

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. ORDINARIO DE **PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA**
Y JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ
VS. **PORVENIR S.A.**
RADICACIÓN: **760013105 002 2019 00332 01**

Hoy dieciséis (16) de diciembre de 2022, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve la **APELACIÓN** presentada por la apoderada de la parte DEMANDANTE, respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA**, en nombre propio y en representación del menor **JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ** contra **PORVENIR S.A.**, con radicación No. **760013105 002 2019 00332 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 10 de noviembre de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 70**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el Acuerdo PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022, en ambiente preferente virtual.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la **apelación** en esta que corresponde a la...

SENTENCIA NÚMERO 453

ANTECEDENTES

La pretensión de los demandantes está orientada a obtener de esta jurisdicción una declaración de condena contra la entidad convocada, por la **pensión de sobrevivientes** por el fallecimiento de su compañero permanente y padre respectivamente, FABIO LOZANO RAMÍREZ, desde el 11 de enero de 2008, junto con los intereses moratorios, indexación, mesadas adicionales y las costas del proceso.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

En apoyo a sus pretensiones, la demandante a través de su apoderada judicial afirmó que luego del fallecimiento de su compañero permanente FABIO LOZANO RAMÍREZ, acaecido el 11 de enero de 2008, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor suyo y de su hijo menor JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ el 4 de junio de 2010.

Indicó que PORVENIR S.A. le negó la pensión de sobrevivientes, pero le informó que le serían cancelados los saldos de ahorro pensional del señor FABIO LOZANO RAMÍREZ, dinero que se vio en la obligación de recibir dada la difícil situación económica en la que se encontraba.

Señaló que la devolución de saldos se realizó mediante radicación número 0103803016317900 de septiembre de 2010.

Manifestó que el 6 de octubre de 2014, a través de apoderado judicial, solicitó nuevamente ante PORVENIR S.A. el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sin recibir respuesta alguna.

Dijo que el Ejército Nacional emitió certificación dando cuenta que FABIO LOZANO RAMÍREZ prestó servicio militar como Auxiliar de Policía desde julio de 2004 a julio de 2005, para un total de 52 semanas.

Aseveró que FABIO LOZANO RAMÍREZ cotizó ante PORVENIR S.A., 34 semanas, las que sumadas a las cotizadas en el servicio militar obligatorio arrojaría un total de 86 semanas.

Consideró que PORVENIR debió tener en cuenta que FABIO LOZANO RAMÍREZ murió a muy corta edad, cuando apenas empezaba su vida laboral, sumado a que prestó servicio militar obligatorio y terminó a los 23 años de edad a causa de su muerte.

PORVENIR S.A. al dar respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones indicando que FABIO LOZANO RAMÍREZ, no dejó acreditados los requisitos legales para que sus potenciales beneficiarios accedieran al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivencia, por cuanto no tenía cotizadas las 50 semanas mínimas exigidas, dentro de los tres años inmediatamente anteriores al deceso, tal y como lo exige el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Indicó que el tiempo de servicio militar que prestó en su momento FABIO LOZANO RAMÍREZ, solo será computado para efectos de cesantías y pensión de jubilación que sean reconocidos directamente por las entidades del Estado, pero jamás, cuando se tengan que sufragar cotizaciones para poder acceder al beneficio pensional, como el caso que nos ocupa.

Advirtió que la entidad le reconoció a los demandantes la devolución de saldos que ascendió a la suma de \$685.760, correspondiente al valor existente en la cuenta de ahorro pensional y sus respectivos rendimientos.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La decisión de primera instancia fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, por cuya parte resolutive absolvió a PORVENIR S.A. de las pretensiones de la demanda, tras considerar que de la documental allegada al plenario se evidenciaba que el afiliado fallecido no acreditó las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a su

fallecimiento, razón por la que no dejó derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus eventuales beneficiarios

Afirmó que se allegó por la parte actora, certificación emitida por la Policía Nacional, la que informa que Fabio Lozano Ramírez, prestó servicio militar como Policía Bachiller desde el 28 de julio de 2004 hasta el 28 de julio de 2005. Que conforme lo establece el artículo 40 ley 48 de 1993, el tiempo de servicio militar prestado por Fabio Lozano Ramírez, le permitían contabilizar 52 semanas de cotización, las que sumadas a las 28,71 cotizadas a Porvenir S.A., sumaban en total 80.71 semanas, cumpliendo así con los requisitos exigidos por el artículo 12 de la ley 797 de 2003.

