TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

SENTENCIA
(Aprobado mediante Acta del 29 de octubre de 2020)

Proceso	**ORDINARIO**
Radicado	**76001310501320150034901**
Demandante	**SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE**
Demandado	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES.**
Litis Consortes	**MARÍA CECILIA BARONA ARANGO**
Asunto	**SUSTITUCIÓN PENSIONAL**
Decisión	**REVOCA PARCIALMENTE Y MODIFICA.**

En Santiago de Cali - Departamento del Valle del Cauca, el día veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020), la **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, conformada por los Magistrados **ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA** y **PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**, quien actúa como Ponente, obrando de conformidad con el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el Acuerdo No. PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, adopta la decisión con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta ordenado frente a la sentencia de fecha 24 de marzo de 2017 proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del Proceso Ordinario promovido por **SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** trámite al que se integró por vía *Litisconsorcial* a la señora **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO,** en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Mediante demanda **ORDINARIA LABORAL** la señora **SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** a fin de que por esta vía judicial se declarara que tiene derecho a sustituirse en la pensión otrora otorgada al señor **HERMOGENES ROJAS CUERO** (q.e.p.d.) desde el acaecimiento del deceso, esto es, desde el 30 de enero de 2011, junto con los intereses moratorios de que trata el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las condenas.

Como **HECHOS** relevantes expuso que:

La demandante que su compañero permanente, el señor **HERMÓGENES ROJAS CUERO** (q.e.p.d.) falleció el 30 de enero de 2011, encontrándose ya pensionado por vejez a través del extinto **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES**.

Afirmó que convivió con el causante en forma continua, estable y permanente, compartiendo techo y lecho, desde el 15 de junio de 2002 hasta la fecha del deceso, en cuya unión fue concebida una hija que tiene por nombre **VALERIA ROJAS BENÍTEZ**

Sostuvo que en fecha 28 de marzo de 2011 elevó reclamación de sustitución pensional a nombre propio y de su menor hija ante el ahora extinto **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES,** pedimento que fue resuelto mediante Resolución GNR306819 de fecha 19 de noviembre de 2013 a través de la cual se otorgó el derecho a la descendiente en un monto de 50% y se dejó en suspenso el otro tanto frente al derecho que pudiera asistirles a la aquí demandante **SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE** y a la integrada en *Litis,* **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO,** ambas en calidad de compañeras permanentes.

Aseveró la demandante que en efecto la señora **BARONA ARANGO** tuvo la calidad de compañera permanente del señor **ROJAS CUERO** (q.e.p.d.) en

cuya unión fue concebida una hija que ya alcanzó la mayoría de edad, pero que entre ellos ya no había unión marital de hecho, desconociéndose el tiempo que se mantuvo la convivencia.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-*** acercó escrito de contestación a través del cual aceptó como ciertos los hechos relatados en la demanda excepto lo relativo al tiempo de convivencia, frente al que adujo que nada le consta.

Se opuso a todas las pretensiones argumentando que la demandante no reúne los requisitos para acceder al derecho y que en todo caso, no se negó el derecho sino que simplemente, se dejó en suspenso, pues no es a esa entidad a quien compete dirimir el conflicto cuando quiera que el derecho es reclamado por un número plural de solicitantes.

En su defensa, formuló como excepciones las que denominó **INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, PRESCRIPCIÓN, IMPROCEDENCIA DE CONDENAR EN COSTAS.**

Por su parte, luego de que oficiosamente se ordenara su integración a la *Litis,* ***MARIA CECILIA BARONA ARANGO*** acercó escrito de contestación a través del cual negó lo relatado por la demandante en cuanto a la convivencia con el fallecido **HERMÓGENES ROJAS CUERO** (q.e.p.d.).

Afirmó que era ella y no la demandante quien con él convivía de forma continua y estable desde el año de 1962 hasta la fecha de la muerte que tuvo ocurrencia *"en manos de mi mandante"* (se refiere a la señora **BARONA ARANGO)**, en cuya unión se concibió una hija que para la época contaba con 52 años de nombre **MARÍA EDITH ROJAS BARONA.**

Relató que en el hogar en el que se dio la convivencia, habitaban la señora **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO** el señor **HERMOGENES ROJAS CUERO** (q.e.p.d.), la hija **MARIA EDITH ROJAS BARONA** e incluso los hermanos del causante **JOSEFINA, MARÍA ANTONIA, INÉS** y **JOSÉ ROJAS,** hasta que ellos fallecieron.

