

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	FLOR MARIA VALLEJO MELO
DEMANDADO	PORVENIR S.A.
LITISCONSORTES NECESARIOS	YURLEY FERNANDA VARGAS VALLEJO Y CARLOS ANDRÉS VARGAS VALLEJO
LLAMADO EN GARANTÍA	MAPFRE SEGUROS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-010-2016-00166-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN AMBAS PARTES y CONSULTA LITIS
TEMAS Y SUBTEMAS	Pensión de Invalidez Post Mortem y Sustitución Pensional
DECISIÓN	ADICIONA Y CONFIRMA

SENTENCIA No. 373

Santiago de Cali, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 026 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la PARTE DEMANDANTE, PORVENIR S.A. y MAPFRE SEGUROS S.A. y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de los LITISCONSORTE NECESARIOS, respecto de la sentencia No. 287 del 10 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **FLOR MARÍA VALLEJO MELO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A.** con el fin de que en calidad de **COMPAÑERA PERMANENTE**: 1) se le reconozca pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor **HERNANDO VARGAS**; 2) subsidiariamente se otorgue pensión de invalidez *post mortem* a nombre del señor **VARGAS** a partir del 17 de junio de 2011 y se sustituya la misma a la demandante, a partir del 24 de julio de 2014 y, 3) se acceda a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 o subsidiariamente la indexación del retroactivo.

El apoderado de **PORVENIR S.A.**, radicó memorial solicitando se llame en garantía a la compañía de seguros **MAPFRE SEGUROS S.A.** (359 A 361 01Exp76001310501020160016600.pdf), igualmente elevó memorial pretendiendo se integre como litisconsortes necesarios por activa a **CARLOS ANDRÉS VARGAS VALLEJO** y **YURLEY FERNANDA VARGAS VALLEJO** en calidad de hijos del causante **HERNANDO VARGAS** (393 a 394 01Exp76001310501020160016600.pdf).

Mediante Auto Interlocutorio N°1283 del 14 de julio de 2017, notificado el 17 de julio de la misma anualidad, el Juzgado Décimo Laboral vinculo como litisconsortes necesarios a los señores CARLOS ANDRÉS VARGAS VALLEJO y YURLEY FERNANDA VARGAS VALLEJO y admitió el llamamiento en garantía realizado por PORVENIR S.A. a MAPFRE SEGUROS S.A. (fls. 439 a 440 01Exp76001310501020160016600.pdf)

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 6-demanda, 289-313 contestación PORVENIR S.A., 421-431contestación litisconsorte necesario y 483 contestación MAPFRE SEGUROS S.A., del archivo 01Exp76001310501020160016600.pdf.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 287 del 10 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones propuestas frente al derecho pensional de la demandante y, en consecuencia, declaró que el señor Hernando Vargas (q.e.p.d.) tenía derecho a la pensión de invalidez reclamada, a partir del 17 de junio de 2011, en cuantía de un salario mínimo.

A la par, reconoció pensión de sobreviviente en favor de la señora FLOR MARIA VALLEJO MELO en calidad de compañera permanente, a partir del deceso del causante, esto es, del 24 de febrero de 2014, por el valor de UN (1) SMLMV; así mismo, le ordenó a la AFP demandada pagar el retroactivo pensional causado entre el 17 de junio de 2011 al 24 de febrero de 2014 por concepto de pensión de invalidez post mortem a los herederos del señor Vargas, suma que asciende a **\$20.261.747**.

Igualmente, condenó a PORVENIR S.A. a pagar a la accionante el valor de **\$63.549.203**, por concepto de retroactivo de la sustitución pensional, debidamente indexada hasta la fecha de su pago y continuar pagando la mesada por valor de UN (1) SMMLV.

Por último, condenó a la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS S.A. a pagar a PORVENIR S.A. las sumas adicionales para el reconocimiento de la pensión de invalidez y sobrevivencia reconocidas. Del mismo modo, absolvió a PORVENIR de todas las pretensiones incoadas por los hijos del causante y condenó en costas a la demandada en favor de la demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 y costas a MAPFRE SEGURO S.A. en favor de PORVENIR fijando como agencias en derecho la suma de \$ 300.000.

Como argumentos de su decisión expresó el *A quo* que el señor HERNANDO VARGAS antes de su fallecimiento había causado pensión de invalidez, pues conforme el dictamen pericial rendido en primera instancia se desprende que tuvo una pérdida de capacidad laboral superior al 50% con ocasión del accidente sufrido el 17 de junio de 2011. Indica que aunque el dictamen señaló como fecha de estructuración de la invalidez el 23 de julio de 2013, lo cierto es que de la exposición realizada por el perito se denota que fue el accidente sufrido por el causante el 17 de junio de 2011 el que le generó la invalidez, toda vez que desde esta data no pudo seguir laborando y por ende realizar cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, dado que su condición de salud lo llevó al punto de estar en condiciones de calle, impidiendo cualquier posibilidad de que fuera laboralmente activo.

Así las cosas, sostuvo que el *de cujus* en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez que fijó para el 17 de junio de 2011, esto es, el interregno comprendido entre el 17 de junio de 2008 y el mismo día y mes de 2011, tenía aportadas al

sistema 79.43 semanas, cumpliendo con los requisitos señalados en la ley 860 de 2003 para acceder a la pensión de invalidez.

Por otro lado, manifestó que de lo dicho por los testigos se logró establecer que la demandante y el causante convivieron los 5 años anteriores al fallecimiento del señor Vargas proveyéndose apoyo, socorro, ayuda mutua y acompañamiento espiritual propios de los compañeros permanentes, en consecuencia, refiere que hay lugar a la sustitución de la pensión de invalidez *post mortem* en favor de la demandante, como única beneficiarias, debido a que los litisconsortes para la fecha del deceso eran mayores de edad y no demostraron estar estudiando.

En cuanto al llamamiento en garantía decidió que al condenarse a Porvenir S.A. a otorgar la pensión de invalidez *post mortem* y consecuente sustitución a la demandante, a la aseguradora le correspondía asumir el valor adicional para el reconocimiento de la prestación conforme a la póliza aportada al expediente.

De la misma manera, resolvió que no estaba llamada a prosperar la excepción de prescripción, pues entre la causación del derecho y la reclamación del mismo no habían pasado los tres (3) años que establece la ley.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, pretendiendo se revoque la sentencia dictada en primera instancia, argumentando que no hay lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que el afiliado fallecido no cumple con los requisitos establecidos en la ley 860 de 2003, en tanto no tiene cotizados en los últimos tres (3) años las 50 semanas que dicha ley exige.