Respecto de las exigencias del 13 de la ley 100 de 1993, estableció que ni la compañera permanente del causante ni el hijo menor, en cuya representación ésta actúa, cumplieron con la carga probatoria que les impone la norma, pues ninguna prueba se adujo en el proceso tendiente a acreditar la convivencia de la demandante con el fallecido en los últimos 5 años anteriores al deceso del afiliado. Indicó que si bien se allegó una declaración del afiliado, en el que refirió que convivió con la demandante 2 años, lo cierto es que ningún testimonio se allegó al proceso con la finalidad de demostrar la convivencia, razón por la que no se encontraba demostrada la convivencia por 5 años anteriores al deceso del afiliado. Señaló que tampoco se encuentra acreditado que el hijo menor del causante se encuentre adelantando estudios con el mínimo de condiciones académicas exigidas, pues nada en este aspecto se probó.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte **DEMANDANTE** la apeló argumentando que no se tuvo en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia 1094 de 2003 señaló que el régimen de convivencia mínima por 2 años, solo se exige en el caso de la sustitución pensional, es decir cuando ocurre la muerte de un pensionado o jubilado, y en el presente

asunto se trata de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de un afiliado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 13 de mayo de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la ley 2213 de 2022.

Dentro del término la parte demandante y Porvenir S.A., a través de memoriales allegados al correo electrónico de la Secretaria de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentaron alegatos de conclusión en los cuales ratificaron lo expuesto en la demanda, contestación de la demanda y en el recurso de apelación, respectivamente.

C O N S I D E R A C I O N E S :

Como cuestión de primer orden, la Sala resalta que de conformidad con el principio de la consonancia, establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., *“la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*. En este orden de ideas, el problema jurídico que debe resolver la Sala, se concreta en determinar si a la demandante y su hijo menor de edad, en calidad de compañera e hijo del señor FABIO LOZANO RAMÍREZ, les asiste el derecho a ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, por reunir las exigencias para ello previstas en la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, y de ser así, si hay lugar a reconocer intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 o la indexación de las condenas.

Para resolver lo anterior, la Sala tendrá en cuenta los siguientes aspectos fácticos que no se discutieron, o bien se encuentran suficientemente acreditados: **i)** FABIO LOZANO RAMÍREZ nació el 8 de noviembre de 1984,

y falleció el 11 de enero de 2008; **ii)** FABIO LOZANO RAMÍREZ prestó el servicio militar perteneciendo al segundo contingente del año 2004, bajo la modalidad de “Auxiliar de Policía Bachiller” desde el 28 de julio de 2004 al 28 de julio de 2005, **iii)** FABIO LOZANO RAMÍREZ cotizó de manera interrumpida al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. desde enero de 2006 hasta octubre de 2006; iv) según registro civil de nacimiento aportado al plenario JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ, nacido el 04 de enero de 2006, es hijo de PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA y FABIO RAMÍREZ LOZANO; **iv)** el 4 de junio de 2010, la demandante PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA solicitó ante PORVENIR S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, recibiendo respuesta negativa mediante comunicación del 17 de agosto de 2010, a través de la cual Porvenir S.A. argumentó que no se encontraban acreditados los requisitos legales previstos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la ley 100 de 1993, vigente al momento del fallecimiento del afiliado FABIO LOZANO RAMÍREZ; **v)** posteriormente PORVENIR S.A. a través de comunicación fechada el 07 de septiembre de 2010 con radicación 0103803016317900, efectuó la devolución de saldos a PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA en un 50% y a JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ en un 25%, en calidad de compañera e hijo respectivamente de FABIO LOZANO RAMÍREZ, en cuantía de \$685.670, posteriormente por certificación del 17 de noviembre de 2020, PORVENIR S.A. señaló que el 25% restante se encontraba “EN RESERVA”, reiterando la identidad de los beneficiarios antes mencionados; **vi)** finalmente la parte demandante solicitó nuevamente la pensión de sobrevivientes el 06 de octubre de 2014, recibiendo la negativa de la entidad mediante comunicación del 24 de octubre de 2014.