Trajo a colación la declaración extra juicio que en vida rindiera el causante ante Notario en fecha 07 de julio de 2010, a través de la cual aquel afirmó bajo la gravedad de juramento que vivía hacía 60 años en unión libre con la señora **BARONA ARANGO**, quien era ama de casa, siendo él quien solventaba todo lo necesario.

Se opuso a las pretensiones formuladas por la demandante y solicitó para sí el reconocimiento de la sustitución pensional, junto con los intereses moratorios de que trata el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Pese a que el escrito por ella presentado lo fue de contestación de la demanda, no formuló excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de sentencia de fecha 24 de marzo de 2017, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali **CONDENÓ** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** a reconocer y pagar el derecho a sustituirse en la pensión causada por el señor **HERMOGENES CUERO ROJAS** a las señoras **SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE** y **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO** en un monto de 15% y 35% respectivamente, con la posibilidad de acrecentar el derecho una vez lo pierda la hija hasta un monto máximo de 30% y 70% respectivamente, sin perjuicio de que también se acreciente, al desaparecer el derecho de alguna de las compañeras permanentes. Negó los intereses de mora y la condena en costas.

A esa decisión arribó luego de señalar como marco legal las normas de que tratan los Artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificados por la Ley 797 de 2003 y el Artículo 141 de ese mismo cuerpo normativo, enfatizando que es postura de ese Despacho negar los intereses moratorios y las costas cuando quiera se encuentra en suspenso la titularidad de la pensión de sobrevivientes, puesto que allí la mora no es atribuible a la Administradora, sino a los beneficiarios cuando estos no han acudido a dirimir el conflicto ante la autoridad judicial.

Examinó el acervo probatorio derivando de allí que conforme a la declaración extra proceso rendida por el mismo causante y la declaración de la testigo **MARÍA NELLY MARÍN VERGARA** logró acreditarse la convivencia que por cerca de 60 años y hasta la muerte del causante existió entre aquel y la señora **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO,** así como también se acreditó a través de los testigos **SANDRO DE JESÚS GAVIRIA LLANOS** y **ALFONSO BRIÑEZ** que el difunto pensionado hizo vida marital con la señora **SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE** durante los 9 años anteriores al deceso, esto es, de modo simultáneo, lo que lo llevó a declarar que ambas son titulares del derecho a sustituirse en la pensión, en proporción de 35% y 15% respectivamente, sin perjuicio de que esta se acreciente en el mismo monto al perder el derecho la hija, o incluso, cuando pierda el beneficio alguna de las compañeras.

Seguidamente reiteró que no había lugar a condenar respecto de los intereses en mora, por cuanto habiendo definido la Administradora la calidad de beneficiarias entre las enfrentadas y luego de suspender el derecho para dejar la controversia a manos de la Jurisdicción Ordinaria, era a ellas a quienes correspondía acudir a la autoridad judicial para ver concretado su beneficio, si lo hubiere. Bajo la misma cuerda argumentativa absolvió de la condena en costas.

En lo que tiene que ver con la **PRESCRIPCIÓN,** señaló que si bien la muerte del causante se produjo en fecha 30 de enero de 2011 y la reclamación administrativa el 28 de marzo de esa misma anualidad, el ente de seguridad social solo alcanzó su decisión en fecha 19 de noviembre de 2013, razón por la cual no operó el fenómeno extintivo, pues no trascurrió el término trienal entre esa última data y el 19 de junio de 2015, en la que se radicó la demanda.

Con fundamento en lo expuesto condenó a **COLPENSIONES** al pago del retroactivo desde el 30 de enero de 2011 y al pago de la mesada pensional sustitutiva en favor de las reclamantes **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO** y **SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE** en cuantía de 35% y 15% respectivamente, sin perjuicio del derecho a acrecentar su porción al perder el derecho la hija beneficiaria, o cualquiera de las compañeras.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Resulta importante anotar que la competencia de esta Corporación está dada por el Grado Jurisdiccional de CONSULTA, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa a Colpensiones, entidad en la que es garante la Nación. Conforme lo establece el artículo 69 del Código de Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, dentro de lo que se advierte, que este grado jurisdiccional no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes, así mismo que es un examen automático que opera por ministerio de la Ley para proteger los derechos de los trabajadores, afiliados y/o beneficiarios, los recursos Públicos y la defensa de la justicia efectiva.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico de esta controversia consiste en determinar cual de las reclamantes tiene derecho a la sustitución pensional objeto de discordia, si alguna lo tuviere, y en caso de existir convivencia simultánea, si hay lugar a compartir el derecho y en qué porcentaje.

