

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE ANA MARIA MORILLO CASTRO
VS. COLPENSIONES
LITIS: LIBARDO YAIR TOBAR MORILLO
RADICACIÓN: 760013105 009 2017 00631 02

Hoy diecinueve (19) de febrero de 2021, surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, 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**, en ambiente de escrituralidad virtual y aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 039 del 14 de enero de 2021, resuelve las **APELACIONES** de la parte DEMANDANTE y COLPENSIONES y la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **ANA MARIA MORILLO CASTRO** contra **COLPENSIONES**, siendo vinculado como litisconsorte necesario LIBARDO YAIR TOBAR MORILLO, con radicación No. **760013105 009 2017 00631 02**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 4 de noviembre de 2020, celebrada, como consta en el **Acta No. 53**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996, autorizados por el artículo 12 del D.L. 491 de 2020 (reuniones no presenciales por cualquier medio), la Circular PCSJC20-11 del 31 de marzo de 2020 y el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30-09-2020.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver las **apelaciones** y la **consulta** en esta que corresponde a la

SENTENCIA NÚMERO 60

ANTECEDENTES

La pretensión de la demandante se orienta a obtener de la jurisdicción una declaración de condena contra la entidad convocada, por la **pensión de sobrevivientes**, por el fallecimiento de su cónyuge SEGUNDO JOSÉ LIBARDO TOBAR, a partir del 2 de noviembre de 2016, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

En apoyo a sus pretensiones la demandante, a través de su apoderado judicial, afirmó que SEGUNDO JOSÉ LIBARDO TOBAR era pensionado por vejez de Colpensiones y falleció el 2 de noviembre de 2016.

Que el 26 de noviembre de 1985, contrajo matrimonio con Segundo José Libardo Tobar, con quien procreó 5 hijos.

Indicó que el 23 de enero de 2017, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su esposo, recibiendo la negativa de la entidad, pese a que adelantó investigación administrativa en la que concluyó que no obstante la distancia física entre la pareja, la relación se encontraba vigente.

COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, alegando que la demanda carece de fundamentos fácticos y jurídicos, pues la actora no logró acreditar la convivencia con el pensionado dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento de aquel.

Por auto 140 del 27 de febrero de 2019, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, luego de declarar la nulidad de lo actuado, dispuso la integración del litisconsorcio necesario con LIBARDO YAIR TOBAR MURILLO, quien una vez notificado a través de su curadora legítima, se pronunció frente a la demanda, solicitando se le reconozca el 50% de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su padre Segundo José Libardo Tobar, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La decisión de primera instancia fue proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, por cuya parte resolutive condenó a Colpensiones a pagar a la demandante y al integrado en el litisconsorcio necesario, el 50% de la pensión de sobrevivientes a cada uno, en calidad de cónyuge e hijo mayor inválido, respectivamente, del señor Segundo José Libardo Tobar, a partir del 2 de noviembre de 2016. Impuso los intereses moratorios a favor de Ana María Morillo Castro, a partir del 24 de marzo de 2017 y hasta que fue incluida en nómina de pensionados en virtud de la orden transitoria de tutela.

Autorizó a la entidad para efectuar los descuentos correspondientes para aportes a salud y lo pagado con ocasión a la orden de tutela que amparó inicialmente el derecho pensional de Ana María Morillo Castro.

Lo anterior, tras evidenciar de la prueba testimonial recepcionada y de la documental allegada al plenario, que ANA MARIA MORILLO CASTRO, había acreditado la convivencia con el pensionado por más de 5 años anteriores al fallecimiento. Aclaró que si bien se acreditó en el plenario que SEGUNDO JOSÉ LIBARDO TOBAR falleció en Aruba, ello obedeció a razones laborales, considerando que tal circunstancia no implicaba una separación de la pareja, pues existía apoyo y ayuda mutua entre ellos al momento de la muerte del afiliado.