Por haber ocurrido el óbito del señor FABIO LOZANO RAMÍREZ el 11 de enero de 2008, la norma que regula el presente asunto es el artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, que exige para el afiliado fallecido, cincuenta semanas de cotización dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Ahora bien, resulta pertinente establecer las semanas que han de tenerse en cuenta para determinar la procedencia del derecho pretendido, pues FABIO LOZANO RAMÍREZ prestó el servicio militar bajo la modalidad de “Auxiliar de Policía Bachiller” desde el 28 de julio de 2004 al 28 de julio de 2005 y efectuó cotizaciones a Porvenir S.A. desde enero de 2006 hasta octubre de 2006.

Conviene destacar para efecto de lo anterior, que el servicio militar obligatorio es antes que todo un deber ciudadano que impone a éste la obligación de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. Por esta razón, quienes lo prestan no tienen con el Estado un vínculo laboral dependiente y si bien cumplen una función esencialmente pública no pueden considerarse por ello servidores públicos ni aún dentro de la definición del artículo 216 constitucional. A pesar de lo anterior, el legislador estableció a favor de aquellos, algunos beneficios legales, uno de los cuales, lo constituye justamente la posibilidad de que el tiempo de servicio militar sea tenido en cuenta para efectos de la pensión de jubilación o de vejez, cesantías y prima de antigüedad. En efecto, el artículo 101 del decreto 1950 de 1973, preceptuó que “*El tiempo de servicio militar será tenido en cuenta para efectos de cesantía, pensión de jubilación o de vejez y prima de antigüedad, en los términos de la ley*”. Igual redacción trajo el artículo 40 de la ley 48 de 1993.

El artículo 216 de la Constitución, otorga tal beneficio como prerrogativa que da la Constitución Política para quienes presentaron el servicio militar, lo que se hace extensivo a los beneficiarios de quien lo prestó, no existiendo prohibición para su aplicación a otras pensiones diferentes a la de vejez como en este caso la de sobrevivientes.

Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 11188 de 2016, indicó que:

“Desde este punto de vista, a juicio de la Sala, la mejor solución interpretativa es aquella según la cual el art. 40 de la L. 48/1993, no solo cubre las pensiones de jubilación o vejez, sino también las de sobrevivencia e invalidez, en el entendido que la protección en pensiones que ofrece la L. 100/1993 abarca tres ámbitos: vejez, invalidez y muerte; de manera que, no es apropiado limitar la norma a solo uno, como si el ser humano pudiera fraccionarse en su integridad. Por todo lo anterior, el Tribunal no se equivocó al asumir con arreglo a la L. 48/1993 que el tiempo de servicio militar obligatorio puede sumarse para la pensión de sobrevivientes, puesto que desde la perspectiva de los derechos fundamentales con que deben ser abordados problemas jurídicos de este talante, la mejor interpretación, es aquella conforme a la cual el tiempo de servicio militar obligatorio tiene valor en el marco de las prestaciones pensionales del sistema de seguridad social.”

Así, sumados los ciclos cotizados al Régimen de Ahorro Individual con el tiempo de servicio militar prestado bajo la modalidad de “Auxiliar de Policía Bachiller” desde el 28 de julio de 2004 al 28 de julio de 2005, arroja un total de 83,86 semanas, correspondiente 60.57 al tiempo de servicios o semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento de FABIO LOZANO RAMÍREZ, cumpliendo con la exigencia del artículo 12 de la ley 797 de 2003.

Toda la Vida

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	DÍAS DEL PERIODO	NOTAS DEL CÁLCULO
DESDE	HASTA			
28/07/2004	28/07/2005	0	361	Servicio Militar
1/01/2006	31/01/2006	54.400,00	30	
1/02/2006	28/02/2006	552.817,00	30	
1/03/2006	31/03/2006	544.183,00	30	
1/04/2006	30/04/2006	556.959,00	30	
1/05/2006	31/05/2006	565.154,00	30	
1/06/2006	30/06/2006	593.174,00	30	
1/07/2006	31/07/2006	122.000,00	8	
1/09/2006	30/09/2006	286.000,00	20	
1/10/2006	31/10/2006	375.000,00	18	
TOTALES			587	
TOTAL SEMANAS			83,86	

3 Años anteriores al fallecimiento

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	DÍAS DEL PERIODO
DESDE	HASTA		
11/01/2005	28/07/2005	100,00	198
1/01/2006	31/01/2006	54.400,00	30
1/02/2006	28/02/2006	552.817,00	30
1/03/2006	31/03/2006	544.183,00	30
1/04/2006	30/04/2006	556.959,00	30
1/05/2006	31/05/2006	565.154,00	30
1/06/2006	30/06/2006	593.174,00	30
1/07/2006	31/07/2006	122.000,00	8
1/09/2006	30/09/2006	286.000,00	20
1/10/2006	31/10/2006	375.000,00	18
TOTALES			424
TOTAL SEMANAS			60,57

Por las razones anteriormente expuestas, el señor FABIO LOZANO RAMÍREZ si dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Ahora corresponde determinar quién o quiénes son los beneficiarios del derecho pensional causado conforme lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Para el caso del menor JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ resulta pertinente señalar que conforme se extrae del registro civil de nacimiento que obra en el expediente digital, nació el 04 de enero de 2006, es hijo de PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA y FABIO RAMÍREZ LOZANO, y alcanzará la mayoría de edad el mismo día y mes de 2024 y los 25 años en 2031.

Respecto de la dependencia económica de los hijos menores de edad respecto de los padres, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1724 del 25 de abril de 2018 señaló:

“Esta situación ya ha sido resuelta por la Corte en múltiples sentencias, entre otras, en la CSJ SL, 27 de febrero de 2013, radicación 45264, reiterada a su vez en la decisión CSJ SL10641-2014 en la que de forma clara se estableció que no se necesita

prueba de dependencia económica, ni acreditación de otra índole, para el caso de los hijos menores de edad. Así lo advirtió la Corporación:

La sentencia complementaria de instancia (fs. 457 a 462), negó el derecho a la pensión reclamada por los hijos del causante, porque al decir del a quo, los menores no “probaron dentro del proceso” la dependencia económica que tenían respecto del causante, “por lo que mal haría este juzgador otorgar un derecho que no se probó en su momento procesal”

[...]

*Pues bien, estudiados los registros civiles de nacimiento (fs. 316 y 317), que por demás no fueron refutados por la demandada, encuentra la Sala que... son hijos de... Castellanos y de... Villalba Díaz (q.e.p.d); que el primero nació el 18 de junio de 1992 y la segunda el 1º de diciembre de 1997, de manera que, indiscutiblemente, para la data en la que falleció su padre, 5 de febrero de 2001, **eran menores de edad y esa condición, sin más, les otorga el derecho a la pensión deprecada.***

*Recuérdese que a la pensión legal de sobrevivientes, **conforme lo establece el artículo 47 original de la Ley 100 de 1993, sustento de la decisión del juez a quo, tienen derecho los hijos menores del causante, quienes precisamente por esa condición, no tienen que probar ninguna dependencia económica de quien los proveía de todo lo necesario para su subsistencia.** En ese sentido, resulta patente la equivocación y suficiente para revocar la providencia (Negrillas por fuera del texto original).*

Descendiendo al caso concreto, no se controvierte que Angélica María Meléndez Tache era menor de edad al momento del fallecimiento del causante (folio 17), e incluso, para cuando se presentó la demanda, por tanto, resulta beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.”

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, encuentra esta Sala, contrario a lo sostenido por la a quo, que resulta procedente reconocer la pensión de sobrevivientes deprecada a favor del menor JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ, que **se causó desde el 11 de enero de 2008**, por el fallecimiento del afiliado FABIO LOZANO RAMÍREZ, en su calidad de hijo menor de edad. Por las razones anteriormente expuestas le corresponde a JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su padre, hasta el 04 de enero de 2024, momento a partir del que tendrá derecho a seguir persiguiendo la prestación pensional, siempre y cuando acredite la condición de estudiante, condición que podrá

mantener hasta el 04 de enero de 2031, momento que cumple los 25 años de edad, y cesa totalmente la prestación pensional.

Respecto de la excepción de prescripción propuesta por el apoderado judicial de PORVENIR S.A. al contestar la demanda frente a los derechos pensionales causados a favor del menor JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ, encuentra la Sala que respecto de los incapaces, en el artículo 2530 del Código Civil que establece:

“ARTICULO 2530. <SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA>. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse; en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo.

La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría”

(Negrita y subraya por la Sala).

Al respecto, consideró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, en sentencia del 31 de marzo de 2009, con radicación 34641 que:

“El tema jurídico planteado, de la suspensión de la prescripción en los casos en los que se discutan derechos de menores, soporte principal del fallo gravado, se ha definido por esta Sala en reiteradas oportunidades; así en la sentencia que cita el opositor, del 11 de diciembre de 1998, radicación 11349, expresó:

“La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.