*S*eñálese que son eventos exentos del debate, ya que no fueron materia de discusión por las partes:

- Que el señor **HERMOGENES ROJAS CUERO** (q.e.p.d.) tenía la calidad de pensionado por vejez.
- Que el señor **HERMOGENES ROJAS CUERO** (q.e.p.d.) falleció el día 30 de enero de 2011.
- Que a la fecha de su muerte el señor **HERMOGENES ROJAS CUERO** (q.e.p.d.) tenía una hija menor de edad.
- Que en fecha 28 de marzo de 2011, las señoras **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO** y **SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE** reclamaron el derecho a sustituirse en la pensión causada por el señor **HERMOGENES ROJAS CUERO** (q.e.p.d.).

- Que mediante Resolución **GNR306819** de fecha 19 de noviembre de 2013 **COLPENSIONES** otorgó el beneficio pensional a la hija menor en monto de 50%, dejando en suspenso el derecho que corresponde al otro tanto.

La Pensión de Sobrevivientes se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico colombiano con el objetivo de brindar al grupo familiar de un pensionado o afiliado fallecido el soporte económico necesario para garantizar la satisfacción de sus necesidades, evitando así, que además de sufrir la aflicción por la ausencia de su ser querido, también tengan que afrontar la carencia de los recursos económicos que éste, con su trabajo o su mesada pensional les proveía.

Lo anterior, en concordancia con los principios constitucionales de solidaridad y protección integral de la familia establecidos en la Constitución Política, con lo que se busca garantizar el amparo especial al mínimo vital y a la dignidad humana como derechos de las personas.

Ahora bien, a la luz de la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, la regla general, es que la fecha de la muerte determina la norma que gobierna el derecho a la pensión de sobrevivientes. Además, el artículo 16 del C. S. del T. establece el carácter de orden público de las normas en materia laboral, que, por lo tanto, son de aplicación inmediata.

En atención a que la muerte del pensionado tuvo ocurrencia el 30 de enero de 2011 como se desprende del Certificado de Defunción visible a folio 13 del expediente, la normas llamadas a dirimir el conflicto lo son los Artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, modificados los dos primeros por los Artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, respectivamente, como bien lo estableció el *Ad Quo.*

Dispone el Artículo 46 del régimen contenido en la Ley 100 de 1993 modificado por el Artículo 12 de la Ley 797 de 2003:

"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."

A su turno, señala el Artículo 47 de la Ley de Seguridad Social, modificado por el Artículo 13 de la Ley 797 de 2003: "Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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; b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

(…)

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;"

No puede pasarse por alto por ser relevante para este asunto, que los apartes subrayados fueron objeto de examen constitucional mediante sentencia C-1035 de 2008 a través de la cual la norma se declaró condicionalmente exequible, en el entendido *"que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido".*

Descendiendo al pleito de marras, de la cédula de ciudadanía de la demandante **SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE** y del carné de afiliación al sistema de seguridad social en salud de **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO** visibles a folios 6 y 44 respectivamente, se acredita siquiera sumariamente que aquellas nacieron el 12 de junio de 1967 y el 28 de julio de 1938 y que por tanto, para el 30 de enero de 2011, fecha de fallecimiento del pensionado, ambas tenían más de 30 años, por lo que en principio tendrían derecho a acceder a la sustitución pensional de manera permanente, siempre y cuando acrediten:

i) la calidad de cónyuge o compañero (a) permanente y
ii) haber convivido con el causante no menos de cinco (05) años continuos en cualquier tiempo para el caso del (de la) cónyuge, o antes de la fecha de la muerte si se trata de compañero (a) permanente.

En la medida que en el asunto que concita la atención de la Sala ninguna de las reclamantes tenía la calidad de cónyuge y por el contrario, se endilgaban a sí mismas la de compañera permanente, es presupuesto legal para este tipo de uniones acreditar, tal como lo exige la norma en cita, cinco (05) años como mínimo de convivencia **antes de la muerte del causante**, esto es, antes del 30 de enero de 2011, como se revela la ocurrencia de la muerte a través del registro de defunción visible a folio 13.