Indicó que con la prueba testimonial y documental allegada se encontraba demostrado que Libardo Yair Tobar Morillo, hijo discapacitado del fallecido, dependía económicamente de aquel.

APELACIONES

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte **DEMANDANTE** la apeló respecto de los intereses moratorios, pues indicó que la sentencia de tutela se empezó a pagar desde noviembre de 2017, sin que hasta la fecha se haya cumplido con la obligación de pagar las mesadas pensionales causadas desde el 2 de noviembre de 2016 al 31 de octubre de 2017 con la adicional de 2017, es así que los intereses deben causarse hasta que se haga el pago de dichas mesadas.

Por su parte el apoderado de **COLPENSIONES** apeló la decisión argumentando que la pensión le fue negada a la demandante pues no reunió la exigencia de la convivencia con el causante, decisión que fue confirmada. Indicó que resulta aplicable las exigencias de la ley 797 de 2003. Señaló que Colpensiones adelantó la investigación administrativa en pro de establecer las exigencias de la ley 797 de 2003, arrojando como conclusión que no se logró acreditar la convivencia entre la pareja hasta el momento del fallecimiento del pensionado, razón por la que la entidad no tiene certeza que la partida de Segundo José Tobar haya sido por motivos laborales, pues ninguna prueba se allegó que le de sustento a ello.

CONSULTA

Por haber resultado desfavorable la decisión a COLPENSIONES, se impone a su favor el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P. del T. y S.S. y las orientaciones jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de la interpretación del citado canon legal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 18 de diciembre de 2020, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020.

Dentro del término la parte demandante y la entidad demandada, 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, en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, respectivamente.

El integrado en el Litisconsorcio Necesario guardó silencio.

CONSIDERACIONES:

El problema jurídico que debe resolver la Sala se concreta en determinar si a la demandante y al integrado en el litisconsorcio necesario, en calidad de cónyuge e hijo mayor inválido de SEGUNDO JOSÉ LIBARDO TOBAR les asiste el derecho a ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, y a las demás condenas que impuso la *A quo*.

Para resolver lo anterior, la Sala tendrá en cuenta los siguientes aspectos que no se discutieron, o bien se encuentran suficientemente acreditados: **i)** SEGUNDO JOSÉ LIBARDO TOBAR nació el 2 de mayo de 1954 (fl. 71 cd), y **falleció el 2 de noviembre de 2016 (fl. 8 y 71 cd); ii)** Colpensiones mediante la resolución GNR 256990 de 2014 (fl. 10 a 12) le reconoció pensión de vejez a SEGUNDO JOSÉ LIBARDO TOBAR, a partir del 2 de mayo de 2014 y en cuantía de \$942.350; **iii)** SEGUNDO JOSÉ LIBARDO TOBAR, el 26 de noviembre de 1985 (fl. 7 y 71 cd), contrajo matrimonio con la señora ANA MARIA MORILLO CASTRO, quienes procrearon 5 hijos, entre ellos a Libardo Yair Tobar Morillo; **iv)** el 23 de enero de 2017 (fl. 13), ANA MARIA MORILLO CASTRO solicitó ante Colpensiones el

reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, recibiendo la negativa de la entidad a través de la resolución SUB 22893 de 2017 (fl. 13 a 15), confirmada mediante las resoluciones SUB 106837 de 2017 (fl. 16 a 18) y DIR 10546 de 2017 (fl. 71 cd); **v)** COLPENSIONES a través de la resolución SUB 2317836 del 19 de octubre de 2017 (fl. 71 cd), dio cumplimiento a lo ordenado en sede de tutela por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Buga, mediante sentencia del 4 de octubre de 2017, reconociendo la pensión de sobrevivientes a ANA MARIA MORILLO CASTRO, a partir del 1º de noviembre de 2017, en cuantía de \$1´102.943, indicando que la inclusión en nómina se haría en el mes de noviembre de 2017 y el respectivo pago a partir del diciembre de 2017, advirtiendo que la prestación tenía carácter transitorio, quedando supeditada al inicio del proceso ordinario laboral; **vi)** LIBARDO YAIR TOBAR MORILLO nació el 10 de noviembre de 1988 (fl. 37), quien es hijo de Ana María Morillo Castro y Segundo José Libardo Tobar. A través de sentencia 381 del 10 de noviembre de 2010 (fl. 109 a 115), se le decretó en interdicción absoluta, designándosele como guardadora legítima a su hermana Maricel Tobar Morillo.