La ley laboral establece una prescripción que frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que procura la reclamación rápida, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de

operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda.

En el derecho común, aplicable por remisión a los créditos laborales, el artículo 2541 del Código Civil contempla la suspensión de la prescripción extintiva de las obligaciones y remite al artículo 2530 ibídem para identificar las personas en cuyo favor opera tal figura, dentro de las cuales el artículo 68 del decreto 2820 de 1974, que modificó parcialmente aquella disposición, incluye a "Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría".

Si la norma transcrita extiende el beneficio de la suspensión de la prescripción a los menores, los dementes y los sordomudos, y expresamente se refiere a quienes cuentan con representación legal (patria potestad y guarda), es claro que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, **por lo que debe entenderse que el modificado artículo 2530 del CC contiene un beneficio para determinadas personas a quienes la ley protege sin importar que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquel incurra, no puede afectar la situación jurídica del representado".**

Y en la sentencia del 18 de octubre de 2000, radicación 12890, se dijo:

"En lo que corresponde a la menor (...)debe decirse que operó la suspensión de la prescripción de la acción, por el hecho de ser ésta menor de edad y no poder ejercitar sus derechos ante la justicia, sino al momento de ser capaz, esto es, al llegar a la mayoría de edad, establecida hoy en 18 años según lo normado en el artículo 68 del Decreto 2820 de 1974, o al de ser ejercido el derecho de acción correspondiente por el representante legal de la menor.

*Consecuente con lo anterior, deviene de manera clara que el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 488 del C.P.T. y 151 del C.S.T., ya que esas disposiciones normativas no gobiernan lo referente a la suspensión de la prescripción de la acción respecto de los menores y por tanto se hace necesario ocurrir a las normas de aplicación supletoria (Art.19 C.S.T.) que, **para este evento, no son otras que las consagradas en los artículos 2541 y 2530 de la codificación Civil (suspensión de la prescripción en favor de los menores). La prescripción en el sub lite no puede correr mientras no se haya llegado a la mayoría de edad, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho***

discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal del incapaz, sino de su representado”.

(Subraya y negrita por la Sala).

Teniendo en cuenta que JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ, aún no ha alcanzado la mayoría de edad, circunstancia que ocurrirá el 04 de enero de 2024, no se encuentran prescritas las mesadas causadas a su favor.

Aclarado lo anterior y en lo atinente a la compañera PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA, se tiene que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, en su tenor literal, diferencia al cónyuge, compañera o compañero del afiliado, de la misma categoría de beneficiarios pero respecto del pensionado; así, mientras que los primeros solo deben demostrar que estaban conviviendo con el afiliado al momento de su fallecimiento, los segundos deben acreditar que esa convivencia fue de 5 años como mínimo.

Criterio que fue sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1730 del 3 de junio de 2020, en la que dijo:

*“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.”*

Quiere decir lo anterior, que en el presente asunto por tratarse del fallecimiento de un afiliado, debe la reclamante demostrar que convivía y hacia vida en común con el causante al momento de su muerte.

Para el caso de la señora PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA resulta pertinente señalar que conforme se extrae de la comunicación fechada el 07 de septiembre de 2010 con radicación 0103803016317900, PORVENIR S.A. le efectuó devolución de saldos en un 50% y a JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ en un 25%, en calidad de compañera e hijo respectivamente de FABIO LOZANO RAMÍREZ, en cuantía de \$685.670, posteriormente por certificación del 17 de noviembre de 2020, PORVENIR S.A. señaló que el 25% restante se encontraba "EN RESERVA", reiterando la identidad de los beneficiarios antes mencionados. Es así como PORVENIR S.A. no discutió la calidad de beneficiaria de PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA, por lo tanto, la calidad de beneficiaria no se encontraba en discusión por parte de la entidad demandada, de ahí que la razón para negar el derecho pensional no fuera la carencia de acreditación del requisito de beneficiaria, si no el incumplimiento del requisito de semanas para dejar configurada la pensión.

Ahora bien, conviene señalar que no es necesario acreditar el requisito de convivencia cuando ya ha sido aceptado por la demandada durante el trámite administrativo, o en otras palabras, que la condición de beneficiario(a) de la pensión de sobrevivientes puede ser excluida del debate probatorio de las instancias, siempre y cuando la entidad la haya aceptado, habrán de considerarse los pronunciamientos efectuados por la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, la sentencia SL 16899 de 2014 y sentencia SL 10496 del 05 de agosto de 2015, debiéndose considerar que mediante comunicación fechada el 07 de septiembre de 2010 con radicación 0103803016317900, PORVENIR S.A. efectuó la devolución de saldos a PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA en un 50%.

Adicionalmente, con la demanda se allegó declaración extraprocesal de FABIO LOZANO RAMÍREZ, rendida el 14 de julio de 2006, en la que

manifestó que convivía en unión libre con PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA desde hacía más de 2 años, unión dentro de la que nació JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ, quienes dependían económicamente de él.

La Sala considera, que la prueba documental aportada tiene la fuerza de convicción necesaria como para dar por demostrado el requisito de la convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes que se ha demandado a favor de PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA y que valida el contenido normativo en la forma interpretada por la Sala de Casación Laboral, dado que se está frente a una pareja joven que fue sorprendida con el fallecimiento de uno de sus integrantes.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, encuentra esta Sala procedente reconocer el 50% la pensión de sobrevivientes a favor de PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA, que **se causó desde el 11 de enero de 2008**, por el fallecimiento del afiliado FABIO LOZANO RAMÍREZ, en su calidad de compañera supérstite y con **carácter vitalicio** por haber procreado 1 hijo con el fallecido, pese a que a la fecha del fallecimiento del causante, ésta contaba con 19 años, pues nació el 1º de junio de 1988, razón por la que conforme lo establecido en los literales a) y b) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes, en un 50% hasta el 04 de enero de 2024, momento a partir del que tendrá derecho a que se le acreciente su porcentaje pensional, siempre y cuando JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ **no** acredite la condición de estudiante.

En cuanto al monto de la pensión, éste debe ser liquidado bajo los lineamientos del Sistema General de Pensiones vigente al momento del deceso, el que en todo caso arrojaría una mesada inicial equivalente al salario mínimo legal, toda vez que en su mayoría las cotizaciones se efectuaron en valores cercanos a dicho rubro, aunado a que le correspondería una tasa de reemplazo del 45%.

Al respecto conviene señalar que en sentencia SL-14172-2017 proferida por la Sala Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de justicia dijo:

“si el afiliado siempre ha cotizado sobre el salario mínimo legal mensual vigente no es necesario determinar el ingreso base de liquidación, toda vez que la primera mesada pensional y las siguientes siempre serán equivalentes al salario mínimo” (SL-14172-2017 del 30-08-2017 (M.P. Donal José Dix Ponnefz).

Dilucidado lo anterior, se tiene que la causación data del **11 de enero de 2008**, fecha de fallecimiento del señor FABIO LOZANO RAMÍREZ, calenda para la cual ya estaba en pleno vigor el Acto Legislativo 01 de 2005. No obstante, resulta indiscutible que, en este caso particular, en aplicación a lo dispuesto en el inciso 8º y el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo referido, si les asiste derecho al otorgamiento de la mesada adicional de junio, pues como ya se mencionó en párrafos precedentes que la pensión se causó con antelación al 31 de julio de 2011 y en cuantía igual a 1 salario mínimo mensual legal vigente para cada época. Así lo consideró la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 1349 del 10 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al señalar:

“...Por otra parte, a raíz de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la mesada adicional de junio, fue suprimida para quienes se pensionaran a partir de la entrada en vigencia de dicha enmienda constitucional (julio de 2005), salvo para aquellas personas que percibieran una pensión igual o inferior a tres veces el salario mínimo legal, pero cuyo derecho se causare antes del 31 de julio de 2011.”

Ahora, en lo que refiere a la excepción de prescripción propuesta por el apoderado de Porvenir S.A. al contestar la demanda, y respecto de la demandante PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA, en virtud de lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., encuentra la Sala que la

demandante reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 4 de junio de 2010, recibiendo respuesta negativa mediante comunicación del 17 de agosto de 2010, posteriormente a través de comunicación fechada el 07 de septiembre de 2010 con radicación 0103803016317900, PORVENIR S.A. efectuó la devolución de saldos a PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA en un 50% y a JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ en un 25%, en calidad de compañera e hijo respectivamente de FABIO LOZANO RAMÍREZ, en cuantía de \$685.670, luego el 06 de octubre de 2014 solicitó nuevamente el reconocimiento pensional, recibiendo la negativa de la entidad mediante comunicación del 24 de octubre de 2014 y finalmente presentó la demanda el 15 de mayo de 2019, es decir que entre las reclamaciones y la presentación de la demanda trascurrieron más de 3 años, razón por la que para ella -Paola Andrea Hernández Maya- se encuentran prescritas los porcentajes pensionales causados con anterioridad al 15 de mayo de 2016.