Así mismo, indicó que, el juez no está facultado para variar la fecha de estructuración de la invalidez determinada por la Junta Regional de Invalidez, pues el dictamen fue emitido por una de las entidades legalmente autorizadas para efectuar la calificación, además no fue atacado por la parte demandante, lo que significa que quedo en firme, por lo cual no había lugar a modificar la fecha de estructuración, puesto que fue establecida por la autoridad competente, y como consecuencia no hay lugar a la pensión de invalidez, dado que en los tres (3) anteriores a la fecha de estructuración asignada por la junta el causante no tiene cotizadas 50 semanas. De modo similar, expresó que el juez está sometido al imperio de la ley y que por ello no debió apegarse a la jurisprudencia para modificar el dictamen de pérdida de capacidad.

En cuanto a la pensión de sobreviviente explicó que no había lugar a su reconocimiento debido a que el causante no dejó causado el derecho a la pensión de invalidez, sumado a ello estableció que la accionante no acreditó la convivencia por los últimos 5 años, puesto que sus testigos no fueron coherentes en sus dichos.

Finalmente, solicitó que de ser procedente el reconocimiento de la prestación se ordenara descontar del retroactivo, los valores correspondientes a la seguridad social en salud.

Por su parte la apoderada de la **PARTE DEMANDANTE** apeló, solicitando el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la pérdida de poder adquisitivo de los valores reconocidos.

A su turno, la apoderada de **MAPFRE SEGUROS S.A.** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación pidiendo se revoque la sentencia proferida en primer grado, señalando que el juzgado al reconocer la prestación pasó por alto la prueba pericial que el

mismo decretó, sin tomar en consideración que la parte demandante no apeló el dictamen, por lo que aceptó como fecha de estructuración de la invalidez el 23 de julio de 2013.

Igualmente, expuso que no le es dable a los jueces aplicar jurisprudencia, dado que ésta solo aplica cuando no hay norma o existen vacíos en ella, cosa que no ocurre en el caso de autos pues hay decreto que regula el funcionamiento e integración de las juntas de invalidez.

Por otra parte, expresó que el señor Hernando Vargas no dejó causado el derecho, por cuanto no aportó la densidad de semanas que exige la ley.

Por último, argumentó que con las pruebas recaudadas no se probó la convivencia por 5 años para que la señora Vallejo Melo fuese acreedora de la pensión de sobreviviente, pues las declaraciones no dieron la certeza que esa convivencia de la que hablaban fuera de los últimos 5 años.

El asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de los litisconsortes por activa, conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto No. 515 del 07 de septiembre de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados de Mapfre Seguros y la Parte demandante los cuales pueden ser consultados en los archivos 05 y 06 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a resolver si había lugar a modificar la fecha de estructuración de invalidez señalada en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, para lo cual se examinará si el juez está facultado para apartarse de la fecha de estructuración fijada en el dictamen en mención o si, por el contrario, debe acogerse estrictamente a dicha pericia.

Analizado lo anterior, se procederá a resolver si el señor HERNANDO VARGAS cumplió los requisitos estatuidos en la ley 100 de 1993 modificada por la ley 860 de 2003, para causar la pensión de invalidez y, en consecuencia, es procedente realizar el reconocimiento de esta prestación *post mortem*.

Seguidamente habrá de determinarse si la señora FLOR MARÍA VALLEJO MELO, acreditó la calidad de compañera permanente del señor VARGAS, para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, y si le era exigible el requisito de convivencia en los 5 años anteriores al deceso del causante. Así mismo, se evaluará si les asiste derecho a los litisconsortes YURLEY FERNANDA VARGAS VALLEJO Y CARLOS ANDRÉS VARGAS VALLEJO a la sustitución pensional, en virtud del grado de consulta

A la par se estudiará si hay lugar a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y si es procedente condenar a la demandada a descontar de las sumas reconocidas el valor correspondiente a los aportes en seguridad social en salud.

Se procede entonces a resolver los planteamientos previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Como supuestos de hecho debidamente comprobados se advierte en el sub-lite los siguientes:

- (i) El señor Hernando Vargas se afilió al extinto Instituto de los Seguros Sociales el 16 de julio de 1984, cotizando un total de 122.96 semanas (178 a 185 01Exp76001310501020160016600.pdf);
- (ii) El 14 de mayo de 1998 el causante se trasladó del Instituto de los Seguros Sociales a la AFP HORIZONTE (323 01Exp76001310501020160016600.pdf), cotizando un total de 768.96 semanas en toda su vida laboral (252 a 254 y 258 s 260 01Exp76001310501020160016600.pdf)
- (iii) La historia laboral del causante (252 a 254 y 258 s 260 01Exp76001310501020160016600.pdf) muestra los siguientes periodos de cotizaciones:

RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS	COTIZACIONES REALIZADAS A
ALVARO CAICIEDO	16/7/1984	1/10/1984	78	11.14285714	COLPENSIONES
UNION TRES CONST LTDA.	20/2/1985	15/5/1985	85	12.14285714	COLPENSIONES
JOMA LTDA	25/5/1985	5/10/1985	134	19.14285714	COLPENSIONES
JOMA LTDA	25/11/1985	1/3/1986	97	13.85714286	COLPENSIONES
FERNANDO ORTIZ CASAS	4/2/1986	24/2/1986	21	3	COLPENSIONES
CIA TRANS VERDE BRETAÑA	26/4/1993	31/7/1994	462	66	COLPENSIONES
COMPANÍA TRANSPORTADORA VERDE BRETAÑA	1/7/1995	30/9/1996	458	65.42857143	COLPENSIONES
EMPRESA DE TRANSPORTE VERDE PLA	1/7/1997	30/7/1997	30	4.285714286	COLPENSIONES
EMPRESA DE TRANSPORTE VERDE PLA	1/8/1997	31/8/1997	31	4.428571429	COLPENSIONES
EMPRESA DE TRANSPORTE VERDE PLA	1/9/1997	30/4/1998	242	34.57142857	COLPENSIONES
EMPRESA DE TRANSPORTE VERDE PLA	1/5/1998	30/5/1998	30	4.285714286	COLPENSIONES
COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTAD	1/6/1998	30/6/1998	30	4.285714286	COLPENSIONES
COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTAD	1/7/1998	31/12/1998	184	26.28571429	COLPENSIONES
EMPRESA DE TRANSPORTE VERDE PLA	1/1/1999	30/9/1999	273	39	COLPENSIONES
VERDE SAN FERNANDO S.A.	1/3/2000	31/5/2000	92	13.14285714	COLPENSIONES
EMPRESA DE BUSES AMARILLO CREMA S.A.	1/6/2000	18/6/2000	18	2.571428571	COLPENSIONES
VERDE SAN FERNANDO S.A.	19/6/2000	30/6/2000	12	1.714285714	COLPENSIONES
VERDE SAN FERNANDO S.A.	1/7/2000	31/1/2001	215	30.71428571	COLPENSIONES
COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE TRANSPORTES Y SERVICIOS LA ERMITA LTDA	1/2/2001	16/2/2001	16	2.285714286	PORVENIR
EMPRESA DE BUSES AMARILLO CREMA S.A.	1/3/2001	1/3/2001	1	0.142857143	PORVENIR
COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE TRANSPORTES Y SERVICIOS LA ERMITA LTDA	2/3/2001	2/3/2001	1	0.142857143	PORVENIR
EMPRESA DE BUSES AMARILLO CREMA S.A.	1/4/2001	31/5/2008	2618	374	PORVENIR
EMPRESA DE BUSES AMARILLO Y CREMA S.A.	17/6/2008	31/12/2008	198	28.28571429	PORVENIR
TRANSPORTE AFILIADOS ROJOS GRIS S.A.	1/2/2009	30/4/2009	89	12.71428571	PORVENIR
TRNSPORTADORA LOS YUMBEÑOS S.A.	1/7/2009	24/7/2009	24	3.428571429	PORVENIR
EMPRESA DE TRANSPORTE RIO CALI S.A.	25/7/2009	31/12/2009	160	22.85714286	PORVENIR
EMPRESA DE TRANSPORTE RIO CALI S.A.	1/1/2010	10/2/2010	41	5.857142857	PORVENIR
TRANSPORTE PANCE S.A.	30/3/2010	13/4/2010	15	2.142857143	PORVENIR
COOPERATIVA DE TRABAJO CONSTRUCTORA SOLUCIONES LA	1/2/2011	12/4/2011	71	10.14285714	PORVENIR
CAMACHO CORTES CARLOS NELSON	1/5/2011	7/5/2011	7	1	PORVENIR
MINA HOLGUIN ARLEY	1/6/2011	7/6/2011	7	1	PORVENIR
			5740	820	

- (iv) El señor Hernando Vargas sufrió accidente de tránsito el 17 de junio de 2011, según se extrae del historial clínico aportado por la Clínica de Los Remedios (fls. 53 a 158 01Exp76001310501020160016600.pdf)
- (v) Que el señor VARGAS falleció el 24 de febrero de 2014, como lo informa el registro civil de defunción (34 y 310 01Exp76001310501020160016600.pdf)
- (vi) Que con ocasión de su fallecimiento se presentaron a reclamar pensión de sobreviviente la señora FLOR MARÍA VALLEJO MELO, en calidad de compañera permanente y los señores CARLOS ANDRÉS VARGAS VALLEJO y YURLEY FERNANDA VARGAS VALLEDJO en calidad de hijos (264-265 y 316-317), solicitud que fue atendida en misiva del 02 de febrero de 2015, negando la prestación, en tanto el causante no cumple con la densidad de semanas exigidas en la ley 860 de 2003 (fl. 15 01Exp76001310501020160016600.pdf)
- (vii) Que por solicitud del Juzgado Décimo Laboral la Junta Regional de Calificación del Valle del Cauca realizó dictamen de pérdida de capacidad No. 12227255-5566, en el que le resolvió que el causante tenía una pérdida

de capacidad superior al 50% (583 a 588, 01Exp76001310501020160016600.pdf) así:

- Para el 23 de julio de 2013 de 75.80%
- Para el 19 de octubre de 2013 de 85.30%
- Para el 24 de febrero de 2014 de 85.30%.

(viii) Que entre la aseguradora MAFPFRE SEGUROS S.A. y PORVENIR S.A. suscribieron póliza No. 9201410004634, con vigencia de 01 de enero de 2010 a mismo día y mes de 2014, para cubrir las sumas adicionales de las pensiones que se causen por invalidez y sobrevivencia (fls. 499 a 5558 01Exp76001310501020160016600.pdf)

DE LA FECHA DE ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero que debe precisar la Sala, es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado en diferentes ocasiones que el dictamen pericial rendido por las juntas de calificación de invalidez, no es prueba absoluta ni definitiva en los procesos laborales y no obliga al juez a basar su decisión en este sólo medio de conocimiento, puesto que aceptar como prueba absoluta el informe de pérdida de capacidad laboral rendido por las juntas vulnera las facultades otorgadas por el legislador al juez laboral en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Al respecto la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia dijo en sentencia 3275 de 2019 y SL1531 de 2021 que:

“...los jueces de instancia, al encontrarse en presencia de varios elementos probatorios que conduzcan a conclusiones disímiles, tienen la facultad, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, de apreciar libremente los diferentes medios de convicción, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, pudiendo escoger dentro de las probanzas allegadas al informativo, aquellas que mejor lo persuadan, sin que esa circunstancia, por sí sola, tenga la virtualidad para constituir un evidente yerro fáctico capaz de derribar la decisión, tal y como se dijo en las sentencias CJS SL5178-2019, CSJ SL18578-2016, y CSJ SL4514-2017, entre otras.

"El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

"Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada..."

Por otro lado, es menester desatacar que existen casos en los que los jueces laborales han variado la fecha de estructuración de la invalidez establecida en el dictamen emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez, toda vez que tiene libertad de apreciación para evaluar las pruebas allegada al juicio, frente a éste aspecto la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1390 de 2021 que rememoro las sentencias SL 2496 de 2018 y CSJ SL, del 19 de octubre de 2006, radicación 29622, expresó lo siguiente:

"Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la

seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías". [...]

En consecuencia, si bien es cierto que para la Corte la valoración técnica y científica de las juntas de calificación de invalidez, a través de los procedimientos señalados en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional, es, en principio, la fórmula probatoria propia para la determinación de la condición de invalidez, también lo es, que bajo ciertas circunstancias, dicha valoración es susceptible de ser desvirtuada para efectos de la pensión correspondiente a través de la diversidad de medios probatorios previstos en el ordenamiento jurídico procesal y al tenor de las normas que rigen la actividad del juez del trabajo, que, conviene recordarlo, tiene como principio que orienta y dirige su labor falladora la facultad del libre convencimiento en los términos señalados por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Por manera que, para este caso, no es cierto que el Tribunal no pudiera cambiar la fecha de estructuración de invalidez..."

De lo anterior, es claro que al Juez le es permitido modificar ciertos aspectos de los informes de pérdida de capacidad laboral emitidos por las Juntas de Calificación siempre y cuando dichos cambios estén sustentados en el devenir del proceso y demostrados con otros medios de prueba de debatidos en el juicio.

Así entonces, se examinará si la decisión del juez de primer grado de tomar una fecha de estructuración diferente a la establecida en el informe pericial No. 12227255-5566 del 12 de septiembre de 2019, se ajustó a derecho, para ello tenemos que se arrió al proceso dictamen de pérdida de capacidad laboral, rendido por la junta regional de calificación de invalidez del Valle del Cauca, y en el referido informe se le asignó al señor HERNANDO VARGAS un porcentaje de pérdida de capacidad para el 23 de julio de 2013 de 75.80% tomando como base de la discapacidad las deficiencias causadas por: *la diabetes mellitus FP clase 4, la alteraciones de conciencia, por pérdidas de conciencia episódica, por trastornos del sueño vigilia, debido alteraciones mentales, cognitivas y de la función integradora y por afasia o disfasia clase 3*, y frente a las otras fechas que el juzgado solicitó se calificara la pérdida de incapacidad laboral expuso en el mismo dictamen que para las calendas 19 de octubre de 2013 y 24 de febrero de 2014 ascendía a un 85.30% basado en las deficiencias generadas por: *la diabetes mellitus FP clase 4, la alteraciones de conciencia, por pérdidas de conciencia episódica, por trastornos del sueño vigilia, debido alteraciones mentales, cognitivas y de la función integradora y por afasia o disfasia clase 3 y por la alteración de miembro inferior, fijando como fecha de estructuración el 23 de abril de 2013* (583 a 588 01Exp76001310501020160016600.pdf).

Igualmente, tenemos que la médica ponente del dictamen ALBA LILIANA SILVA DE ROA, al sustentar el dictamen en audiencia pública del 24 de octubre de 2019, (Min 3:47 a 32:20 fl. 03AudienciaArt80Continuacion.mp3) expuso que es médica cirujana y abogada con maestría en salud pública, salud ocupacional y ciencias sociales, que el dictamen se realizó con base en la historia clínica del fallecido y los documentos aportados por el juzgado, que para efectuar la calificación se tuvo en cuenta los informes periciales del 31 de enero de 2012, las valoraciones del hospital psiquiátrico del 23 de julio de 2013, las valoraciones de medicina interna de 21 de julio de 2013, 27 de enero de 2014 y 24 de febrero de 2014; que al revisarse la historia clínica se encontró que el paciente presentaba una diabetes mellitus compleja, alteraciones de la conciencia derivadas de trauma craneo encefálico y síndromes convulsivos. Indicó que se estructuró la invalidez al 23 de julio de 2013, calenda en que el Hospital psiquiátrico del Valle valoró al demandante y de la que sostiene se evidencian las secuelas del trauma craneoencefálico.

Expone que para el 31 de enero de 2012 es muy difícil establecer a cuánto ascendía

la pérdida de capacidad laboral del *de cujus*, pues no se había llegado a la mejoría médica máxima que exige el decreto para realizar la calificación. Manifestó que el despacho dentro de su solicitud de calificación indicó las fechas concretas en las que se debía establecer la pérdida de capacidad laboral que, al evaluarse la primera fecha, esto es el 23 de julio de 2013, el causante ya había llegado al 50% de su PCL, que después de esa fecha lo que se va observando es el deterioro en la salud del afiliado. Pone de presente que no se puede asegurar que el 50% del PCL laboral lo obtuvo el occiso el 23 de julio de 2013, pero refiere que en la historia del 31 de julio de 2012 aún no tiene diagnóstico definitivo y por tanto no permite calificarlo.

Dijo que inicialmente todas las patologías que dan origen a la calificación se generan con ocasión al accidente de tránsito que desencadenó el trauma craneoencefálico y es el que arroja un porcentaje más alto de pérdida de capacidad laboral, resaltando que para la fecha del accidente no se puede establecer cuáles son las secuelas, puesto que hay que esperar su evolución. Explicó que si bien las secuelas sí son a causa del accidente en tanto el trauma fue el que generó el daño cerebral, las mismas no pueden estructurarse en la fecha del accidente, por cuanto hay que darle al paciente un espacio para que pueda evolucionar.

Expuso que después del accidente el señor Hernando Vargas no pudo volver a trabajar porque estuvo mucho tiempo en la UCI y luego se evidenciaron las secuelas que comprometieron su desempeño laboral, que la estructuración al 23 de abril de 2013, es un error involuntario pero que la ponencia es clara en que la fecha de estructuración es el 23 de julio de 2013 que corresponde a la fecha en que lo valoro el hospital psiquiátrico.

Asevero que con la lectura de las historias se infiere que luego del accidente el señor Vargas no volvió a trabajar, como consecuencia de una lesión física que le generaba incapacidad, que el hoy fallecido no llegó al porcentaje de 80% de PCL de un día a otro que fue una evolución, pero la junta no tiene como establecer el momento, en tanto no tiene historia que le diga lo que paso día a día y además el dictamen iba con fechas específicas.

De la explicación dada por la perito, tenemos que la Junta Regional de Invalidez sólo tiene certeza de que con ocasión al accidente se generaron secuelas permanentes en el causante, en un porcentaje suficiente para convertirse en invalidez, pero frente a la fecha de estructuración de la invalidez, el dictamen presenta dudas en cuanto al momento en que el señor Hernando Vargas, perdió el 50% de su capacidad laboral, pues según los dichos de la médica evaluadora con las historias allegadas para realizar la experticia, no se puede establecer con anterioridad al 23 de julio de 2013 a cuánto ascendía la pérdida de capacidad laboral.

No obstante, al examinarse el historial clínico del hoy fallecido HERNANDO VARGAS encontramos que las deficiencias por las cuales fue calificada su PCL, empezaron hacer presencia en el causante pocos días después del accidente, véase como en la historia clínica No. 122027255 (fl, 53 a 158 01Exp76001310501020160016600.pdf) los médicos encargados de tratar al señor Vargas van detallando como su sistema neurológico va en decadencia:

Al revisarse la historia clínica No. 122027255 de la CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, se evidencia en la nota de evaluación clínica realizada por la Dra. DORIS MARCELA GONZALEZ CIFUENTES, especialista en actividad físico terapéutica (fl 69 01Exp76001310501020160016600.pdf), el día 22 de junio de 2011 a las 12:36 pm, que pasados 5 días el señor Hernando Vargas ya presentaba alteraciones neurológicas, pues esta profesional de salud indicó en el examen físico realizado

“...EXAMEN FÍSICO: PACIENTE EN CAMA, POCO COLABORAR NO OBEDECE ORDENES SIMOLES, CON PERIODOS DE CONFUSION, ARCOS DE MOVILIDAD ARTICULAR CONSERVADOS, FUERZA MUSCULAR VAROLABLE...” (subrayado y

negrillas fuera del texto original)

Así mismo, se refleja que el día 29 de junio de 2011 último día de hospitalización del *de cujus* en la CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO (147 01Exp76001310501020160016600.pdf), en la nota de evaluación clínica realizada por el Dr. JUAN FELIPE VILLESAS DÍAZ especialista en actividad físico terapéutica a las 9:20 AM señala que presentaba problemas de orientación así:

“...EVALUACIÓN CLÍNICA

(...)

EXAMEN FÍSICO: TERAPIA MAÑANA PACIENTE ESTABLE ALERTA NO ORIENTADO SUPINO ACOMPAÑADO DE SU FAMILIA SE OBSERVA BUEN ESTADO GENERAL CON MAYOR MOVILIDAD EN LAS 4 EXTREMIDADES. NO DIFICULTAD RESPIRATORIA AMA CONSERVADOS FUERZA MUSCULAR DISMINUIDA SIENDO EN MIEMBRO INFERIOR DERECHO EL DE MAYOR DEBILIDAD... (subrayado y negrillas fuera del texto original)

Luego de ser dado de alta de la clínica consulta el 26 de julio de 2011 por presentar convulsiones post traumáticas, se le da salida el 27 del mismo mes y años a las 8:10, pero ingresa nuevamente a las 2:30 por desorientación y cefalea ((156) 01Exp76001310501020160016600.pdf), así lo deja consignado el Dr. LUIS FERNANDO ROMAN ECHAVARRIA, médico general en la nota de evolución del 27 de julio de 2011 a las 2:30:

“...ANTECEDENTES PERSONALES

Subjetivo

SUBJETIVO: PACIENTE QUE RECONSULTA POR DESORIENTACIÓN Y CEFALEA CON ANTECEDENTE DE TCE CON PC Y HEMORREGIAS INTRACRANEANAS YA CON ORDEN DE HOSPITALIZACIÓN POR NEURO... (subrayado y negrillas fuera del texto original)

Inclusive, al estudiarse los dictámenes realizados por el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIA FORENSES se evidencia lo siguiente:

- El día 6 de agosto 2011, al estudiar las historias clínicas del causante en La Clínica Nuestra Señora Del Rosario el médico forense ANDRÉS FAVIAN LÓPEZ ROSERO le otorgó incapacidad provisiona al *de cujus* por 40 días, (159 01Exp76001310501020160016600.pdf);
- En el informe del 22 de diciembre de 2011, la Dra. CLAUDIA PATRICIA GARZÓN, expresó que el causante se encontraba desorientado por secuelas neurológicas (160-161 01Exp76001310501020160016600.pdf) y
- En el último informe que se aporta al proceso de fecha del 31 de enero de 2012 el médico forense determina que el occiso tiene una perturbación funcional de órgano del sistema nervioso central de carácter permanente, dándole una incapacidad de 60 días. (162- 163 01Exp76001310501020160016600.pdf)

Con la información antes referida podemos observar como el accidente de tránsito acaecido el día 17 de junio de 2011, afecto el entorno social y laboral del fallecido Vargas, toda vez que desde ese momento su rutina cambio totalmente, pues, aunque fue dado de alta el 29 de junio de 2011, las secuelas del accidente ya estaban manifestándose a tal punto que no pudo seguir desarrollando una actividad laboral, en tanto el instituto de medicina legal le llegó a otorgar 2 incapacidades que ascienden a 100 días, aunado a esas incapacidades debe tenerse en cuenta el tiempo que estuvo internado en la Clínica Nuestra Señora Del Rosario.

Por otro lado, con la historia clínica del HOSPITAL JOAQUÍN PAZ BORRERO RED -SALUD NORTE- (fls. 165 a 17501 Exp76001310501020160016600.pdf) que data del

17 de octubre de 2012, dónde fue atendido el difunto HERNANDO VARGAS, vislumbra la Sala que la salud mental del difunto en mención, luego del trauma que sufrió en el accidente de tránsito no fue la mejor, pues la lógica nos lleva a entender que una persona que goza de buena salud mental no olvida la dirección de su casa, el nombre de su esposa ni el teléfono y el causante, cuando ingreso a la RED SALUD NORTE estaba en situación de calle y además no recordaba una cosa tan esencial como la dirección de su casa y el nombre de la persona con la que ha compartido gran parte de su vida, igualmente, dentro de éste hospital también presentó episodios de desorientación los días 20 y 21 de octubre de 2012, según se dejó constancia en los reportes médicos.

Por último, está la experticia realizada por el Psiquiatra ANDRÉS PELAEZ MAYA, adscrito al HOSPITAL PSIQUIÁTRICO UNIVERSITARIO DEL VALLE del 23 de julio de 2013 (fls. 186 a 190, archivo 01Exp76001310501020160016600.pdf), en la que se determina ya las secuelas definitivas del trauma que sufrió el señor Vargas Hernando, pues refirió el psiquiatra:

“...Se trata de sujeto masculino en la sexta década de la vida, previamente funcional que presenta cambios comportamentales como agresividad, pérdida de hábitos de autocuidado, compromiso cognitivo posterior a la ocurrencia de los hechos investigados, con evidencia en la historia clínica hemorragia intracraneana que requirió manejo médico, y cuyas manifestaciones posteriores han llevado al examinado a su actual, viéndose comprometido su desempeño tanto en el entorno laboral como en aspectos sociales y familiares.

Impresiones diagnóstica: síndrome cerebral orgánico secundario a trauma craneoencefálico severo- síndrome demencial- perturbación psíquica de carácter permanente.

Se concluye que el examinado presenta una perturbación psíquica de carácter permanente ya que su condición viable remisión y el tiempo supera los 180 días del hecho, sin embargo, es deseable que reciba tratamiento especializado con el fin de mejorar su condición de vida y de su cuidador evitando igualmente alto riesgo de auto y hetero agresión tiene como secuelas un cuadro de síndrome demencial con compromiso importante de sus funciones mentales superiores...” (fls. 186 a 190, archivo 01Exp76001310501020160016600.pdf)

De la información antes referenciada, tenemos que los problemas neurológicos del causante iniciaron con el accidente de tránsito y que con ocasión a ese accidente no volvió a ser productivo laboralmente, pues no se allegó al proceso prueba por la demandada o la llamada en garantía que demuestre lo contrario, de modo que para esta juzgadora ha de considerarse que la fecha de estructuración es el 17 de junio de 2011, dado que, si bien el 23 de julio de 2013 llegó a su mejoría médica máxima como lo indica la médico ponente del dictamen de pérdida de capacidad laboral, no es menos cierto que esas patologías por las que llegó a su mejoría máxima fueron originadas por el accidente de tránsito ocurrido en 2011, en el cual sufrió una merma en su capacidad laboral, en tanto no volvió a ejercer actividades remuneradas y a sufragar los gastos básicos de subsistencia por un padecimiento psíquico que le impedía adaptarse al entorno social.

No puede desconocer esta sede judicial que el señor HERNANDO VARGAS presentó la desmejora en sus condiciones de salud, especialmente mentales, desde el momento mismo del accidente de tránsito, lo que claramente se fue agudizando con el pasar del tiempo, sin que presentara mejoría en su condición, sino que por el contrario lo condujo a su fallecimiento.

La Corte Constitucional en la sentencia T 265 de 2018 explicó que se debe entender la pérdida de capacidad laboral de la siguiente manera:

“...Al respecto, resulta necesario destacar que cuando se hace referencia a una merma considerable en la capacidad laboral de una persona, la jurisprudencia ha reconocido que debe materializarse una discapacidad que se manifieste a tal punto, que pueda ser subsumida

dentro del concepto de invalidez, esto es, que la afectación a la salud física, mental, intelectual o sensorial de la persona sea lo suficientemente grave como para impedir que ésta, no solo desarrolle una actividad laboral remunerada y, así, pueda valerse por sí sola para subsistir dignamente, sino que además le cree barreras infranqueables que cercenen su posibilidad de injerir en forma plena y efectiva dentro de un conglomerado social...”

Se extrae de lo expuesto, que el 23 de julio de 2013, determinado como fecha de estructuración de invalidez del causante por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, se fijó en razón a que fue la fecha en que la experticia realizada por el psiquiatra del Hospital Universitario del Valle determinó las secuelas definitivas del trauma sufrido por el señor Hernando Vargas (fls. 186 a 190, archivo 01Exp76001310501020160016600.pdf), sin embargo, se reseña en esta última experticia que se trataba de un paciente que siendo previamente funcional, presentó un compromiso cognitivo posterior a la ocurrencia de los hechos investigados, esto es, el accidente de tránsito sufrido el 17 de junio de 2011, que evidenció una hemorragia intracraneana, y manifestaciones posteriores que llevaron al examinado al estado actual, comprometiendo su desempeño laboral, social y familiar.

A lo anterior se suma lo expresado por la perito que llevó a cabo el dictamen de Junta Regional, la que rindió informe en esta litis (Min 3:47 a 32:20 fl. 03AudienciaArt80Continuacion.mp3), quien admite que todas las patologías que dan origen a la calificación se generaron en el accidente de tránsito que desencadenó el trauma craneoencefálico, que arroja un porcentaje alto de pérdida de capacidad laboral, precisando que no se fijó como fecha de estructuración la de este evento, en razón al tratamiento que debía realizarse al paciente, por lo que hasta que no finalizara este, no podrían establecerse las secuelas del accidente; admitiendo a renglón seguido, que en todo caso, las secuelas si fueron a causa de dicho accidente, debido a que fue tal evento el que generó el daño cerebral. Reseña la perito que con posterioridad al accidente el señor Hernando Vargas no pudo volver a laborar, dado que estuvo mucho tiempo en UCI, y posteriormente quedaron en evidencia las secuelas que comprometieron su desempeño laboral.

Refiere la perito que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral fijado para el accionante superior al 50% no surgió de un día para otro, sin embargo, replica que la junta no tiene como establecer el momento preciso, porque la historia no le informa el día a día de lo acontecido con el paciente, en todo caso admite de la lectura de la historia clínica, que luego del accidente el señor VARGAS no pudo volver a trabajar por la lesión física que le generó incapacidad.

Es así que la fecha de estructuración de invalidez del causante fue definida para el 23 de julio de 2013, por las consideraciones expuestas por la perito, que atienden razones médicas relativas a que fue solo hasta ese momento que se pudo establecer con soporte documental cuáles fueron las secuelas definitivas; sin embargo, la realidad de los acontecimientos deja en evidencia igualmente, que la capacidad laboral del actor solo pudo desplegarla hasta el momento de accidente, junio 17 de 2011, quedando imposibilitado de ahí en adelante para realizar un adecuado desempeño laboral, e incluso social y familiar, por las condiciones físicas que se le desencadenaron a raíz del trauma craneoencefálico que sufrió en esa fecha.

Por consiguiente, se confirma la sentencia de primer grado en lo referente a fijar como fecha determinante para la definición del derecho a la pensión de invalidez, el 17 de junio de 2011, fecha a partir de la cual, según las evidencias, no pudo el accionante continuar desplegando su actividad laboral en razón de los traumas y secuelas padecidos por el siniestro.

DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POST MORTEM

En este orden de ideas, se procederá a resolver si el fallecido Hernando Vargas

cumplió las exigencias establecidas en el artículo 1 de la ley 860 de 2003, para causar el derecho a la pensión de invalidez, norma vigente a la fecha del siniestro.

Según el dispositivo en cita, el afiliado para tener derecho a la pensión de invalidez debe demostrar la concurrencia de 2 requisitos como lo son: (i) la densidad de semanas, que el precepto legal exige, 50 en los tres (3) años anteriores a la invalidez y (ii) que la pérdida de capacidad laboral sea igual o superior al 50%.

En el caso de autos, según el dictamen de pérdida de capacidad laboral visible a folios 583 a 588 del archivo 01Exp76001310501020160016600.pdf, se evidencia que el señor HERNANDO VARGAS acredita el siguiente porcentaje de pérdida de capacidad laboral:

- Para el 23 de julio de 2013 de 75.80%
- Para el 19 de octubre de 2013 de 85.30%
- Para el 24 de febrero de 2014 de 85.30%.

Por lo que sólo resta verificar si satisfizo el requisito de semanas, para ello tenemos que en la historia laboral de PORVENIR S.A. obrante al proceso (252 a 254 Y 346 A 355 01Exp76001310501020160016600.pdf), en el interregno comprendido entre el 17 de junio de 2008 y el 17 de junio de 2011, tiene cotizadas un total de 87.42 semanas, lo cual lo hace acreedor a la pensión de invalidez *post mortem*.

RAZÓN SOCIAL	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS
EMPRESA DE BUSES AMARILLO Y CREMA S.A.	17/6/2008	31/12/2008	198	28.28571429
TRANSPORTE AFILIADOS ROJOS GRIS S.A.	1/2/2009	30/4/2009	89	12.71428571
TRNSPORTADORA LOS YUMBEÑOS S.A.	1/7/2009	24/7/2009	24	3.428571429
EMPRESA DE TRANSPORTE RIO CALI S.A.	25/7/2009	31/12/2009	160	22.85714286
EMPRESA DE TRANSPORTE RIO CALI S.A.	1/1/2010	10/2/2010	41	5.857142857
TRANSPORTE PANCE S.A.	30/3/2010	13/4/2010	15	2.142857143
COOPERATIVA DE TRABAJO CONSTRUCTORA SOLUCIONES LA	1/2/2011	12/4/2011	71	10.14285714
CAMACHO CORTES CARLOS NELSON	1/5/2011	7/5/2011	7	1
MINA HOLGUIN ARLEY	1/6/2011	7/6/2011	7	1
			612	87.4285714

No hay lugar a revisar el monto de la mesada pensional, ni el retroactivo, en tanto que ello no fue objeto de inconformidad por ninguna de las partes interesadas, además que fijada la prestación en el salario mínimo legal mensual vigente, este es el valor mínimo por el que cabe reconocerse la pensión.

Es preciso indicar que en tanto el señor HERNANDO VARGAS falleció previo al reconocimiento de la pensión de invalidez a cargo de la AFP, se otorga esta con carácter *post mortem* y corresponde el pago de retroactivo a quienes acrediten en el proceso sucesoral la condición de herederos.

Dado lo anterior, lo correcto es indicar que el retroactivo deberá ser incluido en la masa sucesoral del *de cujus*, para lo cual sus herederos deberán acreditar tal condición dentro del proceso pertinente. Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 13758 del 1 de octubre de 2014, radicado 37866, expuso que si bien los beneficiarios del causante pueden demandar prestaciones económicas y retroactivos pensionales, ello debe realizarlo en favor de la masa sucesoral y no individualmente por tratarse de un asunto ajeno a la jurisdicción laboral.

En este orden de ideas, se aclara el numeral tercero de la sentencia recurrida en el sentido de reconocer el retroactivo de la pensión de invalidez post mortem causado en favor de la masa sucesoral del señor HERNANDO VARGAS.

DE LA SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POST MORTEM

Para resolver este punto es preciso señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, son beneficiarios de la sustitución pensional:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera 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;

(...)

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 cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;”

De ese modo, frente al derecho que le asiste a la señora FLOR MARÍA VALLEJO MELO a la sustitución de la pensión de invalidez *post mortem*, es exigible a la compañera permanente supérstite de pensionado fallecido convivencia durante los 5 años anteriores al deceso del causante (SL1730-2020).

Para ello, aportó al proceso pruebas testimoniales las cuales fueron escuchadas en primera instancia, de las que se resalta:

La señora **YOLANDA LÚCUMI VIVERO** (Min 32:30 a 42:41 FL. 05AudioAudienciaArt80Sentencia.mp4) manifestó que vive en el barrio ciudadela San Marco desde hace 11 años, que desde esa época es vecina de la señora FLOR MARÍA VALLEJO y su familia, que en la casa de habitación de la actora siempre convivió ella, el señor Hernando y sus dos hijos, aduciendo la testigo que siempre los visitaba porque vive diagonal a la residencia de la señora Vallejo. Informa que el señor Hernando Vargas y la accionante sólo se separaron cuando él se fue al hospital y regreso muerto. Asevera que la señora Flor se dedicaba a oficios varios.

Indica que no le conoció al occiso pareja diferente que la señora Vallejo, que desconoce la fecha del accidente que sufrió el señor Hernando Vargas, pero manifiesta que después de ese suceso el *de cujus* no volvió a trabajar y su estado de salud desmejoró bastante.

De la misma manera, el señor **PETER ALONSO PINO** (Min 44:39 a 55:41 FL. 05AudioAudienciaArt80Sentencia.mp4), señaló que conoce a la demandante hace aproximadamente 19 años y al señor Hernando Vargas lo conoció por espacio de 17 años, en el barrio Marroquín. Informa que el causante y la accionante eran esposos, que le consta esa información porque el testigo vivía en una habitación que la pareja rentaba. Indica que los últimos 5 años de vida del causante los vivió en el barrio San Marcos de Cali, que los visitó 2 o 3 veces cuando el *de cujus* enfermó, que se enteró que al pensionado lo atropelló una moto, que producto de ese accidente quedo con demencia y perdió una pierna, por lo que no volvió a trabajar. Expuso el testigo que la señora Flor trabajaba con él, pero eso fue

después del deceso del señor Vargas, pues antes del accidente era el causante quien proveía lo necesario para el hogar.

Por su parte, la señora **EMELINA CASTAÑO MARÍN** (Min 57:40 a 1:07:19 FL 05AudioAudienciaArt80Sentencia.mp4), indicó que vive en el barrio San Marcos desde que se casó, que desde esa fecha conoció a la pareja Vargas Vallejo por ser sus vecinos, que el señor Hernando Vargas pasó sus últimos años en la casa con la señora Flor. Informa que la pareja no se separó, que los hijos de éstos para la época de los hechos eran estudiantes. Manifiesta que el causante sufrió un accidente en el año 2011 que lo dejó muy mal de salud, que con ocasión de ello se perdió 2 o 3 veces de la casa y el falleció en 2014. Asevera que el occiso después del accidente no volvió a trabajar porque no podía. Pone de presente la testigo que ya no es vecina de la demandante porque perdieron la casa. Dijo que desconoce que el pensionado tuviera otra pareja, que después del accidente a la señora Flor le tocó ponerse a trabajar vendiendo arepas y haciendo cortinas y que para el año 2014 el causante vivía con la actora.

A su turno, la señora **FLOR MARÍA VALLEJO MELO** (Min 1:08:49 a 1:19:59 FL 05AudioAudienciaArt80Sentencia.mp4), al absolver interrogatorio de parte expuso que en la actualidad no trabaja por problemas de visión, que vive con la hija, que vive en el barrio ciudadela San Marcos, que el señor Hernando falleció el 24 de febrero de 2014, que el accidente fue el 17 de junio de 2011, que el causante estaba trabajando como ayudante de construcción con un señor Mina para la fecha del accidente, que llevaba muy poquito tiempo en ese trabajo, que cuando se accidentó el señor Hernando venía de trabajar, que no sabe si estaba afiliado a la ARL, que el causante no era ni drogadicto, ni alcohólico, que no era un habitante de calle, sino que por sus alteraciones de conciencia se perdió de la casa 4 veces, que se perdía por 2 o 3, días pero la última vez si fueron 8 días para encontrarlo y que el causante quedó incapacitado para trabajar.

Examinadas las declaraciones evidencia la Sala que los deponentes son claros, coherentes y convergentes en sus afirmaciones, puesto que todos coinciden en señalar que el causante convivió con la señora Vallejo Melo hasta su deceso, por un espacio temporal mayor a cinco (5) años, en el barrio San Marcos, que nunca se separaron y que estos hechos les constan por su relación de vecindad., por lo que tienen mérito probatorio, y en consecuencia con ellos se acredita la convivencia por el lapso de 5 años que exige el artículo 74 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, para ser beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente. Es preciso indicar que, si bien se hizo referencia al hecho que el occiso estuvo perdido algunos periodos deambulando como habitante de calle, ello quedó explicado en el hecho de que su condición mental le generaban episodios de desorientación que le impedían su retorno al hogar.

En cuanto a los litisconsortes necesarios se deja expuesto que pese a acreditarse su condición de hijos del causante, conforme los registros civiles de nacimiento visibles a folios (fl. 36 – 37 a 01Exp76001310501020160016600.pdf), no cumplen las exigencias para tenerse como beneficiarios de la sustitución pensional que ahora se reclama en los términos del artículo 74 de la ley 100 de 1993, atendiendo lo siguiente:

La joven **YURLEY FERNANDA VARGAS VALLEJO**, para el 24 de febrero de 2014, fecha del deceso de su padre, contaba con 23 años de edad, según su documento de identidad visible a folio (fl 439 01Exp76001310501020160016600.pdf) que indica que nació el 09 de febrero de 1991. Sin que acreditara en el plenario la calidad de estudiante.

El joven **CARLOS ANDRÉS VARGAS VALLEJO**, tenía para la época del óbito 21 años de edad, en tanto nació el 17 de julio de 1992 de acuerdo con su cédula de ciudadanía (fl.435 01Exp76001310501020160016600.pdf), sin que aportara al proceso certificados de estudio que lo acreditara como hijo dependiente del causante por motivos de estudio.

Se destaca que la cuantía de la pensión y el retroactivo reconocido no fueron materia de apelación por lo que se mantendrá en los términos establecidos por el juez de primera instancia, sin embargo, la Sala debe pronunciarse sobre los descuentos con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, solicitados por la recurrente pasiva.

DE LOS DESCUENTOS AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Para resolver este punto trae a colación la Sala el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 48003 del 21 de junio de 2011, donde se dijo:

“De lo dicho hasta el momento se entiende no sólo que todos los pensionados del país están llamados a cotizar al Sistema General de Seguridad en Salud, quienes deben asumir en su totalidad el valor de la cotización, sino que, además, la misma debe hacerse desde la fecha en que se causa en derecho pensional, pues no otra puede ser la interpretación que se deriva sistemáticamente de las disposiciones citadas de la Ley 100 de 1993, al haberse establecido las cotizaciones de los afiliados obligatorios, como es el caso de los pensionados que son parte esencial del financiamiento del sistema, asimismo encuentra la Sala que ellas constituyen un requisito de los afiliados a la hora de acceder a las diferentes prestaciones económicas, como las contempladas en los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, reglamentados en varias oportunidades posteriores, por lo que si no se hicieran descuentos desde la causación de la pensión devendría en detrimento de los posibles derechos derivados de este sistema”.

En consideración a lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a PORVENIR S.A. descontar del retroactivo pensional los aportes los destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

DE LOS INTERESES MORATORIOS ART. 141 DE LA LEY 100 DE 1993

En lo concerniente a los intereses moratorios solicitados por la parte demandante, la Corte Suprema de justicia ha reiterado que los mismos proceden siempre que exista retardo en el pago de las mesadas pensionales, y en el presente asunto observamos que no existió demora por parte de AFP, para reconocer la prestación, dado que en la demandante solicitó pensión de sobreviviente según reclamación visible a (fls.264 a 265 01Exp76001310501020160016600.pdf) y la misma fue resuelta el 02 de febrero de 2015, negando la prestación por el causante no contar con 50 semanas en los últimos 3 años (fl 315 01Exp76001310501020160016600.pdf), sin que se aportara al plenario documental que demuestre que el causante o su beneficiaria hubiere solicitado pensión de invalidez ante la AFP demandada, que es lo que otorga el reconocimiento a la sustitución pensional en el *sub-lite*, por lo que se amerita despachar desfavorablemente el recurso presentado por la parte demandante.

Corolario de lo anterior, se aclara el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia recurrida en el sentido de reconocer el retroactivo de la pensión de invalidez *post mortem* causado en favor de la masa sucesoral del señor HERNANDO VARGAS; así mismo, se adiciona la sentencia para autorizar a PORVENIR S.A. descontar del retroactivo pensional reconocido a la señora FLOR MARÍA VALLEJO MELO los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud. Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera 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: ACLARAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia No. 287 del 10 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de reconocer el retroactivo de la pensión de invalidez post mortem causado en favor de la masa sucesoral del señor HERNANDO VARGAS.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia No. 287 del 10 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, autorizando a PORVENIR S.A. descontar del retroactivo a pagar los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

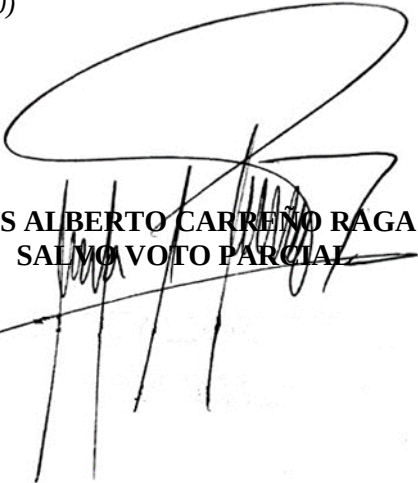
CUARTO: Sin COSTAS en esta instancia.

Los Magistrados,


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

Firma digitalizada para
uso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

JO-03