En caso de que ambas acrediten el mencionado presupuesto, esto es, de verificarse la convivencia simultánea durante los cinco (05) años anteriores a la muerte del pensionado, ambas accederán al derecho en forma proporcional al tiempo de convivencia con el causante, dada la intelección que debe darse a la norma con sujeción a lo dispuesto en Sentencia C1035 de 2008 que esta Sala ya se ocupó de citar.

En punto de la convivencia en la que se respalda la señora **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO** obran como pruebas:

i) La declaración extra juicio rendida ante Notario, seis (06) meses antes de la muerte del causante, en fecha 07 de julio de 2010, -*cuya validez no se cuestiona*- a través de la cual el señor **HERMÓGENES ROJAS CUERO** (q.e.p.d.), bajo la gravedad de juramento, señaló que hacía más de sesenta (60) años convivía con la señora **BARONA ARANGO,** quien era su compañera y dependía de él económicamente, declarando igualmente la existencia de una hija concebida por fuera de dicha unión, también de él económicamente dependiente.

ii) El testimonio de las señoras NELLY SÁNCHEZ MOJICA y MARÍA NELLY MARÍN VERGARA, ambas que dieron cuenta que la convivencia entre la señora **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO** y el señor **HERMÓGENES CUERO ROJAS** (q.e.p.d.) se mantuvo hasta la fecha de la muerte de este último y que esta se desarrollaba en la vivienda de la hija MARÍA EDITH ROJAS BARONA, pues ambas acudieron al hogar cerca de una semana antes de la ocurrencia del deceso, cuando aquel estaba enfermo, siendo allí mismo que ocurrió la velación, esto último como lo afirmó SÁNCHEZ MOJICA.

Ambas dieron cuenta de que la unión marital se prolongó durante largo tiempo, señalando la señora MARÍN VERGARA que de ello puede dar fe por cerca de cuarenta (40) años, mientras que la señora SÁNCHEZ MOJICA indicó que desde que tenía ella la edad de 9 años, ha sabido de la convivencia, por haberse criado a la par de la hija nacida entre ellos dos.

Al rendir su declaración, la señora MARÍA CECILIA BARONA ARANGO hizo manifestaciones que encuentra respaldo en lo antedicho por las testigos, y declaró además que luego de que el señor ROJAS CUERO decayera por enfermedad, se ocupó de pagar la cuota alimentaria de la hija nacida por fuera de la unión, en suma de CIEN MIL PESOS ($100.000).

De estos medios probatorios comprendidos por la declaración extra proceso y las testigos, las cuales le otorgan credibilidad a la declaración rendida por la misma parte, surge diáfano que en efecto la señora **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO** y el señor **HERMÓGENES ROJAS CUERO** (q.e.p.d.) permanecieron unidos por un espacio igual o superior a sesenta (60) años y hasta la muerte del causante, de donde deviene concluir, como en efecto así lo hizo el sentenciador de primer grado, que se supera con creces el requisito de convivencia que en cantidad mínima de cinco (05) años exige el legislador, por lo que esa compañera permanente alcanzó al beneficio de la sustitución de la pensión y en ese sentido habrá de confirmarse el fallo.

Respecto de la convivencia en que se basa la señora **SIXTA TULIA BENÍTEZ ALAPE,** se acercó el registro civil de nacimiento de la hija procreada con el pensionado y las testimoniales. El señor SANDRO DE JESÚS GAVIRIA LLANOS afirmó que la unión entre SIXTA y HERMÓGENES se extendió aproximadamente desde 1998 y por cerca de nueve años, manifestando a la vez que observaba que el causante acudía a visitarla con frecuencia aproximada de una vez a la semana, porque aquel tenía otra familia.

Señaló igualmente que tuvo noticia de la convivencia mientras la señora BENÍTEZ era vecina del Barrio *"Las Cruces"*, luego de lo cual se trasladó ella al municipio de Vijes.