Dicho lo anterior debe determinarse quién o quiénes son los beneficiarios del derecho pensional causado y como ya se dijo, la muerte del pensionado SEGUNDO JOSÉ LIBARDO TOBAR ocurrió el 2 de noviembre de 2016, según el registro civil de defunción obrante en el expediente a folio 8 y 71 cd. Así la normatividad aplicable para resolver el caso es la contenida en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, en cuyo tenor literal establecen:

“ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 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 y se acrediten las siguientes condiciones: (...)*

ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993
...

Para el caso del señor LIBARDO YAIR TOBAR MORILLO resulta pertinente señalar que como hijo del pensionado (fl. 37), declarado interdicto (Juzgado Primero de Familia de Palmira – Valle, a través de sentencia 381 del 10 de noviembre de 2010, fl. 109 a 115), con guarda de su hermana Maricel Tobar Murillo, dadas las patologías que aquel padece desde el 29 de abril de 2009, tendría vocación pensional.

Por otra parte, el artículo 13 de ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la ley 100 de 1993, otorga al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, la calidad de beneficiaria o beneficiario, si acredita que la convivencia, que supone tal condición, se extendió por un espacio igual o superior a 5 años.

En efecto, 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 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 recientemente 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 por tratarse de pensionado fallecido, debe la reclamante demostrar que convivieron e hicieron vida en común con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento de aquel. El tiempo de convivencia debe contabilizarse retrospectivamente desde el fallecimiento del pensionado, con la salvedad que para el caso de la cónyuge separada de hecho pero con sociedad matrimonial vigente, ese período de convivencia puede corresponder a cualquier tiempo anterior al fallecimiento, tal como lo precisó la Corte Suprema en sentencia radicado 42425 de 2012. Decisiones que fueron reiteradas con igual énfasis en **sentencia SL 1399-2018 (25-04-2018, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo)** al identificar como *“requisito común e inexcusable del derecho a la pensión de sobrevivientes: la convivencia durante mínimo 5 años”*.

Para demostrar la exigencia de la convivencia de Ana María Morillo Castro y la dependencia económica de Libardo Yair Tobar Murillo, se recepcionó la declaración de DILIA STELLA MUESES TACAN, quien afirmó conocer a Segundo José Libardo Tobar desde hacia 38 años, pues éste llegó a vivir al barrio Zamorano de Palmira, junto con su esposa Ana María Morillo y sus 6 o 7 hijos. Indicó que él trabajaba en un ingenio, pero se retiró y que en el año 2009 se fue para Aruba, pues tenía una situación económica difícil, la que se agravó con la enfermedad del hijo Libardo Yair, quien sufrió un accidente de moto y quedó mal, siempre está acostado, sin poder hablar.

Señaló que Segundo José Libardo Tobar, venía a Colombia 1 vez al año y permanecía por 1 mes, que le consta que mensualmente enviaba dinero a la familia.

Indicó que Segundo José Libardo Tobar falleció en Aruba, encontrándose acompañado por una de las hijas, quien hizo las diligencias de repatriación del cadáver, pues fue sepultado en Palmira.

Dijo que nunca ha visto trabajando a Ana María, que sabe que la casa es propia y que aún la habita.

