REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA TERESA DAZA
C/ Colpensiones
Rad. 009 – 2018 – 00370 – 01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
ALA LABORAL

Santiago de Cali, once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA NÚMERO 155
Acta de Decisión N° 046

El Magistrado **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala de Decisión proceden a resolver la **APELACIÓN** de la sentencia No. 356 del 19 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARÍA TERESA DAZA y otros** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES",** bajo la radicación No. 76001-31-05-009-2018-00370-01, con el fin que se conceda la pensión de sobrevivientes desde el 5 de octubre de 2016, junto con los intereses moratorios y la indexación.

ANTECEDENTES

Informan los hechos de la demanda que, el señor Rodrigo Hernández Rodríguez cotizó un total de 771 semanas, entre el 25-10-1979 al 01-03-1996; que éste falleció el 5 de octubre de 2016; destaca que convivió con el causante desde el 22-02-2003 hasta el 05-10-2016; señala que de dicha relación procrearon una hija, menor de edad en la actualidad; que solicitó la prestación y le fue negada por la entidad, aduciendo que no dejó el derecho causado a sus beneficiarios.

En auto del 26 de junio de 2019, se integró como litisconsortes necesarias por la parte activa, a las señoras MARÍA JULIETH

HERNANDEZ DAZA y LUZ AMPARO CARDONA PIEDRAHITA, en calidad de hija y compañera permanente del causante (fl.38).

Al descorrer el traslado a la parte demandada, **COLPENSIONES,** manifestó que el causante no dejó acreditado el derecho a sus beneficiarios. Se opone a todas las peticiones de la demanda. Propone como excepciones las de *inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones (*fl. 60).

En auto No. 2481 del 30 de agosto de 2021, se ordenó el emplazamiento a la litisconsorte necesaria, LUZ AMPARO CARDONA PIEDRAHITA, y se designó Curadora Ad Litem (fl. 21autoOrdenaEmplazamiento).

Al descorrer el traslado, la Curadora Ad Litem de la señora LUZ AMPARO CARDONA PIEDRAHITA, manifestó que, se atiene a lo probado en el transcurso del proceso. No se opone a las pretensiones formuladas. Formuló las excepciones de *innominada, genérica, prescripción (26MemorialContestaciónDda).*

La entidad accionada, COLPENSIONES, ratificó lo manifestado en la contestación de la demanda. Formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, innominada* (fl.28MemorialPronunciamientoConstetaciónCuradora).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado del Conocimiento, Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, decidió el litigio a través de la sentencia No. 356 del 19 de octubre de 2021, resolvió:

1. *DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE FONDO, propuesta oportunamente por la apoderada judicial de la parte demandada, la cual denominó "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN".*
2. *ABSOLVIÓ a la entidad accionada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora.*
3. *(…)*

Adujo la *a quo que, la norma aplicable es la Ley 797 de 2003, toda vez que falleció en el 2016; si bien acreditó el causante 771 semanas, entre el 1979 a 1996, también lo es que cuenta con cero (0) semanas en los últimos tres (3) años, entre 2013 a 2016; sin que le asista el derecho; ni muchos menos cumple lo indicado en la norma anterior, según el principio de la condición más beneficiosa, concluyendo que el causante no dejó causado el derecho a sus beneficiarios.*

APELACIÓN

Inconforme con la decisión proferida en primera instancia, la apoderada judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, solicitando el pago y reconocimiento de la prestación en el 50% para la actora y el otro para su hija, junto con la indexación, aplicando la condición más beneficiosa, esto es, Acuerdo 049 de 1990, por contar el causante con más de 300 semanas al 1 de abril de 1994, pues la actora cumple los presupuestos, según las declaraciones extraprocesales allegadas, y lo indicado en el test de procedencia.

Las partes presentaron alegatos de conclusión los cuales se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. CASO OBJETO DE APELACIÓN Y CONSULTA

En virtud de lo anterior, encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en determinar si es procedente o no el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en el 50% a la señora MARIA TERESA DAZA, calidad de compañera permanente y el otro 50% a la hija menor de edad, del causante Rodrigo Hernández Rodríguez, en atención al principio de la condición más beneficiosa.

Igualmente, estudiar el grado jurisdiccional de consulta en favor de la señora LUZ AMPARO CARDONA PIEDRAHITA, analizando si le asuste el derecho a la prestación de sobrevivientes, en su condición de compañera permanente del causante.

2 MARCO NORMATIVO

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el asegurado **RODRIGO HERNANDEZ RODRIGUEZ** falleció el 5 de octubre de 2016 (fl.15), siendo la normatividad aplicable la contenida en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, la cual viene a ser el factor determinante que causa el derecho a la prestación pretendida, toda vez que fue la vigente al momento del siniestro.