Por su parte el señor ALFONSO BRIÑEZ declaró en similar sentido, esto es aduciendo que la unión entre SIXTA y DIÓGENES ISAZA *(refiriéndose al causante luego de manifestar que no recordaba el nombre)* se extendió aproximadamente desde 1995 y por cerca de nueve años, en el barrio *"Las Cruces"*. Indicó que las visitas ocurrían antes de que naciera la hija procreada entre ellos, que por última vez vio al señor CUERO ROJAS un mes antes de que ocurriera la muerte y luego indicó que aquel estuvo enfermo durante cerca de siete (07) meses, tiempo durante el cual ya no concurría a visitar, pues se encontraba en el municipio de Rozo.

Al rendir su declaración de parte, la señora **SIXTA TULIA** afirmó que convivió con el causante durante el tiempo en que habitó en "*Las Cruces*",

luego de lo cual se mudó a *"Vijes"* cuando la niña tenía la edad de un año (2006), en donde el señor HERMÓGENES la visitó unas 5 o 6 veces, llevándole apoyo económico.

Siendo así las cosas, entre los dichos de ambos testigos y la declarante solo surge claro que la convivencia sostenida entre los señores SIXTA BENÍTEZ y HERMÓGENES ROJAS lo fue mientras la señora SIXTA habitaba en el Barrio *Las Cruces,* por cerca de nueve años contados a partir de la época comprendida entre 1995-1998, esto es, hasta 2004-2007, pues así lo adujeron los testigos vecinos de esa localidad, siendo además que la misma parte confesó que luego de trasladarse al municipio de Vijes, lo que ocurría eran visitas en cantidad de 5 o 6.

Dicho de otro modo, ninguno de los testigos pudo manifestar lo ocurrido luego de que la señora BENÍTEZ REALPE dejó *"Las Cruces"* cerca del año 2006 en que aquella manifiesta ocurrió la mudanza *("la niña tenía largo por ahí de un año"*[1]*),* aunado a que ambos testigos declararon que la unión tuvo por fecha de inicio la época comprendida entre 1995 (Briñez) -1998 (Gaviria) y tanto ellos como la señora BENÍTEZ adujeron que la misma tuvo una duración de 9 años, lo que quiere decir que la convivencia no pudo extenderse más allá de la época comprendida entre 2004-2007.

A partir de estas conclusiones, esto es, que la convivencia acreditada con la señora SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE no se prolongó más allá del año 2007 y dado que el deceso del señor HERMÓGENES ROJAS CUERO (q.e.p.d.) tuvo ocurrencia el 30 de enero del año 2011, claro resulta concluir que ella no cumple el requisito mínimo de cinco (05) *"continuos con anterioridad a su muerte"* como lo exige el literal a) del Artículo 47 de la Ley 100 de 1993, por lo que no puede ser beneficiaria de la sustitución pensional declarada en primera instancia.

Así las cosas, será del caso **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia en lo que toca a las garantías concedidas a la señora **SIXTA TULIA REALPE**

[1] Conforme al Registro Civil de nacimiento, la hija **VALERIA ROJAS BENÍTEZ** nació en el año 2005.

BENÍTEZ y **MODIFICARLA** en lo que tiene que ver con el derecho que le asiste a la señora **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO,** quien en consideración a la decisión que aquí se alcanza, no se verá en la obligación de compartir el 50% que corresponde a su mesada pensional.

Ahora, en lo que tiene que ver con los **Intereses Moratorios**, concuerda la Sala en que no puede reputarse el incumplimiento de la obligación cuando quiera que dirimida la parte del conflicto que compete a la Administradora y suspendido el derecho, la dilación que desde allí se presente en el reconocimiento de la sustitución pensional ya no recae en cabeza de aquella, sino de las partes, en quienes se relega la facultad de acudir a la justicia ordinaria para ver materializado su derecho.

Dicho de otro modo, en la medida que resolver lo relativo al derecho pensional suspendido compete a la justicia ordinaria y no a **COLPENSIONES**, no puede endilgársele a esta mora alguna, luego de cumplir con su parte de la obligación y suspender el derecho.

No obstante, examinado el expediente, específicamente los folios 9 a 12, se observa que se pasó por alto que la reclamación administrativa se elevó por parte de ambas reclamantes en fecha 28 de marzo de 2011 y que a partir de ese momento, conforme lo dispone la Ley 717 de 2001, la administradora contaba con un plazo máximo de dos (02) meses contados a partir de dicha data, el cual finalizó el 28 de mayo de ese mismo año para resolver lo relativo a pensiones de sobrevivientes (en su sentido amplio).

Pese a ello, resulta palmario que la administradora se tomó 2 años, 7 meses y 21 días para resolver la petición, pues a ello no concurrió sino a través de Resolución **GNR306819** de fecha 19 de noviembre de 2013, razón por la cual sí habría lugar a imponer intereses moratorios, por lo menos durante el plazo comprendido entre el día siguiente a la expiración del plazo que la ley le otorga, para este caso, el 29 de mayo de 2011 y el día anterior a la fecha que tuvo a bien resolver, 18 de noviembre de 2013.

A juicio de la **Sala Mayoritaria,** este desacierto no puede ser rectificado en sede de consulta, como quiera que de así proceder, se impondría una condena de la cual ya fue absuelta la Administradora, haciéndose por tanto más gravosa su situación y dado que este Grado Jurisdiccional de Consulta fue ordenado como consecuencia de haberse impuesto condena sobre **COLPENSIONES**, la rectificación reseñada terminaría por vulnerar el principio *non reformatio in pejus* que gobierna esta actuación judicial, posición de la sala mayoritaria contraria a la de la ponente, razón por la cual, en lo que tiene que ver con ese aspecto, se mantendrá incólume la decisión.

Ahora, en lo que tiene que ver con la **PRESCRIPCIÓN,** esta no tiene vocación de prosperidad en la medida que la muerte del causante se produjo en fecha 30 de enero de 2011 y la reclamación administrativa el 28 de marzo de esa misma anualidad, alcanzándose la decisión de la Administradora en fecha 19 de noviembre de 2013, razón por la cual no operó el fenómeno extintivo, pues *"suspendido"* con la reclamación, tampoco trascurrió el término trienal entre la fecha en que esta se resolvió y el 19 de junio de 2015, en la que se radicó la demanda.

Resta por revisar la liquidación del retroactivo, en cuyo cálculo se acomete la Sala para aplicar la distribución del porcentaje en la forma aquí señalada y actualizar la condena hasta el mes de septiembre de 2020, de donde se arroja un retroactivo por valor de **CINCUENTA Y CINCO MILLONES SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS ($55.067.566)** en favor de la señora **MARÍA CECILIA BENÍTEZ REALPE**.

Ya para terminar, se otea que el juzgador de primer grado omitió gravar a la beneficiaria con el ineludible pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud exigible a todo pensionado, previsto en el Artículo 143 de la Ley 100 de 1993, y en ese sentido, se adicionará la sentencia en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta, máxime que se trata de una obligación automática que procede por ministerio de la Ley, razones estas por las cuales resulta viable adoptar acá decisión en tal sentido, sin afectar el principio de consonancia.

Bastan estas consideraciones para revocar la sentencia en lo que tiene que ver con el derecho que en primera instancia le fuera concedido a **SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE,** modificar el porcentaje que corresponde a la beneficiaria **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO,** adicionarla para autorizar el descuento que corresponde a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y confirmar en lo demás.

Sin costas en esta instancia, atendiendo el Grado Jurisdiccional de Consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR los numerales **tercero** y **quinto** de la Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del Proceso Ordinario Laboral formulado por la señora **SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-,** trámite al que se vinculó como *Litis Consorte* a **MARÍA CECILIA BARONA REALPE;** conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.-

Segundo.- MODIFICAR el numeral **segundo** de la Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, para disponer que el derecho de sustitución pensional en calidad de compañera permanente radica exclusivamente en cabeza de la señora **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO** a quien corresponde percibir la mesada en monto de 50%, sin perjuicio del acrecimiento en otro 50% a partir de la pérdida total del derecho que corresponde a la hija beneficiaria o viceversa, si esto último ocurriere antes de que la menor pierda completamente el derecho; conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.-

Tercero.- MODIFICAR el numeral **cuarto** de la Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, para disponer que el retroactivo que corresponde a la señora **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO** por ser beneficiaria del 50% de la mesada pensional, lo es en suma de **CINCUENTA Y CINCO MILLONES SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS ($55.067.566),** liquidado este desde el 30 de enero de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2020; conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.-

Cuarto.- ADICIONAR el numeral **cuarto** de la Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, con un parágrafo del siguiente tenor:

> *"**AUTORIZAR** a **COLPENSIONES** para **DESCONTAR** de la suma que pague por concepto de retroactivo, el valor que de allí corresponde a los aportes de salud cuya obligación atañe en forma exclusiva al pensionado conforme al Artículo 143 de la Ley 100 de 1993, descuento que igualmente debe aplicarse en lo sucesivo, a todas y cada una de las mesadas que se paguen con posterioridad"*