Procede la Sala a efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, encontrando que el retroactivo calculado a favor de JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ causado en un 50% a partir del 11 de enero de 2008 y actualizado al 30 de noviembre de 2022 asciende a **\$71'161.946,33**, mientras que el retroactivo pensional no prescrito y causado a favor de PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA a partir del 15 de mayo de 2016 y actualizado al 30 de noviembre de 2022 asciende a **\$38'719.081,08**, correspondiéndoles una mesada pensional a partir del 1º de diciembre de 2022 de \$1'000.000 equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, en un 50% hasta que subsistan las condiciones para mantener dicho porcentaje, el que deberá acrecentarse en un 100% cuando JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ alcance la mayoría de edad y no demuestre que continuó adelantando estudios desde entonces y hasta que alcance los 25 años de edad.

MESADAS ADEUDADAS

PERIODO	100,00%		Número	50%	50%
---------	---------	--	--------	-----	-----

Inicio	Final	Mesada adeudada	50%	de mesadas	JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ	PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA	
11/01/2008	31/01/2008	461.500,00	230.750,00	0,67	153.833,33	PRESCRIPCIÓN	
1/02/2008	31/12/2008	461.500,00	230.750,00	13,00	2.999.750,00		
1/01/2009	31/12/2009	496.900,00	248.450,00	14,00	3.478.300,00		
1/01/2010	31/12/2010	515.000,00	257.500,00	14,00	3.605.000,00		
1/01/2011	31/12/2011	535.600,00	267.800,00	14,00	3.749.200,00		
1/01/2012	31/12/2012	566.700,00	283.350,00	14,00	3.966.900,00		
1/01/2013	31/12/2013	589.500,00	294.750,00	14,00	4.126.500,00		
1/01/2014	31/12/2014	616.000,00	308.000,00	14,00	4.312.000,00		
1/01/2015	31/12/2015	644.350,00	322.175,00	14,00	4.510.450,00		
1/01/2016	31/12/2016	689.455,00	344.727,50	14,00	4.826.185,00		
15/05/2016	31/12/2016	689.455,00	344.727,50	9,53			3.285.253,08
1/01/2017	31/12/2017	737.717,00	368.858,50	14,00	5.164.019,00		5.164.019,00
1/01/2018	31/12/2018	781.242,00	390.621,00	14,00	5.468.694,00		5.468.694,00
1/01/2019	31/12/2019	828.116,00	414.058,00	14,00	5.796.812,00	5.796.812,00	
1/01/2020	31/12/2020	877.803,00	438.901,50	14,00	6.144.621,00	6.144.621,00	
1/01/2021	31/12/2021	908.526,00	454.263,00	14,00	6.359.682,00	6.359.682,00	
1/01/2022	30/11/2022	1.000.000,00	500.000,00	13,00	6.500.000,00	6.500.000,00	
Totales					71.161.946,33	38.719.081,08	

Procede la orden a PORVENIR S.A., para que efectúe el descuento sobre el retroactivo pensional adeudado a los demandantes, de la suma de \$685.670 debidamente indexada, que por concepto de devolución de saldos les fue reconocida a PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA en un 50% y a JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ en un 25%, a través de comunicación del 7 de septiembre de 2010 con radicación 0103803016317900.

Adicionalmente, conforme el artículo 157 e inciso 2º del artículo 204 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el inciso 3º del artículo 42 del decreto 692 de 1994 y el artículo 69 del decreto 2353 de 2015, se autorizará a PORVENIR S.A., para que del retroactivo pensional efectúe los descuentos por concepto de aportes al régimen de salud que correspondan.

En cuanto a la indexación de las mesadas adeudadas, es pertinente puntualizar que ella es procedente, para compensar el evidente impacto que la pérdida del valor adquisitivo produce en las obligaciones laborales de cumplimiento tardío, tal y como ha sido aceptado por la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siempre que por otra parte no exista un mecanismo de actualización diferente sobre las mesadas que se causen con antelación a la ejecutoria de la sentencia. Así, en el presente asunto hay lugar a imponer la condena en este sentido, pues se ordenará la indexación de las mesadas pensionales hasta que se efectúe el pago de las mismas, debiéndose realizar la actualización con la siguiente fórmula:

$$VA = \frac{VH \text{ (total mesadas pensionales debidas)} \times IPC \text{ FINAL (IPC mes en que se realice el pago)}}{IPC \text{ INICIAL (IPC mes en que se causa la mesada)}}$$

Ante la conclusión anterior, se absolverá respecto de la pretensión por intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, en tanto se accede a la indexación de las condenas a la fecha en que se realice el pago de las mesadas adeudadas y bien es sabido que estos tópicos son excluyentes, por lo que procede la una o la otra, pero nunca las dos dado que en el fondo tienen un fin similar.

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta 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: REVOCAR la sentencia APELADA, en su lugar se declara parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas a favor de PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA con anterioridad al 15 de mayo de 2016 y no probadas las excepciones restantes propuestas en la contestación de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ, representado por su progenitora PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA, la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su padre FABIO LOZANO RAMÍREZ, a partir del 11 de enero de 2008, en cuantía del 50% de 1 salario mínimo mensual legal vigente para cada época, cuyas mesadas retroactivas, causadas desde tal calenda y actualizadas al 30 de noviembre de 2022, ascienden a **\$71'161.946,33**, correspondiéndole una mesada pensional a partir del 1º de diciembre de 2022 el 50% de \$1'000.000 equivalente al SMMLV, por 14 mesadas al año, hasta el 04 de enero de 2024, momento a partir del que tendrá derecho a seguir persiguiendo la prestación pensional, siempre y cuando acredite la condición de estudiante, condición que podrá mantener hasta el 04 de enero de 2031, momento que cumple los 25 años de edad, y cesa totalmente la prestación pensional.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a la señora PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA, la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de FABIO LOZANO RAMÍREZ, a partir del 15 de mayo de 2016, en cuantía del 50% de 1 salario mínimo mensual legal vigente para cada época, cuyas mesadas retroactivas, causadas desde tal calenda y actualizadas al 30 de noviembre de 2022, ascienden a \$38'719.081,08, correspondiéndole una mesada pensional a partir del 1º de diciembre de 2022, el 50% de \$1'000.000 equivalente al SMMLV, por 14 mesadas al año, en un 50% hasta que subsistan las condiciones para mantener dicho porcentaje, el que deberá acrecentarse en un 100% cuando JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ alcance la mayoría de edad y no demuestre que continuó adelantando estudios desde entonces y hasta que alcance los 25 años de edad.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ representado por su madre PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA, y a PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA, la

indexación de las mesadas retroactivas causadas desde el 11 de enero de 2008 y el 15 de mayo de 2016 respectivamente, hasta que se efectuó el pago de las mismas.

QUINTO: AUTORIZAR a PORVENIR S.A., para que efectúe el descuento sobre el retroactivo pensional efectuó el descuento de la suma de \$685.670 debidamente indexada, que por concepto de devolución de saldos les fue reconocida a PAOLA ANDREA HERNÁNDEZ MAYA en un 50% y a JUAN MANUEL LOZANO HERNÁNDEZ en un 25%, a través de comunicación del 7 de septiembre de 2010 con radicación 0103803016317900.

SEXTO: AUTORIZAR a la demandada **PORVENIR S.A.** para que sobre el retroactivo de las mesadas pensionales reconocido, efectúe los descuentos por concepto de aportes al régimen de salud que correspondan.

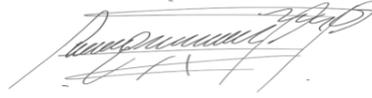
SÉPTIMO: ABSOLVER a **PORVENIR S.A.**, de las pretensiones restantes contenidas en la demanda.

OCTAVO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **PORVENIR S.A.** a favor de la parte demandante. Las agencias en derecho de primera instancia deben ser tasadas por la Juez de primera Instancia, conforme el artículo 366 del C.G.P. y las de segunda instancia, se fijan en la suma de \$1`500.000.

NOVENO: 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.

DÉCIMO: En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**-Firma Electrónica-
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

M.P. Dr. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

22

Firmado Por:
Monica Teresa Hidalgo Oviedo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 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: **9067cffe73f32c5ec18f40e360681e49630560dc24ab13c6c6353ca742eb9a6e**

Documento generado en 16/12/2022 03:35:06 AM

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