El mencionado artículo dispone:

> ***ARTÍCULO 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:***
> ***Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes****. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
>
> *(…)*

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Igualmente, se debe indicar que, en aplicación del principio del efecto general e inmediato de la ley, la norma aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la estructuración de la misma.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no acepta la aplicación de la condición más beneficiosa entre la Ley 797 de 2003 y el Acuerdo 049 de 1990, en atención a que tal principio no puede extralimitarse y convertirse en una búsqueda histórica de las normas que pueden resultar aplicables al caso, más allá de la vigente al momento de ocurrir la muerte del afiliado y la inmediatamente anterior a ésta.

Al respecto pueden consultarse entre otras, la sentencia 32642 del 9 de diciembre de 2008, reiterada en la sentencia 46101 del 19 de febrero de 2014.

Por el contrario, la Corte Constitucional, admite la posibilidad de aplicar el principio de la condición más beneficiosa entre la Ley 797 de 2003 y el Acuerdo 049 de 1990.

Por otra parte, es de resaltar que la Corte Constitucional, en jurisprudencia **SU-005 del 13 de febrero de 2018**, realizó un ajuste jurisprudencial en cuanto al alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

Test de Procedencia	
Primera condición	*Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia*

	o desplazamiento.
Segunda condición	*Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.*
Tercera condición	*Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario.*
Cuarta condición	*Debe establecerse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes.*
Quinta condición	*Debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.*

1. La Corte Constitucional ajustó su jurisprudencia en cuanto al alcance del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, de conformidad con las siguientes consideraciones:

2. (i) De conformidad con lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de sobrevivientes son los dispuestos en las leyes del Sistema General de Pensiones, esto es, el sistema reglado entre otras, por la Ley 100 de 1993 y modificado por la Ley 797 de 2003. Esta regla constitucional impide la aplicación ultractiva de regímenes de pensiones de sobrevivientes anteriores a la Ley 100 de 1993.

3. (ii) Varias Salas de Revisión han aplicado, de manera ultractiva, el régimen previsto por el Acuerdo 049 de 1990 -e incluso regímenes anteriores-[1], en cuanto al primer requisito para la causación del derecho, esto es, el número mínimo de semanas de cotización para la obtención de la pensión de sobrevivientes.

[1] *Cfr.*, entre otras, las sentencias T-566 de 2014, T-719 de 2014, T-735 de 2016, T-084 de 2017 y T-235 de 2017.

4. (iii) Asimismo, en la Sentencia SU-442 de 2016 la Sala Plena aplicó de forma ultractiva el régimen del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto al requisito del número mínimo de semanas de cotización para la pensión de invalidez. Sin embargo, debido a que la pensión de sobrevivientes tiene una finalidad distinta de aquella de la pensión de invalidez -a saber, amparar al beneficiario del riesgo de desaparición del ingreso del cotizante, y garantizar la sustitución de este emolumento por el provisto por la pensión-, la Sala Plena no cambió su jurisprudencia acerca de la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 o anteriores, en cuanto tiene que ver con la pensión de invalidez, sino que la distinguió de aquella que debe aplicarse en cuanto a la pensión de sobrevivientes.

5. (iv) La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el principio de la condición más beneficiosa de una forma que lejos de resultar constitucionalmente irrazonable es acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005. Para dicha Corte, este principio no da lugar a la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 u otros regímenes anteriores. Por tanto, el hecho de que el cotizante hubiese realizado aportes pensionales, por lo menos por el número mínimo de semanas previsto en dicha normativa para acceder a la pensión de sobrevivientes, sumado a la muerte del cotizante tras la expedición de la Ley 797 de 2003, no genera el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes para el beneficiario. Esta regla, en todo caso, sí ha considerado la aplicación ultractiva de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, para efectos del cómputo de las semanas mínimas de cotización, únicamente en aquellos supuestos en los que la muerte del afiliado hubiese acaecido dentro de los 3 años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003[2].

6. (v) No obstante, para la Corte Constitucional, la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sí 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. En estos casos, los fines que persigue el Acto Legislativo 01 de 2005 -hacer viable el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad y de igualdad para todos los cotizantes- tienen un menor peso en comparación con la muy severa afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas de las personas vulnerables. Por tanto, solo respecto de estas personas 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 primer requisito, semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque el segundo requisito, la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003. Si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en

[2] Esta postura fue unificada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 25 de enero de 2017, Expediente SL45650-2017, Radicación N° 45262.

vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del tutelante, amerita protección constitucional.

7. (vi) Solo para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se considerarán como personas vulnerables aquellos individuos que hayan superado el Test de procedencia antes descrito. Para estas personas, las sentencias de tutela tendrán efecto declarativo del derecho y solo se podrá ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela.

Aunado a lo anterior, considera la Sala que nunca ha sido requisito para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del cónyuge o compañero permanente, ora, para los hijos menores, la dependencia económica, simplemente la acreditación de dicho status.

Ello se puede constatar en los artículos 55 y 62 de la Ley 90 de 1946, artículos 20 y ss del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de 1966; en el Acuerdo 019 de 1983 aprobado por el Decreto 232 de 1984, artículo 1; Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, artículo 27; en la Ley 100 de 1993 artículos 46 y 47, así como en la Ley 797 de 2003. Tampoco aparece ese requisito en la Ley 33 de 1973, Ley 12 de 1975, Ley 113 de 1985, ni en la Ley 71 de 1988.

En otro orden de ideas, la sentencia **SU-005 del 13 de febrero de 2018,** desconocería los principios de universalidad e irrenunciabilidad.

La Corte Constitucional pone a competir o ponderar por un lado los principios de universalidad e igualdad del sistema de pensiones versus el derecho a la seguridad social, mínimo vital y demás derechos del beneficiario, sin embargo, en nuestro sentir tales derechos no se contraponen, sino que se complementan, veamos:

"El principio de universalidad subjetiva aboga por la superación definitiva de las limitaciones que, respecto del alcance subjetivo de la protección, han heredado los actuales sistemas de Seguridad Social de la etapa

anterior de los Seguros sociales, caracterizado por las exclusiones de determinados sujetos de su campo de aplicación en razón de las condiciones profesionales o personales de los mismos"[3]

De acogerse la tesis de la Corte Constitucional implicaría retornar a las técnicas ligadas a la asistencia social, ya superadas, pues, solo se le otorgaría el derecho a las personas que estén en condiciones de pobreza, marginadas, etc, excluyendo a otros sujetos.

Desde el ámbito internacional, el principio de la Universalidad está consagrado en los artículos 22[4] y 25-1[5] de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 9[6] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos ratificados por Colombia

En la técnica del seguro se requiere estar cotizando durante cierto tiempo, no debe olvidarse que, nuestro sistema de protección ha avanzado, llegando al concepto de Seguridad Social[7], guiada por dos principios básicos: la universalidad y la irrenunciabilidad.

El principio de Universalidad no es un mero programa, sino que la interpretación de las normas de seguridad social debe hacerse con base en su contenido y ante los vacíos que presenta la legislación este cumple una función de integración de lagunas de tal forma que el intérprete de una manera razonada y coherente pueda llenar la deficiencia del sistema jurídico. Lo anterior, tiene

---

[3] Buenaga Ceballos, Óscar, El derecho a la Seguridad Social, Fundamentos éticos y principios configuradores, Editorial Comares, Granada 2017, página 221

[4] "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad"

[5] "1.- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

[6] "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social."

[7] El Seguro Social protege exclusivamente a los trabajadores, en cambio, la Seguridad Social tiende a proteger a toda la población; en el seguro social no existe una idea de un plan de protección social, en cambio la seguridad social va enmarcada por una integración en un plan o política social nacional.

sustento en el artículo 19 del C.S. T., en armonía con los artículos 1, 2, 11 y 288 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, si las normas del Seguro Social cobijaban a la población que cotizó 300 semanas en cualquier tiempo, la nueva Ley de Seguridad Social no puede dejar por fuera ese componente poblacional.

Si el Estado garantiza el derecho irrenunciable[8] a la Seguridad Social (Art. 48 C.P. y 3° de Ley 100 de 1993) sería contrario a tal postulado si no se concede la pensión en la forma descrita.

De igual manera, para la Sala resulta pertinente indicar que, bajo los principios de universalidad e irrenunciabilidad de la seguridad social, se puede otorgar la pensión, en la medida en que el primero de los principios busca asegurar la cobertura al mayor número de población posible y a su vez busca extender las prestaciones, no disminuirla, pues, va ligado al principio de no regresividad.

Si una población, la de 300 semanas en cualquier tiempo y 150 semanas en los seis (6) años anteriores a la muerte, venía siendo protegida, luego, no puede ser desconocida dicha protección, pues, sería como renunciar a su derecho a la seguridad social.

La universalidad subjetiva en estado puro implicaría otorgar pensiones no contributivas, sin embargo, ese ideal no es posible todavía.

Por último, el mínimo vital de una persona y su dependencia del causante, no puede estar sometido solo a criterios cuantitativos, sino cualitativos, pues, la beneficiaria puede gozar de pensión, lo cual no la excluye de la condición de tal, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; además, el mínimo vital podía ser

[8] La irrenunciabilidad en sentido amplio debe ser entendida como el derecho a perseguir la implantación de la seguridad Social por quienes no disfrutan de ella o la disfrutan de manera precaria; en sentido estricto, este principio implica la imposibilidad jurídica de sus beneficiarios a renunciar a su derecho a las prestaciones , por acuerdo de voluntades o de manera unilateral. Ver más detalles, Rendón Vásquez, Jorge, Derecho de la Seguridad Social, página 103,Grijeley, Lima 2008.

complementado con las ayudas que podía dar el causante a su consorte, de cualquier tipo que evitaban sufragar otros gastos etc.; incluso superar el componente económico para centrarse en el aspecto moral del acompañamiento y la convivencia, para entender la contingencia atinente al sufrimiento moral que surge de la muerte del afiliado.

Descendiendo al caso objeto de estudio no se encuentra en discusión que, el asegurado RODRIGO HERNANDEZ RODRIGUEZ falleció el 5 de octubre de 2016 (fl. 15); y que según la resolución SUB 260233 del 17 de noviembre de 2017**,** se desprende que cotizó entre 25 de octubre de 1979 hasta el 3 de marzo de 1996, un total de **771** semanas (fl.24), de las cuales, 671,86 semanas se cotizaron al 1-4-1994.

HISTORIA LABORAL (f.)	**DESDE**	**HASTA**	**DIAS**	**SEMANAS**
	25/10/1979	28/02/1985	1954	279,14
	29/07/1986	23/08/1989	1122	160,29
	18/10/1989	1/04/1994	1627	232,43
TOTAL DIAS EN HISTORIA LABORAL			**4.703**	**671,86**

Significa que, el causante durante los últimos tres (3) años anteriores al fallecimiento, entre el 05-10-2013 al 5-10-2016, cotizó cero “0” semanas, es decir que no dejó acreditado el derecho a sus beneficiarios, según la norma en comento.

Tampoco es posible aplicar la condición más beneficiosa respecto a la Ley 100 de 1993, pues, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte, exige en el caso del “***afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo***” (29-01-2003) que: (i) al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando; (ii)) hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002; (iii) la muerte o la invalidez se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006; (iv) la muerte o la invalidez se produzca entre el 29 de enero de

2003 y el 29 de enero de 2006; (v) hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento o la invalidez.[9]

Evidenciándose que no se configuraron dichos requisitos.

Sin embargo, de las **771 semanas** que refleja, según el conteo de las Sala, se tiene que, **671,86 semanas,** se cotizaron antes al 1 de abril de 1994, esto es, cumple con el presupuesto del Acuerdo 049 de 1990, toda vez que -*se reitera*- es un requisito *sine qua non* para reconocer una pensión a la luz de esta norma, haber cotizado más de 300 semanas antes de la fecha en mención.

Significa lo anterior que, el fallecido dejó causado el derecho a sus beneficiarios y si a ello sumamos el principio de proporcionalidad, se tiene con ese gran número de semanas son suficientes para financiar una pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, como la pensión de sobrevivientes solicitada se trata por muerte de un afiliado, la disposición a aplicar es el *literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003,* vigente a la fecha del fallecimiento del causante, 12 de noviembre de 2.010 *(fl. 6*)- la cual viene a ser el factor determinante que causa el derecho a la prestación solicitada.

La norma en cita establece que el cónyuge o la compañera permanente o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, pues, es apropiado afirmar que la convivencia efectiva, al momento de la muerte del causante, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y, por lo tanto, es el criterio rector material o real que debe ser satisfecho, tanto por el cónyuge como por la compañera o compañero permanente del titular de la prestación social, ante la entidad de seguridad social, para lograr que sobrevenida la muerte del pensionado o afiliado, el (a) sustituto (a) obtenga la pensión y de

[9] Sentencia SL-2358-2017, radicación 44596 del 25 de enero de 2016, M.P. Drs. Fernando Castillo y Jorge Luís Aviroz

esta forma el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos básicos e indispensables para subvenir o satisfacer las necesidades básicas.

La Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que, la pensión de sobrevivientes es una prestación económica que el ordenamiento jurídico reconoce a favor del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez que fallece.

Su objeto es proteger a los miembros de dicho grupo del posible desamparo al que se pueden enfrentar por razón de la muerte del causante, en tanto antes del deceso dependían económicamente de aquél. Las características que definen la existencia de un vínculo que da origen a la familia están determinadas por la vocación de permanencia y fundadas en el afecto, la solidaridad y la intención de ayuda y socorro mutuo, como lo dispone el artículo 42 de la Carta. (T-1035/2008; T-199/2016).

Es pertinente acotar que, la interpretación dada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al artículo 13 de la ley 797 de 2003, indica que tanto el cónyuge, compañera o compañero del afiliado como del pensionado deben demostrar cinco (5) año de convivencia, precisando que, el compañero/a deben acreditarlos en los cinco (5) años inmediatamente anteriores a la muerte, en cambio, el cónyuge puede acreditar ese lapso en cualquier tiempo.

En efecto, a partir de la sentencia radicación No 41637 de 24 de enero de 2012 la Sala de Casación Laboral adoctrinó que, el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el causante durante un interregno no inferior a cinco (5) años, en cualquier tiempo, criterio que ha sido reiterado en sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017, SL 1399-2018, entre otras.

Con relación a la condición de beneficiaria de la señora MARIA TERESA DAZA, se tiene que:

Allegó copia de la declaración extra procesal rendida ante la Notaria 20 del Circulo de Cali, el 17 de julio de 2017, por la señora MARÍA TERESA DAZA, señalando que, desde el año 2003 convivió bajo el mismo techo ininterrumpidamente con el fallecido, hasta la fecha de su deceso, 05-10-2016, que de dicha unión procrearon una hija, siendo aquél quien velaba por el sostenimiento del hogar en todo sentido, proporcionando lo necesario para subsistir, como es vivienda, alimentación, vestuario, salud, educación.

Igualmente, en dicho documento las señoras MARÍA EDILMA FRANCO SANCHEZ y ANA CECILIA VELASCO, manifestaron conocer de vista, trato y comunicación durante cinco (5) y quince (15) años, al señor Rodrigo Hernández Rodríguez, quien convivió con unión marital de hecho hasta la fecha de su fallecimiento con la señora María Teresa Daza, y por el conocimiento que tuvieron de él, saben y les consta que todo lo manifestado por la otorgante es totalmente cierto.

*También se recepcionó la declaración de parte de la señora **MARIA TERESA DAZA**, 41 años de edad, soltera, bachiller, oficios varios, mamá de María Julieth Hernández Daza, conoció al causante en al año 2003, lo conoció porque llegó a la casa del causante a vivir allí y pagar una pieza; a los meses de vivir allí, en la casa del causante empezaron una relación; tenía alquiladas tres piezas; aquél ya estaba separado de su esposa, Luz Amparo, más o menos hacía dos años, destacó que con aquella procreó 5 hijos, y se fue con otro señor y todos los hijos; la convivencia duró desde el año 2003 hasta el día que falleció, 5 de octubre de 2016; aquél era independiente, manejaba un carro, era alquilado, nunca se llegaron a separar, procrearon una hija, María Julieth Hernández, quien tiene 17 años de edad; luego se pasaron a vivir al tercer piso, el causante, ella y su hija; los otros pisos estaban arrendados.*

En público la presentaba como su segunda esposa; nunca más volvió con la señora Luz Amparo. Ella tiene Sisbén. En la enfermedad del causante, los hijos y los hermanos del causante se hicieron cargo de los gastos que necesitaba, y lo tenían afiliado a un plan exequial; cuando convivían juntos ella no trabajaba, aquél se encargaba de todos sus gastos.

Solicitó la prestación a nombre de su hija y le cancelaron la indemnización sustitutiva por valor de 7 millones; luego, a los tres meses solicitó la prestación para ella y se la negaron. La señora Luz Amparo no está recibiendo la prestación.

Para demostrar en juicio la convivencia afectiva, no existe norma que consagre una tarifa legal que indique qué documentos son requeridos para probarlo.

En primer lugar, se destaca que de la declaración extraprocesal antes referenciada se observa que, las señoras MARÍA EDILMA FRANCO SANCHEZ y ANA CECILIA VELASCO, si bien manifestaron conocer de vista, trato y comunicación al señor Rodrigo Hernández Rodríguez, durante cinco (5) y quince (15) años, indicando que aquél convivió con unión marital de hecho hasta la fecha de su fallecimiento con la señora María Teresa Daza, también lo es que, de manera general expresaron constarle todo lo señalado por la actora en su declaración.

Es decir que, no se logra desprender cómo conocieron a la actora, ni mucho menos al causante; ni tampoco manifestaron situaciones puntuales que les permitieron concluir, que aquellos tenían conformada una comunidad de vida.

Adicional, no señalaron los espacios en los que se veían, ni la frecuencia con la que se visitaban, ni en dónde compartían, pues solo se limitaron a realizar una afirmación de lo indicado por la actora en la declaración rendia.

En segundo lugar, de la investigación administrativa realizada por Cosinte RM en octubre de 2017, se desprende que la actora, narró que empezó a vivir con el causante desde el año 2003, procrearon una hija en común, quien nació en el año 2004 y, en el año 2009 ella abandonó la casa del causante por los constantes inconvenientes que se presentaron a raíz de la llegada de la esposa del fallecido y madre de los otros hijos, quien se ubica en el segundo piso de la vivienda.

Mencionó además que, la relación no terminó de manera total, ya que de vez en cuando había acercamiento, en las visitas que el causante le hacía a su hija.

Así mismo, se tiene lo rendido por la hermana del causante, Judith Hernández, quien señaló que la actora y su hermano convivieron por espacio de siete años, y la solicitante se va de la casa cuando la ex esposa llega a vivir al segundo piso de la casa de la pareja.

Aunado a lo anterior, al realizar el trabajo de campo a los alrededores de la vivienda del causante, señaló la señora Raquel Limbachi, vecina del sector hace 35 años, quien afirmó conocer al fallecido desde hace 20 años, y refirió no saber quién era la solicitante, pero, al verla en una foto, manifestó que era una inquilina de la señora Ana.

Por otra parte, aunque se recepcionó la declaración de parte de la demandante, sus dichos por si solos no son suficientes para demostrar la condición de beneficiaria, máxime, cuando se observa que la primera vez que solicitó la prestación a la entidad accionada, lo hizo solo a nombre de la hija que procreó con el fallecido y se presentan contradicciones en sus dichos.

Concluyéndose que, no ha claridad con lo rendido en la declaración extraprocesal y sus manifestaciones en la investigación administrativa, toda vez que, en la primera indicó que ella convivió con el causante hasta la fecha

del fallecimiento, 2016, y, en la segunda, señaló que en el año 2009 se fue de la casa, cuando la ex esposa de aquel llegó a vivir al segundo piso de la vivienda.

En consecuencia, considera la Sala que, la demandante no logró acreditar el presupuesto de la convivencia mínima indicada en la norma, sin que le asista el derecho a la prestación.

Es de resaltar que, en el proceso se vinculó en calidad de litisconsorte necesaria a la señora LUZ AMPARO CARDONA PIEDRAHITA, quien, en calidad de cónyuge del causante, el 15 de febrero de 2017, solicitó la prestación a la entidad, siéndole resuelta en forma negativa, y en este caso, se estudia el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha señora.

Se destaca que fue representada por Curadora Ad Litem.

Del material allegado al proceso se observa, el registro civil de matrimonio, celebrado con el causante, el 6 de marzo de 1982.

Igualmente, declaración extraprocesal rendida por Zulma Elena Ramírez Lemus y Luz Elena Montoya Duque, el 13 de febrero de 2017 ante la Notaría 20 del Circulo de Cali, quienes manifestaron conocer al causante por espacio de 15 años, y tienen conocimiento que estuvo casado con la señora Luz Amparo Cardona, permaneciendo juntos hasta la fecha del deceso y quienes procrearon cinco hijos, mayores de edad a la fecha, dependiendo su esposa económicamente de aquél.

Sin embargo, de la investigación administrativa realizada por Cosinte RM, se desprende que, una vez realizado el trabajo de campo, concluyó que la esposa del causante y el fallecido, convivieron desde la fecha del

matrimonio, 6 de marzo de 1982 hasta el año 2005, fecha en que se separaron definitivamente.

En cuanto al test de procedencia indicado en la sentencia de la Corte Constitucional, se resalta que:

(i) Está demostrado que la actora pertenece a un grupo de especial protección constitucional, teniendo en cuenta que contaba a la fecha del fallecimiento del señor Rodríguez con 54 años de edad -17 de junio de 1962- es decir que para dicha calenda no hacía parte de la fuerza laboral activa.

(ii) De lo indicado por las testigos y de la investigación administrativa, se desprende que la falta de su cónyuge, le generó una afectación directa en la satisfacción de sus necesidades básicas, afectando su mínimo vital y sus condiciones en vida diga, observándose que, convivía en uno de los apartamentos que tenía el causante, siendo este quien se ayudada en su sostenimiento.

(iii) Igualmente, se acreditó que dependía económicamente del causante antes de su fallecimiento.

(iv) El causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas para su pensión de vejez, en atención al retiro del trabajo, pues trabajaba de manera informal manejando un transporte que alquilaba, sin que realizara aportes desde el año 1996.

(v) Observándose que realizó la petición de manera oportuna, el fallecimiento se generó el 5 de octubre de 2016, y la petición la instauró el en el año 2017.

Significa lo anterior que, al tratarse de la cónyuge y quedar probado los cinco años de convivencia en cualquier tiempo, se cumplen con los presupuestos exigidos en la norma para acceder a la prestación de sobrevivientes, a partir de la fecha del fallecimiento de aquel, 5 de octubre de 2016, en cuantía del 50%.

Al realizar el estudio de la excepción de prescripción se tiene que, no se configuró, toda vez que:

- El derecho se causó a partir del **5 de octubre de 2016.**
- La petición se realizó el 15 de febrero de 2017.
- Resuelta en forma negativa en resolución **3 de abril de 2017,** quedando agotada la vía gubernativa, contando hasta el 3 de 2020, para instaurar la demanda, sin que lo haya hecho.
- Y, el **30 de agosto de 2021,** se ordenó el emplazamiento y se designó Curador Ad Liten, quien fue notificada el 1 de noviembre de 2021 (25Notificacion), esto es, transcurrieran los tres (3) años a que hace referencia el artículo 151 del C. P. del T. y de la S. S., salvaguardando las mesadas causadas desde el **1 de noviembre de 2018**.

En virtud del A.L. 01/2005 le corresponden 13 mesadas al año, debido a que la prestación se reconoció en fecha posterior al 31 de julio del 2011.

Es de advertir que, la mesada pensional corresponde al salario mínimo para cada anualidad en atención a que los aportes se realizaron con base en una suma levemente superior a esta, la cual al aplicar la tasa correspondiente al 53%, -esto es, 45% por las primeras 500 semanas, y el 2% adicional por cada 50 semanas que se superen, y al reunir las 771 semanas, equivalen a 8%-, lo cual arrojaría una suma inferior al salario mínimo establecido, debiéndose ajustar a éste.

Por concepto de retroactivo generado entre el **1 de noviembre de 2018 y actualizado al 31 marzo de 2022,** arrojó la suma de **$19.665.749,00.** A partir del 1° de abril de 2022, le corresponde una mesada pensional de **$500.000,oo** junto con los respectivos incrementos legales que determine el Gobierno Nacional para cada anualidad. Percibiendo 13 mesadas al año.

AÑO	SALARIO MÍNIMO	50%	# MESADAS	TOTAL
2.018	$ 781.242,00	$ 390.621,00	3	$ 1.171.863,00
2.019	$ 828.116,00	$ 414.058,00	13	$ 5.382.754,00
2.020	$ 877.802,00	$ 438.901,00	13	$ 5.705.713,00
2.021	$ 908.526,00	$ 454.263,00	13	$ 5.905.419,00
2.022	$ 1.000.000,00	$ 500.000,00	3	$ 1.500.000,00
TOTAL				**$ 19.665.749,00**

Por otro lado, se tiene que fue vinculada al proceso en calidad de litisconsorte necesario, María Juieth Hernández Daza, en calidad de hija de la actora y el fallecido, quien, para la fecha del deceso del causante, 5 de octubre de 2016, contaba con 12 años de edad, pues, nació el *16 de febrero de 2004 (fl.31)*-

Es decir que logró acreditar su condición de beneficiaria, además, le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión en suma única de $7.681.149,oo, en resolución del 13 de enero de 2017.

En consecuencia, se concluye que está acreditada su condición de beneficiaria, asistiéndole el derecho a la prestación desde la fecha del deceso, 5 de octubre de 2016.

Con relación a la excepción de prescripción formulada por la parte accionada oportunamente, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en radicación No. 24.369 del 7 de abril de 2005, junto con el artículo 2530 del C. de P. C., el cual manifiesta, que: "(…) *La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría."(Subrayas del despacho).*

En efecto, en relación con la suspensión de la prescripción en casos como el presente, en que para la data en que se produjo el deceso del

padre (2016), la reclamante era menor de edad (12 años de edad), la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado en muchas ocasiones, en las que ha concluido que en favor de dichos menores es lícita la suspensión del término prescriptivo[10], que solo debe empezar a contarse desde que adquieren la mayoría de edad.

Es de indicar que, la prestación se le reconoce hasta la mayoría de edad, 16 de febrero de 2022, y en caso de continuar estudiando, se le cancelará el 50% de la prestación hasta que cumpla los 25 años de edad siempre y cuando acredite dicha condición a la entidad accionada.

Se autorizan a la entidad accionada descontar lo correspondiente a salud.

Por concepto de retroactivo generado entre el **5 de octubre de 2016 y actualizado al 16 de febrero de 2022,** arrojó la suma de **$28.947.767,65.** A partir del 17 de febrero de 2022, le corresponde una mesada pensional equivalente al 50%, junto con los respectivos incrementos legales que determine el Gobierno Nacional para cada anualidad. Percibiendo 13 mesadas al año, siempre y cuando acredite ante la entidad su condición de estudiante.

AÑO	SALARIO MÍNIMO	50%	# MESADAS	TOTAL
2.016	$ 689.455,00	$ 344.727,50	3,86	$ 1.330.648,15
2.017	$ 737.717,00	$ 368.858,50	13	$ 4.795.160,50
2.018	$ 781.242,00	$ 390.621,00	13	$ 5.078.073,00
2.019	$ 828.116,00	$ 414.058,00	13	$ 5.382.754,00
2.020	$ 877.802,00	$ 438.901,00	13	$ 5.705.713,00
2.021	$ 908.526,00	$ 454.263,00	13	$ 5.905.419,00
2.022	$ 1.000.000,00	$ 500.000,00	1,5	$ 750.000,00
TOTAL				**$ 28.947.767,65**

[10] Dicho pronunciamiento ha sido reiterado en sentencia CSJ SL radicación 41650 del 18 septiembre de 2012; radicación 39631 del 30 de octubre de 2012 y, radicación 42.602 del 12 de agosto de 2014, M. P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruíz.

En el momento que se le extinga el derecho a la hija del causante, se le acrecienta en el 100% a la cónyuge del causante, la señora LUZ AMPARO CARDONA PIEDRAHITA.

Se autorizará a la demandada para efectuar los correspondientes descuentos a salud, conforme lo establece el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, se autorizará a la entidad accionada a descontar del retroactivo pensional generado, el valor reconocido a la actora por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en la suma única de $7.681.149,oo, debidamente indexada al momento del pago, en caso de haber sido efectivamente pagado.

COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES. El juzgado liquidará las de primera instancia. Agencias en este instancia en la suma de $1.500.000,oo, en el 50% para cada una de las partes, MARIA JULIETH HERNANDEZ DAZA y LUZ AMPARO CARDONA PIEDRAHITA.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada No. 356 del 19 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de, **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE,** la excepción de prescripción con relación a las mesadas causada con anterioridad al 1 de noviembre de 2018, en favor de la señora LUZ AMPARO CARDONA PIEDRAHITA. No declarar probadas las demás excepciones.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" a reconocer y pagar a la pensión de sobrevivientes a la señora LUZ AMPARO CARDONA en calidad de cónyuge del causante, Rodrigo Hernández Rodríguez, a partir del 1 de noviembre de 2018, en cuantía del 50% del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Por concepto de retroactivo generado entre el **1 de noviembre de 2018 y actualizado al 31 marzo de 2022,** la suma de **$19.665.749,00.** A partir del 1° de abril de 2022, le corresponde una mesada pensional de **$500.000,oo** junto con los respectivos incrementos legales que determine el Gobierno Nacional para cada anualidad. Percibiendo 13 mesadas al año.

En el momento que se le extinga el derecho a la hija del causante, se le acrecienta en el 100%.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" a reconocer y pagar a la pensión de sobrevivientes a la joven MARÍA JULIETH HERNANDEZ DAZA, en su condición de hija menor del causante, Rodrigo Hernández Rodríguez, en cuantía del 50% del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Por concepto de retroactivo generado entre el **5 de octubre de 2016 y actualizado al 16 de febrero de 2022,** la suma de **$28.947.767,65.** A partir del 17 de febrero de 2022, le corresponde una mesada pensional equivalente al 50%, junto con los respectivos incrementos legales que determine el Gobierno Nacional para cada anualidad. Percibiendo 13 mesadas al año, siempre y cuando acredite ante la entidad su condición de estudiante.

CUARTO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "*COLPENSIONES*" a descontar del retroactivo pensional generado, a la señora LUZ AMPARO CARDONA Y MARÍA JULIETH HERNANDEZ DAZA, lo correspondiente a salud.

QUINTO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "*COLPENSIONES*" a descontar del retroactivo pensional generado, a la joven MARÍA JULIETH HERNANDEZ DAZA, lo correspondiente por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en la suma única de $7.681.149,oo, debidamente indexada al momento del pago, en caso de haber sido efectivamente pagado.

SEXTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la señora MARIA TERESA DAZA, por las razones expuestas.

SEPTIMO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES. El juzgado liquidará las de primera instancia. Agencias en este instancia en la suma de $1.500.000,oo, en el 50% para cada una de las partes, MARIA JUIETH HERNANDEZ DAZA y LUZ AMPARO CARDONA PIEDRAHITA.

OCTAVO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar. En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
MAGISTRADO SALA LABORAL

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
MAGISTRADA SALA LABORAL

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
MAGISTRADO SALA LABORAL

Firmado Por:

Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ba6620791dc6f19a982c6a6ad0e95e793bf5876f0962b93424131c9d6c0a691e**
Documento generado en 11/05/2022 12:00:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica