y arreglo de electrodomésticos esporádicamente; es decir, no contaba con un trabajo estable; además, después de padecer problemas de salud que le ocasionaron un cáncer, se evidencia que no podía sufragar los aportes a salud y pensión, pues sus condiciones económicas eran difíciles.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el actuar diligente de la parte accionante para reclamar la prestación, se tiene que, la señora Mariella Olave solicitó la prestación económica el día 19 de mayo de 2014 (f. 88 CD), es decir, pasados dos años desde que se causó la prestación, lo anterior toda vez que la actora se encontraba fuera del país y regresó en dicha anualidad, tal como lo informó en el interrogatorio de parte (Min. 6:13), razones suficientes para considerar que cumplió con la reclamación oportuna de la prestación económica.

En consecuencia, esta Corporación determina que como resultado del análisis precedente, se concluye que la señora Mariella Olave superó los presupuestos jurisprudenciales del test de procedencia plasmado en la SU 005 de 2018, razón por la cual le es dable aplicar de forma ultractiva el Decreto 758 de 1990 y reconocer la pensión de sobrevivientes solicitada.

Por el contrario, la señora Carmen Doris Castillo Sánchez en calidad de compañera permanente, no logró demostrar *el vínculo de comunidad en pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente* al momento del deceso del afiliado, pues basta rememorar lo manifestado por la señora Emilse Mosquera Guisado, cuando señaló que entre la litisconsorte y el asegurado fallecido, existió una unión marital que finalizó antes de la fecha del deceso del causante. Indicó que la señora Doris apoyó al señor Jair Antonio incluso en la solicitud de medicamentos y tratamientos médicos por medio de la interposición de tutela (fs.126-136), aseguró posteriormente que, se trataban como una relación de amistad, pues hacía un tiempo considerable ellos habían dejado de ser pareja. Agregó que: *Doris le alcanzó a ayudar hasta cierto momento y ahí ella se despidió y se fue a Bogotá para ver qué hacía, mi hermano le decía que se quedara a luchar en Cali y dijo que no, entonces ahí cuando ella se despidió ya estaban separados, ya no vivía con Doris, pues eran amigos.* (Min. 1:00:05).

Del mismo modo, la señora Olga Marina Delgado Izquierdo relató al final de su testimonio que la litisconsorte previo al fallecimiento del afiliado se había desplazado

a la ciudad de Bogotá, con el fin de hacerse un chequeo médico y mencionó que no había asistido al funeral, incluso, a la fecha se encuentra radicada en dicha ciudad.

No se tomó en cuenta lo declarado por la señora Adriana Hidalgo Cortéz, toda vez que indicó que hacía dos años aproximadamente, había visto al señor Jair Antonio Mosquera por última vez (Min. 1:24:28), lo que no permite incluir su testimonio por no ser testigo directo de los últimos momentos de la convivencia del fallecido con la señora Carmen Doris. Igualmente, el señor Andrés Eduardo Betancourt Ospina informó que desde el año 2003 al 2011 se encontraba en España, por lo que el contacto con la integrada al proceso no era directo, ni frecuente (Min.33:32). Adicional a ello, comunicó que la señora Carmen Doris se había movido a la ciudad de Bogotá en el último mes anterior al deceso del señor Jair Antonio.

En razón de lo anterior, se deberá confirmar la sentencia apelada y consultada en el sentido de negar las pretensiones de la señora Carmen Doris Castillo Sánchez y conceder el 100% de la pensión de sobrevivientes a la señora Mariella Olave en calidad de cónyuge supérstite.

2. EXCEPCIONES DE FONDO, PRESCRIPCIÓN Y LIQUIDACIÓN

Ahora, teniendo en cuenta el IBC reportado en la historia laboral del señor Jair Antonio Mosquera Guisado, se evidencia que siempre devengó un salario mínimo mensual legal vigente, con derecho a 13 mesadas anuales; toda vez que la prestación económica se causó posterior a la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005.

En lo que respecta al retroactivo reconocido en primera instancia, que asciende a la suma de **\$54.303.667**, es importante aclarar que conforme a la SU 005 de 2018, se estipuló que solo para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a las personas que le sean reconocidas dicha prestación bajo los preceptos de la jurisprudencia y superen el test de precedente, solo se podrá ordenar el pago del retroactivo de las mesadas pensionales a partir de la presentación de la demandada: lo anterior, por cuanto, adquirieron el derecho en aplicación al principio de la condición más beneficiosa y no en vigencia del régimen legal al momento del fallecimiento del afiliado.

Efectuados los cálculos correspondientes, el retroactivo desde el 09 de junio de 2016 (f.1A) hasta el 30 de junio de 2021, arrojó un total de **\$51.993.918**; por lo anterior, y dado el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones se deberá modificar el numeral tercero de la sentencia de primera instancia en este aspecto.

AÑO	Increment. %	MESADA	RETROACTIVO	
2.016	0,0575	689.455,00	6,7	4.619.348,50
2.017	0,0409	737.717,00	13	9.590.321,00
2.018	0,0318	781.242,00	13	10.156.146,00
2.019	0,038	828.116,00	13	10.765.508,00
2.020	0,0161	877.803,00	13	11.411.439,00
2.021	-	908.526,00	6	5.451.156,00
TOTAL				\$51.993.918

Se deberá confirmar la autorización a la entidad demandada para que descuente del retroactivo pensional adeudado, los aportes que a salud corresponde efectuar a la demandante para ser transferidos a la entidad a la que se encuentre afiliada o elija para tal fin (Artículo 143 inciso 2 de la Ley 100/93, en concordancia con el artículo 42 inciso 3, Decreto 692/94).

3. INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN

El art. 141 de la Ley 100 de 1993 concede a los beneficiarios de las pensiones, el derecho a gozar de los intereses moratorios cuando no se les reconoce a tiempo las mesadas correspondientes.

Ahora, para esta Sala de Decisión en el presente asunto no hay lugar a la causación de este concepto, en aplicación del criterio expuesto por la CSJ en sentencias como la SL704-2013 y SL4650-2017 en las que se precisó que no es viable condenar al pago de los referidos intereses en aquellos eventos en que las decisiones de condenar a las Administradoras de Pensiones al reconocimiento de una prestación pensional surjan de la creación jurisprudencial. De acuerdo con lo anterior, dado que el derecho pensional aquí reconocido se efectuó en aplicación a una interpretación jurisprudencial de las Altas Cortes y el principio de la condición más beneficiosa, no se puede predicar que la entidad accionada se encontrara en el

deber legal de reconocer la prestación desde el momento en que venció el plazo para resolver la solicitud de la pensión de sobrevivientes (2 meses), por ende Colpensiones no incurrió en la mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que su obligación de pagar la pensión surge solo a partir de la decisión adoptada en sede judicial.

Empero, como quiera que la pensión de sobrevivientes se encontraba en disputa entre beneficiarias, dichos intereses resultan improcedentes, toda vez que la responsabilidad de dirimir la controversia recae en cabeza del Juez Laboral, por cuanto a las Administradoras les está vedado decidir los conflictos ante la existencia de dos reclamantes que exigen el derecho pensional, pues le corresponde actuar de manera cauta y responsable frente a las obligaciones del sistema de seguridad social, así, es deber de Colpensiones suspender el trámite de reconocimiento de la pensión hasta tanto la jurisdicción ordinaria resolviera el conflicto, confirmando de esta manera la decisión del A quo de absolver de dicha condena a la entidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, y conforme a las pretensiones de la demandada, se reconoce la indexación debido a que los valores reconocidos judicialmente han sufrido los efectos de la inflación sobre la moneda colombiana, por ende, deberán actualizarse a valor presente.

Se condenará en costas en esta instancia a la litisconsorte necesaria, toda vez que no resultó avante el recurso de apelación interpuesto, se incluyen como agencias en derecho en esta instancia el equivalente a un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

Por lo expuesto, la **Sala Primera De Decisión Laboral Del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cali**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora Mariella Olave la suma de **\$51.993.918**, por concepto de retroactivo causando entre el 09 de junio de 2016 y el 30 de junio de 2021.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora Mariella Olave las sumas adeudadas debidamente indexadas.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada No. 208 del 02 de agosto del 2018.

CUARTO: COSTAS de esta instancia judicial a cargo de la señora Carmen Doris Castillo Sánchez, en calidad de litisconsorte necesario, incluyendo como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
el uso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)