Por su parte la testigo ROSA TULIA YANDUN CALDERON señaló que conoció a Segundo José Libardo Tobar, cuando él llegó a vivir al barrio Zamorano de Palmira, junto con su familia, más o menos en el año 1980. Dijo que Segundo José Libardo Tobar trabajaba en el ingenio Central Castilla y que Ana María nunca ha laborado, dando cuenta de la existencia de hijos en común de la pareja.

Aclaró que Segundo José Libardo Tobar dejó de trabajar en el ingenio y se fue para Aruba a buscar trabajo allá, y que a los 4 meses Libardo Yair sufrió un accidente.

Indicó que después del accidente, Segundo José Libardo Tobar era quien respondía por su hijo y por su esposa, pues les enviaba dinero mensualmente. Que le consta que Libardo venía cada año y se quedaba 1 mes en la casa, compartiendo con su familia.

Afirmó que Ana María fue a Aruba 1 vez. Que él se enfermó en Aruba y la hija Maricel lo fue a acompañar y estaba con él cuando falleció, pero lo sepultaron en Colombia, indicando la testigo que ella fue al sepelio.

Reiteró que cuando Segundo José Libardo regresaba de Aruba se quedaba con la familia.

Declaró que con el dinero que giraba Segundo José Libardo Tobar, Ana María compraba cosas para su subsistencia y para Yair, pues se encuentra en estado vegetativo.

También absolvió interrogatorio de parte ANA MARIA MORILLO CASTRO, quien afirmó que conoció a Segundo José cuando ella tenía 30 años y él 24, época en la que ella trabajaba en una casa de familia y él trabajaba en un ingenio.

Indicó que primero vivieron 5 años en unión libre y luego se casaron, procreando en total 5 hijos.

Dijo que Segundo José Libardo Tobar, primero trabajó en el ingenio Manuelita y luego en el ingenio Castilla, de donde se retiró, razón por la que tiempo después se fue para Aruba en busca de trabajo, país donde se empleó en actividades de jardinería.

Aseveró, que pese a que Segundo José Libardo Tobar viajó a Aruba, ellos nunca se llegaron a separar.

Comentó que Segundo José se fue para Aruba en el año 2009, siendo sus planes que ella también viajara, pero a los 4 meses, su hijo Libardo Yair se accidentó, razón por la que ella no pudo establecerse con su esposo en dicho país, ya que su hijo quedó cuadripléjico.

Informó, que Segundo José Libardo Tobar le enviaba dinero mensualmente, para ella y para Libardo Yair, quien pese a estar pensionado, su mesada no alcanza para cubrir todos los gastos que amerita su manutención.

Indicó que Segundo José Libardo Tobar, venía 1 vez al año y permanecía en la casa por 1 mes.

Dijo que ella fue 1 vez a Aruba, y que Segundo José Libardo Tobar, enfermó de cáncer fulminante, razón por la que su hija Maricel se fue a ese país a acompañarlo, donde el falleció, encargándose de la repatriación del cuerpo a Colombia, pues fue sepultado en Palmira.

Insistió que nunca se llegó a separar de su esposo y que él asumía los gastos del hogar, pero que ahora ella asume los gastos con la pensión de sobrevivientes que le está pagando Colpensiones desde hace año y medio.

Por otra parte, se allegó en el cd que reposa a folio 71, investigación administrativa adelantada por Colpensiones, en la que concluyó que: *“se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Ana María Morillo Castro, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. Ya que se corroboró, que el señor José Libardo Tobar Segundo (sic) y la señora Ana María Morillo Castro, convivieron unidos por 31 años, hasta el día que el causante falleció. La convivencia se dio de forma permanente e ininterrumpida desde el 26 de noviembre de 1985 hasta el 28 de octubre de 2009, año en el cual el causante viaja al país de Aruba, para radicarse por cuestiones laborales, desempeñándose como jardinero hasta el 2 de noviembre del año 2016, fecha del fallecimiento del causante por cáncer.”*

También se allegó dentro de la carpeta administrativa del pensionado fallecido (fl. 71 cd), solicitud elevada por él ante Colpensiones, fechada el 13 de agosto de 2015, en la que solicitó el reconocimiento del incremento pensional el 14%, por su esposa Ana María Morillo Castro.

Se advierte de las declaraciones recepcionadas y de la documental aportada, que SEGUNDO JOSÉ LIBARDO TOBAR falleció en Aruba, toda vez que por cuestiones laborales se había radicado en dicho país, circunstancia que no implica que los lazos familiares de afecto y ayuda mutua no existieran, pues como lo refirieron los testigos, la pareja mantuvo la relación, pues no hubo ruptura de la misma.

La Sala considera que la prueba testimonial y documental allegada, y no desvirtuada por COLPENSIONES, genera la convicción necesaria acerca del requisito de la convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes que se ha demandado, pues resultan coherentes las declaraciones analizadas separadamente o en conjunto como corresponde, dando cuenta de la convivencia de la demandante y su esposo fallecido, así como de la dependencia económica de su hijo discapacitado respecto de aquel, por la nula autosuficiencia que su situación de salud le demarca y total requerimiento de apoyo y subvención familiar.

De manera que el argumento expuesto en la alzada por el apoderado de Colpensiones, no es acogido por la Sala, pues no tuvo en cuenta los demás factores y las circunstancias particulares del caso, toda vez que el fallecimiento del pensionado en un país distinto, no descarta de tajo la persistencia del vínculo sentimental que une a la pareja, así lo ha sostenido en diversas oportunidades la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por vía de ejemplo en sentencia 42792 de 2011, reiterada en sentencia SL 4317 del 24 de septiembre de 2019 y SL 555-2020 del 5 de febrero de 2020, en las que se dijo: *“la norma no excluye al afiliado de cumplir con el requisito de la convivencia y, en manera alguna, lo exonera de cumplir con la condición de ser miembro del grupo familiar protegido, la cual se realiza, justamente, a través de la convivencia ínsita en la naturaleza de las relaciones familiares. Ciertamente se es cónyuge por virtud del matrimonio, pero no basta con la formalidad solemne de su celebración para conformar el grupo familiar protegido por la seguridad social. Esta calidad sólo se puede predicar de quienes, además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común **o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por***

oportunidades laborales.” Así, resulta indiscutible la procedencia del derecho pensional a favor de la señora Ana María Morillo Castro.

Demostrada como está la convivencia, la vida marital, el apoyo mutuo y la vida en común de la demandante y su esposo SEGUNDO JOSÉ LIBARDO TOBAR, desde el año 1985, así como la dependencia económica del hijo mayor discapacitado Libardo Yair Tobar Morillo, es claro que tienen derecho a percibir la pensión demandada ya que los requisitos de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la ley 797 de 2003 están dados, evidenciándose que al causante fallecido se le reconoció pensión de vejez por parte de Colpensiones, a través de la resolución GNR 256990 de 2014 (fl. 10 a 12), a partir del 2 de mayo de 2014, en cuantía de \$942.350, monto que se evoluciona de la siguiente manera:

MESADA VEJEZ EVOLUCIONADA		
AÑO	IPC Variación	MESADA
2.014	0,0366	942.350,00
2.015	0,0677	976.840,01
2.016	0,0575	1.042.972,08
2.017	0,0409	1.102.942,97
2.018	0,0318	1.148.053,34
2.019	0,0380	1.184.561,44
2.020		1.229.574,77

Conviene precisar que el derecho pensional de la demandante y del integrado en el litisconsorcio necesario, se consolidó a partir del fallecimiento del señor SEGUNDO JOSÉ LIBARDO TOBAR, pensionado por vejez a partir del 2 de mayo de 2014, por lo que sin duda si se afecta por lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005, y en consecuencia, tienen derecho a percibir 13 mesadas al año.

Respecto de la excepción de prescripción propuesta por el apoderado judicial de COLPENSIONES al contestar la demanda (fl. 91), 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 derecho pensional el 23 de enero de 2017 (fl. 13),

recibiendo la negativa de la entidad a través de la resolución SUB 22893 de 2017 (fl. 13 a 15), confirmada mediante las resoluciones SUB 106837 de 2017 (fl. 16 a 18) y DIR 10546 de 2017, y presentó la demanda el 3 de octubre de 2017 (fl. 6), razón por la que **no** se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas.

Respecto de la prescripción de las mesadas pensionales que le asisten a LIBARDO YAIR TOBAR MURILLO, conviene mencionar lo establecido 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:

“Consideró el Tribunal que, por involucrarse derechos de una menor, operaba la suspensión de la prescripción de la acción, en virtud a lo previsto en los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, conclusión que, según la censura, deviene equivocada, por cuanto ninguna norma relativa al Régimen de Seguridad Social contempla dicha institución y que por tal razón se debía acudir a lo normado en el artículo 36 de la Ley 90 de 1946 y en el 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

(...) 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:

"(...) 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.

Así las cosas, teniendo en cuenta la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Palmira (fl. 109 a 115), que declaró en interdicción

absoluta a Libardo Yair Tobar Morillo, designándole guardadora legítima, aunado a lo previsto en el artículo 2530 del Código Civil y lo considerado por la Sala de Casación Laboral, en la sentencia cuyos apartes anteceden, encuentra la Sala que hay lugar a declarar no probado el medio exceptivo de prescripción en favor de Libardo Yair Tobar Morillo, correspondiendo la confirmación de este aspecto de la sentencia apelada y consultada.

Efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, se tiene que el retroactivo generado entre el 2 de noviembre de 2016 y actualizado al 30 de noviembre de 2020, teniendo en cuenta 13 mesadas al año, en un 50% para la demandante y en un 50% para el integrado en el litisconsorcio necesario, asciende a la suma de **\$31`255.649,26** para cada uno, correspondiéndoles una mesada pensional para el 2020 de \$614.787,39, - a cada uno - valor que deberá ser actualizado anualmente.

AÑO	IPC Variación	MESADA	50%
2.014	0,0366	942.350,00	
2.015	0,0677	976.840,01	
2.016	0,0575	1.042.972,08	521.486,04
2.017	0,0409	1.102.942,97	551.471,49
2.018	0,0318	1.148.053,34	574.026,67
2.019	0,0380	1.184.561,44	592.280,72
2.020		1.229.574,77	614.787,39

MESADAS ADEUDADAS

PERIODO		Mesada adeudada	Número de mesadas	Deuda total mesadas
Inicio	Final			
2/11/2016	30/11/2016	521.486,04	1,97	1.025.589,21
1/12/2016	31/12/2016	521.486,04	1,00	521.486,04
1/01/2017	31/12/2017	551.471,49	13,00	7.169.129,33
1/01/2018	31/12/2018	574.026,67	13,00	7.462.346,72
1/01/2019	31/12/2019	592.280,72	13,00	7.699.649,34
1/01/2020	30/11/2020	614.787,39	12,00	7.377.448,63

Totales	31.255.649,26
---------	---------------

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 autoriza a Colpensiones, para que efectué los descuentos por concepto de aportes al régimen de salud que correspondan, sentido en que se confirmará la sentencia apelada y consultada.

Se confirmará la orden de descuento de lo pagado en exceso a ANA MARIA MORILLO CASTRO, producto del reajuste del porcentaje pensional, pues como quedó dicho, solo tiene derecho a recibir el 50% de la pensión de sobrevivientes, y que por tratarse se dineros públicos, debe restituir lo pagado en exceso, ello conforme el procedimiento que establezca Colpensiones para tales eventos, debiendo en todo caso, respetar el mínimo vital de la demandante, y en el evento de no llegar a acuerdos, dicho descuento debe aplicarse sobre el 70% de la porción pensional que le corresponde, aspecto en que se adicionará la sentencia apelada y consultada.

El monto que deberá restituir Ana María Morillo Castro, asciende a la suma de \$47´158.143,52, menos descuentos por salud, por concepto de mesadas pensionales causadas y pagadas entre el 1º de noviembre de 2017 y el 30 de noviembre de 2020, con ocasión a la resolución SUB 231836 de 2017, pues como viene de verse, la prestación solo le corresponden en un 50%. Y en adelante, se autoriza el descuento respecto de las diferencias que se llegaren a causar hasta la fecha en que se normalice el pago en las proporciones sentenciadas.

MESADAS RESOLUCION SUB 231836 DE 2017

PERIODO		Mesada adeudada	Número de mesadas	Total mesadas
Inicio	Final			
1/11/2017	31/12/2017	1.102.942,97	3,00	3.308.828,92
1/01/2018	31/12/2018	1.148.053,34	13,00	14.924.693,43
1/01/2019	31/12/2019	1.184.561,44	13,00	15.399.298,68
1/01/2020	30/11/2020	1.229.574,77	11,00	13.525.322,49

Totales	47.158.143,52
---------	---------------

En tal virtud, en procura de evitar dobles pagos, se declarará de oficio la excepción de pago parcial de la obligación, respecto de la adeudado por la entidad por concepto del 50% de las mesadas retroactivas adeudadas a Ana María Morillo Castro, frente a lo pagado con ocasión a la resolución SUB 231836 de 2017, debiéndose entender que las mesadas causadas desde el 2 de noviembre de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2020, fueron pagadas en un solo instalamento. Aunado a lo anterior se autorizará a Colpensiones para que inicie la acción de repetición que corresponda, para hacer efectiva la restitución del dinero pagado en exceso a ANA MARIA MORILLO CASTRO, que no alcanza a cubrirse con la suma liquidada por retroactivo pensional, tal como se dijo en párrafos precedentes, sin que en todo caso se apliquen descuentos dobles.

También condenó la *A quo* al reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993. Conforme a la redacción gramatical del precepto que consagra el derecho objeto de análisis, los intereses se causan con la sola mora, retardo o tardanza en que el fondo correspondiente hubiere incurrido, no se requieren más condiciones, y en consecuencia una vez demostrada la causa que hace procedente el derecho, tampoco cabe exonerarse de su reconocimiento y pago alegando circunstancias temporales o subjetivas de cualquier género, pues se reitera, el hecho estructurante -mora- está dado y ella hace procedente la condena.

Tratándose del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sabido es que el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 establece que *“El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el petitionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.”*

Del documento que obra a folio 13 del expediente, se verifica que la demandante petitionó la pensión de sobrevivientes el día 23 de enero de 2017, momento para el cual tenía cumplidos los requisitos para su procedencia, la demandada incurrió en mora al iniciar el 3 mes, esto es, desde el 24 de marzo de 2017, tal como lo estableció el Juez de primera instancia, no obstante, ante el recurso de alzada presentado por el apoderado de la parte demandante, tales intereses solo operan sobre las mesadas pensionales causadas y no pagadas, comprendidas entre el 2 de noviembre de 2016 al 31 de octubre de 2017, pues COLPENSIONES a través de la resolución SUB 2317836 del 19 de octubre de 2017 (fl. 71 cd), dio cumplimiento a lo ordenado en sede de tutela por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Buga, mediante sentencia del 4 de octubre de 2017, reconociendo la pensión de sobrevivientes a ANA MARIA MORILLO CASTRO, a partir del 1º de noviembre de 2017, en cuantía de \$1'102.943, indicando que la inclusión en nómina se haría en el mes de noviembre de 2017 y el respectivo pago a partir del diciembre de 2017, montos que pagados en exceso, debe restituir la demandante – como ya se dijo-. No obstante, al declararse de oficio la excepción de pago parcial de la obligación, habrá de entenderse que no hay mesadas adeudadas a la demandante y por lo tanto, en este caso no se generan los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, correspondiendo la revocatoria de dicha condena.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia APELADA y CONSULTADA. En su lugar se DECLARA de oficio la excepción de PAGO PARCIAL DE LA OBLIGACION, respecto de lo

adeudado por COLPENSIONES por concepto del 50% de las mesadas retroactivas adeudadas a Ana María Morillo Castro, frente a lo pagado con ocasión a la resolución SUB 231836 de 2017, debiéndose entender que las mesadas causadas desde el 2 de noviembre de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2020, fueron pagadas en un solo instalamento.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia APELADA y CONSULTADA, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a **LIBARDO YAIR TOBAR MURILLO**, representado por **Maricel Tobar Morillo**, la suma de **\$31'255.649.26**, por concepto del 50% del retroactivo pensional causado desde el 2 de noviembre de 2016 y actualizado al 30 de noviembre de 2020. En lo demás se confirma el numeral.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **SÉPTIMO** de la parte resolutive de la sentencia APELADA y CONSULTADA, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a **ANA MARIA MORILLO CASTRO**, a partir del 1º de diciembre de 2020, la suma de \$614.787.39, que corresponde al 50% de la mesada pensional de sobrevivientes, monto que deberá incrementarse anualmente conforme lo establezca el Gobierno Nacional.

CUARTO: MODIFICAR el numeral **OCTAVO** de la parte resolutive de la sentencia APELADA y CONSULTADA, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a **LIBARDO YAIR TOBAR MURILLO**, representado por **Maricel Tobar Morillo**, a partir del 1º de diciembre de 2020, la suma de \$614.787.39, que corresponde al 50% de la mesada pensional de sobrevivientes, monto que deberá incrementarse anualmente conforme lo establezca el Gobierno Nacional.

QUINTO: REVOCAR el numeral **NOVENO** de la parte resolutive de la sentencia APELADA y CONSULTADA, en su lugar se ABSUELVE a

COLPENSIONES por los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, pretendidos por **ANA MARIA MORILLO CASTRO**.

SEXTO: MODIFICAR el numeral **ONCE** la sentencia APELADA y CONSULTADA, en el sentido de **AUTORIZAR a COLPENSIONES** para que inicie los trámites correspondientes, en procura de obtener la devolución de los dineros pagados en exceso a **ANA MARIA MORILLO CASTRO**, debiendo respetar su mínimo vital, y en el evento de no llegar a acuerdos, dicho descuento debe aplicarse sobre el 70% de la porción pensional que le corresponde. El monto que deberá restituir Ana María Morillo Castro, asciende a la suma de \$47'158.143,52, menos descuentos por salud, por concepto de mesadas pensionales causadas y pagadas entre el 1º de noviembre de 2017 y el 30 de noviembre de 2020, con ocasión a la resolución SUB 231836 de 2017, y en adelante, respecto de las diferencias que se llegaren a causar hasta la fecha en que se normalice el pago en las proporciones sentenciadas.

SEPTIMO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia APELADA y CONSULTADA.

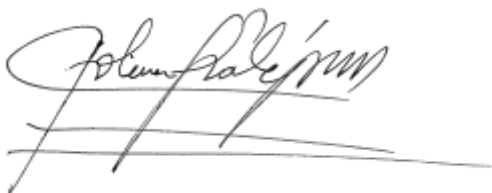
OCTAVO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES apelante infructuoso, y a favor de la parte demandante, como agencias en derecho se fija la suma de \$1'000.000. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

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.

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Firmado Por:

**MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 008 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali**

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:
a5834867d52c3ef98cd3007e10a6f9878efda82c22ed334c1992bb312ea82e02

Documento generado en 19/02/2021 08:19:00 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**