Quinto.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **sexto** de la Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, para excluir de allí a la señora **SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE** como beneficiaria de la sustitución pensional; conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.-

Sexto.- MODIFICAR el numeral **sexto** de la Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar señalar que la señora **MARÍA CECILIA BARONA ARANGO** tiene derecho a percibir el 50% de la mesada pensional en calidad de compañera permanente y que el acrecimiento puede llegar hasta el 100%, al momento de perder el derecho la hija beneficiaria o viceversa, si esto último ocurriere antes de que la menor pierda completamente el derecho; conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.-

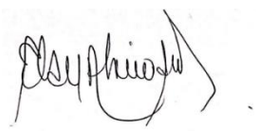
Séptimo.- SIN COSTAS en esta instancia, atendiendo el Grado Jurisdiccional de Consulta.

Octavo.- DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de Origen, una vez en firme esta decisión.-

Lo resuelto se **NOTIFICA** y **PUBLICA** a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial en el link https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-011-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias.

No siendo otro el objeto de la presente, se cierra y se suscribe en constancia por quien en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada
Aclaro Voto



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado
Salvamento de Voto

RAD. 76001310501320150034901

República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	**ORDINARIO**
Radicado	**76001310501320150034901**
Demandante	**SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE**
Demandado	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES.**
Litis Consortes	**MARÍA CECILIA BARONA ARANGO**
Asunto	**SUSTITUCIÓN PENSIONAL**
Decisión	**REVOCA PARCIALMENTE Y MODIFICA.**

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto me permito apartarme de la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria dentro del presente proceso, pues en mi humilde concepto, la modificación ordenada en relación con revocar la porción de la pensión de sobrevivientes reconocida en primera instancia a la demandante SIXTA TULIA BENITEZ REALPE, desconoce claros precedentes de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en el sentido de NO EXIGIR, para efectos de demostrar la convivencia, una necesaria cohabitación física, la cual puede darse por razones de trabajo o de enfermedad, pues mientras ello ocurre, puede existir una convivencia en el plano de la ayuda material, el apoyo afectivo y espiritual permaneciendo de esta manera la solidaridad, el cariño, que exige la vida en común, entre otros, en razón de lo cual la sentencia debió confirmarse.

Se funda mi humilde criterio, en lo que se desprende de la prueba testimonial y documental, según las cuales el señor HERMOGENES ROJAS CUERO, tuvo una convivencia simultánea por más de nueve años anteriores a su muerte, en calidad de compañero permanente de las señoras MARÍA CECILIA BARONA ARANGO y SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE, última ésta, con quien incluso procreó a la menor de edad que hoy es beneficiaria del 50% de la pensión de sobrevivientes.

Recae la duda que planteó la Sala Mayoritaria en el proyecto del que me aparto, en que la señora BENÍTES REALPE, se trasladó a vivir del

municipio de Rozo al municipio de Vijes, más o menos seis meses antes del fallecimiento del señor ROJAS CUERO, momento en el cual, para desgracia, enfermó gravemente estando en casa de la señora MARÍA CECILIA BARONA ARANGO, quien fue finalmente la que lo atendió en los últimos días de su vida.

Sin embargo de ello, la misma MARÍA CECILIA BARONA ARANGO, en su interrogatorio de parte reconoció la existencia simultánea de la relación de su compañero permanente con la demandante SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE, e incluso confesó que cuando HERMOGENES quedó impedido por razón de su enfermedad, ella misma se desplazaba hasta la casa de SIXTA TULIA, en varias ocasiones, a llevarle cien mil pesos.

Los hechos así vertidos al proceso, dan cuenta, y así se reconoció en la decisión, que efectivamente entre SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE y el señor HERMOGENES ROJAS CUERO, existió una convivencia superior a los nueve años, la cual **EN APARIENCIA** terminó aproximadamente seis (6) meses antes del fallecimiento de éste último, circunstancia que desde mi humilde criterio NO OCURRIÓ, pues fue precisamente la enfermedad de él la que impidió que pudiera seguir COHABITANDO con ella de manera física en esos últimos seis (6) meses de su terrenal existencia, lo cual, sin embargo, NO IMPIDIÓ que continuara una convivencia en el plano de la ayuda material, el apoyo afectivo y espiritual permaneciendo de esta manera la solidaridad, el cariño, que exige la vida en común, entre otros, cumpliéndose así una de las condiciones que la jurisprudencia exige para que pueda entenderse cumplido el requisito de convivencia.

Sin ser precisas más elucubraciones, me aparto de la decisión mayoritaria en el sentido atrás señalado.

JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

Cali, veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020)

Proceso	**ORDINARIO**
Demandante	**SIXTA TULIA BENÍTEZ REALPE**
Demandado	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**
Radicado	**76001310501320150034901**
Providencia	**SENTENCIA**
Ponente	**DRA. PAOLA ANDREA ARCILA S.**
Asunto	**INTERESES MORATORIOS**

Con mi acostumbrado respeto me permito Aclarar el Voto respecto de la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria a través de la cual CONFIRMÓ la absolución por concepto de intereses moratorios.

El presente proceso lo conocemos en el Grado Jurisdiccional de Consulta, y con todo el respeto hacía la Sala mayoritaria, considero que la Consulta precisamente nos faculta para examinar íntegramente la decisión del inferior, sin límites, ya que lo que se busca con este grado jurisdiccional es revisar la legalidad de la providencia, no encontrándonos limitados por el principio *non reformatio in pejus*. Tal como lo ha considerado la Corte Constitucional en Sentencia C-424 del 8 de Julio de 2015.

Al decidir la Consulta debe ser un pronunciamiento sin limitaciones sobre la providencia del inferior, pues se encuentra la competencia del funcionario de segunda instancia de hacer un examen automático que opera por ministerio de la ley y revisar en su totalidad con el objeto de corregir o

enmendar errores jurídicos en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia.

Igualmente en Sentencia C-583 de 1997 la Corte Constitucional, ha dejado sentado que cuando el superior conoce en grado jurisdiccional de Consulta de una decisión determinada, está facultado para examinar en forma integral el fallo del inferior, tanto por aspectos de hecho como de derecho, y al no estar sujeto a observar la prohibición contenida en el artículo 31 de la Constitución Política, bien puede la segunda instancia modificar la decisión consultada a favor o en contra, sin limitación alguna, pues ello no lesiona la ley suprema, por el contrario se evita que se profieran decisiones violatorias, no solo de derechos fundamentales, sino de cualquier otro precepto constitucional o legal.

Todo ello para lograr una certeza jurídica y un juzgamiento justo, buscando garantizar y proteger los derechos sociales, y llegar a una justicia efectiva.

Y fuera de lo anterior, más importante que la no reforma en peor, es el derecho sustancial de los demandantes, no siendo el principio absoluto, debiendo ceder frente a la eventual vulneración de derechos fundamentales como la seguridad social, máxime si está de por medio un error jurisdiccional.

Tal como lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en providencia SL357-2020, que recordó lo expuesto en la sentencia SL2808–2018, cuando expuso:

> *"Por otra parte, es preciso señalar que el referido postulado no tiene aplicación cuando del grado jurisdiccional de consulta se trata, pues como se sabe esta busca la realización de los objetivos superiores, como el orden justo y la prevalencia del derecho sustancial, razón por la que opera por ministerio de la ley y no como consecuencia de la iniciativa de las partes y, en ese sentido, el juez que conoce de la consulta cuenta con amplias facultades para examinar el asunto sin estar sujeto a los límites que impone el recurso de apelación o el principio de la no reformatio in pejus al que se aludirá más adelante."*

En cuanto a los Intereses Moratorios, resulta palmario que la administradora se tomó 2 años, 7 meses y 21 días para resolver la petición,

pues a ello no concurrió sino a través de Resolución **GNR306819** de fecha 19 de noviembre de 2013, razón por la cual sí habría lugar a imponer intereses moratorios, por lo menos durante el plazo comprendido entre el día siguiente a la expiración del plazo que la ley le otorga, para este caso, el 29 de mayo de 2011 y el día anterior a la fecha que tuvo a bien resolver, 18 de noviembre de 2013; considerando así que los mismos procedían en el presente caso.

En los anteriores términos dejo expuestos los motivos que me llevan a Aclarar el Voto respecto de la decisión adoptada por la sala mayoritaria en este punto de interese moratorios.

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada