REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	ERIKA ZUÑIGA
DEMANDADO	MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
LITIS CONSORCIO	MARTHA NELLY BORRERO MIRANDA
RADICACIÓN	76001310500052017004570l
TEMA	PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE DE PENSIONADO. LEY 797 DE 2003. CONVIVENCIA SIMULTÁNEA.
DECISIÓN	SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA APELADA

AUDIENCIA PÚBLICA No. 15

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la Sala de Decisión Laboral **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandante Erika Zúñiga contra la sentencia condenatoria No. 131 del 29 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.9

I. ANTECEDENTES

ERIKA ZUÑIGA demanda al **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** con el fin de que se le reconozca y pague el 50% de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de **JAMES CUBILLOS PEDRAZA**, a partir del 13 de septiembre de 2015, más los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones indica que a JAMES CUBILLOS PEDRAZA el Municipio de Santiago de Cali le concedió la pensión de jubilación con fundamento en la convención colectiva vigente mediante la Resolución No. 4211.1.21-1220 de agosto 3 de 2010; que fue la compañera permanente de él desde enero de 2006 hasta el día en que falleció, el 13 de septiembre de 2015; que la convivencia fue continua, permanente, de apoyo mutuo, convivencia real, y de solidaridad bajo el mismo techo en las direcciones carrera 28 No. 32-83 y carrera 27B NO.32-37 de la ciudad de Cali; que en enero 30 de 2015 realizaron una declaración extrajuicio en la que se indicó que convivían hasta esa fecha por espacio de 9 años y procrearon dos hijas, Nicol Andrea y Kiara Valentina Cubillos Zúñiga; que en nombre propio y en representación de sus hijas solicitó al Municipio de Santiago de Cali el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; que esa entidad territorial le reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de sus hijas en el 50% y dejó en suspenso el otro 50% porque se presentó a reclamar MARTHA NELLY BORRERO en calidad de cónyuge.

MARTHA NELLY BORRERO MIRANDA, quien fue vinculada en calidad de litisconsorte necesario, informa que contrajo matrimonio con JAMES CUBILLOS PEDRAZA el 7 de junio de 1980, el cual permaneció vigente hasta la muerte de él; que procrearon cinco hijos, los cuales son mayores de edad, quienes nacieron desde el 2 de noviembre de 1981 hasta el 2 de

julio de 1987; que la convivencia fue permanente en la calle 102 E No. 24b-45 del barrio Compartir de Cali.

Informa que JAMES CUBILLOS PEDRAZA el 2 de octubre de 2014 suscribió un documento que se autenticó en la notaría, en el que informa que "*me encuentro casado con la señora Martha Nelly Borrero Miranda (…) desde el 7 de junio de 1980, (…) que compartimos de manera continua e ininterrumpida techo, lecho y mesa hasta la fecha, y que depende económicamente y en todo sentido de mí y mis hijos, y yo respondo por ella. Que en el momento que yo llegase a faltar dejo todo lo que poseo a Martha Nelly Borrero Miranda, mi esposa, mi pensión, seguro de vida, auxilios, etc";* que el 14 de julio de 2015, JAMES CUBILLOS PEDRAZA de forma individual y en su compañía declaró en la notaría que "COMPARTIMOS DE MANERA CONTINUA E INENTERRUMPIDA, TECHO, LECHO Y MESA HASTA LA FECHA".

Indica que la convivencia tuvo vocación de permanencia, fundada en el afecto, la solidaridad y la intención de ayuda y socorro mutuo, pues durante la convivencia él asumía los gastos del hogar y ella los cuidados de la casa, de la ropa del causante, y la preparación de los alimentos; que durante la enfermedad de JAMES CUBILLOS lo cuidó en su casa, lo acompañaba a las citas médicas y el día que falleció en la clínica los Farallones, y fue ella quien realizó los trámites para la cremación.

Aduce que ERIKA ZÚÑIGA no tiene derecho a la pensión, porque JAMES CUBILLOS no dejó declaración de que ella tendría derecho a la pensión como sí lo hizo a favor de ella en calidad de cónyuge; que él realizó declaración extrajuicio con Erika Zúñiga pero en ella no está demostrado el mínimo indicio de vocación de permanencia, afecto, solidaridad, ayuda y socorro mutuo; que el derecho que tiene como cónyuge con una convivencia de 35 años y ser una mujer de la tercera edad no se puede poner en el mismo plano frente a una mujer de 24 años que solo buscaba

un beneficio económico de JAMES CUBILLOS; que ERIKA ZÚÑIGA no convivía con JAMES CUBILLOS, sino con Héctor Gutiérrez por las publicaciones que se realizaban en redes sociales.

Solicita que se reconozca la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge, la indexación y los intereses moratorios.

MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI manifiesta que es la justicia ordinaria quien debe resolver sobre la controversia que existe entre las pretendidas beneficiarias.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Se condenó al MUNICIPIO DE CALI a pagar a MARTHA NELLY BORRERO MIRANDA el 50% de la pensión de sobrevivientes a partir del 13 de septiembre de 2015; que la pensión se acrecerá al 100% cuando Nicole Andrea y Kiara Valentina Cubillos Zúñiga cumplan los 18 años, o los 25 años si demuestran estar estudiando; de igual manera condenó a pagar los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir de la ejecutoria de la sentencia y autorizó los descuentos en salud.

Absolvió de las pretensiones formuladas por ERIKA ZÚÑIGA en consideración a que no demostró el requisito de convivencia mínima de cinco años y hasta el día del fallecimiento del causante.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de Erika Zúñiga presenta el recurso de apelación. Indica que su representada sí convivió con JAMES CUBILLOS desde el año 2006 hasta el año 2015, cuando él murió; que esto se evidencia con la historia clínica de JAMES CUBILLOS y con las constancias de atención médica en casa en los que su representada firma como acudiente y

responsable de JAMES CUBILLOS; que fue Erika Zúñiga quien lo llevó a la clínica los Farallones para atención urgente el día antes de fallecer.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el art. 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 se presentaron los siguientes alegatos:

ALEGATOS DE ERIKA ZÚÑIGA

Presenta alegaciones de manera extemporánea en los que indica que es claro que quien tiene mayor derecho a la pensión de sobrevivientes es la cónyuge Martha Nelly Borrero, y que su representada tiene derecho en proporción a la convivencia de 9 años de convivencia.

Reitera que en la historia clínica de JAMES CUBILLOS se relaciona la dirección donde convivió con Erika Zúñiga; que en la atención médica en casa era su representada quien firmaba en calidad de acudiente del causante; que fue su representada quien llevó a la clínica al causante por urgencias un día antes de morir, pero no obtuvo constancia de ello.

Indica que se desconoció la declaración extrajuicio que rindieron su representada y JAMES CUBILLOS el 30 de enero de 2015 en la que manifestaron que convivían hacía 9 años, pero sí se le dio valor a la declaración que JAMES CUBILLOS y MARTHA NELLY BORRERO rindieron en junio de 2015 en la que expresaban la convivencia entre ellos; que la pareja procreó una hija- Kiara Cubillos Zúñiga- en el año 2010 y JAMES CUBILLOS reconoció a Nicole Cubillos Zúñiga como su hija en el año 2011, quien fue producto de una violación antes de conocer al causante.

Señala que no está de acuerdo con la juez cuando consideró que su representada no sintió dolor por la muerte del causante porque el día del

fallecimiento en la cuenta de Facebook cambió la foto del perfil, la inconformidad la sustenta en que esa cuenta fue jaqueada y que cada persona vive el dolor de manera diferente.

ALEGATOS DE MARTHA NELLY BORRERO

El apoderado judicial de Martha Nelly Borrero indica que los testigos fueron contradictorios en las fechas en las que se inició la convivencia entre ERIKA ZÚÑIGA y JAMES CUBILLOS PEDRAZA, una expresó que fue en el año 2007-2008 y la otra en el año 2005; además no refirieron ser amigas de Erika Cubillos, sino de terceras personas; cuestiona la veracidad de los testimonios, por ser incongruentes, de oídas, presentar direcciones que no son las que se soportan en el proceso.

Cuestiona la declaración extrajuicio que rindieron JAMES CUBILLOS y ERIKA ZÚÑIGA en enero de 2015, porque él estaba desahuciado por enfermedad catastrófica desde el año 2014 y no tenía toda la capacidad.

Afirma que no hay prueba que demuestre la solidaridad, ayuda, cuidado por parte de ERIKA ZÚÑIGA a JAMES CUBILLOS; que antes de morir el causante ERIKA ZÚÑIGA tenía una relación afectiva con otra persona como se evidencia en las red social –Facebook-.

Indica que MARTHA NELLY BORRERO convivió de manera permanente, en circunstancias de ayuda y socorro mutuo por espacio de 35 años hasta el día del fallecimiento, y el mismo causante en el 2014 expresó por escrito que era ella la beneficiaria de su pensión, y esto no sucedió respecto a ERIKA ZÚÑIGA.

ALEGATOS DE MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

La apoderada judicial de la demandada indica que se atempera a la decisión que adopte el tribunal.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

La Sala resolverá si ERIKA ZÚÑIGA prueba o no haber convivido con el pensionado JAMES CUBILLOS como mínimo cinco años antes de la fecha de la muerte, en circunstancias de ayuda mutua, socorro físico y espiritual, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes a partir del 13 de septiembre de 2015 en proporción al tiempo de convivencia y de manera compartida con la cónyuge Martha Nelly Borrero Miranda, respecto de quien no alega la calidad de beneficiaria.

HECHOS FUERA DE DISCUSIÓN

Los hechos que están fuera de discusión son: **i)** que **JAMES CUBILLOS PEDRAZA** falleció el 13 de septiembre de 2015, según el registro civil de defunción que obra a folio 3 del expediente; **ii)** que a **JAMES CUBILLOS PEDRAZA** le fue concedida pensión de jubilación en calidad de trabajador oficial del Municipio de Santiago de Cali mediante la Resolución No. 4122.1.21.1220 de 2010, fls. 4-9; **iii)** que el Municipio de Santiago de Cali reconoció pensión de sobrevivientes en el 50% a Nicole Andrea y Kiara Valentina Cubillos Zúñiga en calidad de hijas menores de edad de JAMES CUBILLOS PEDRAZA, quienes son representadas por su madre ERIKA ZUÑIGA, y dejó en suspenso el reconocimiento del 50% de la pensión por la controversia entre la cónyuge Martha Nelly Borrero y Erika Zúñiga, según la Resolución 4122.1.21-001 de enero 12 de 2016 visible a folios 11-16, 365-370; **iv)** que **MARTHA NELLY BORRERO MIRANDA** y **JAMES CUBILLOS PEDRAZA** contrajeron matrimonio el 7 de junio de

1980, según certificado de matrimonio sin nota al margen obrante a folio 533 del plenario; **v)** no hay discusión sobre la calidad de beneficiaria de **MARTHA NELLY BORRERO MIRANDA** de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge del causante, ni sobre la calidad de beneficiarias de Nicole Andrea y Kiara Valentina Cubillos, hijas del causante.

TESIS QUE DEFIENDE LA SALA

La Sala considera que **ERIKA ZUÑIGA** demostró haber convivido nueve años y ocho meses con **JAMES CUBILLOS PEDRAZA** en circunstancias de socorro, ayuda, apoyo material y espiritual hasta el día del fallecimiento; por tanto el 50% de la mesada pensional será distribuido entre Martha Nelly Borrero Miranda en calidad cónyuge supérstite del causante y Erika Zúñiga en calidad de compañera permanente, correspondiendo el 39,14% a la primera y el 10,86% a la segunda, según el tiempo de convivencia.

ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA TESIS

En consideración a que **JAMES CUBILLOS PEDRAZA** era pensionado y falleció el 13 de septiembre de 2015, **ERIKA ZUÑIGA** tiene la carga de demostrar que convivió mínimo cinco (5) años con el causante hasta la fecha de la muerte, tal y como lo dispone el art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en la Sentencia SL1730-2020[1] al interpretar el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993 señaló que:

> *"(…) Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se*

[1] En esta sentencia la Corte cambio del criterio reiterado a partir de la sentencia No. 32393 del 20/05/2008, relacionado con la exigencia del requisito de convivencia mínima de cinco años previsto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues precisó que este se aplica únicamente cuando la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado. Lo cual establecer que para efectos de definir quién tiene la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, conforme al literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, debe acudirse a la noción constitucional de familia y no a tiempos mínimos de convivencia.

advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:
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****´;*

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que "Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes".

*Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión. (…)".*Subraya y negrilla fuera de texto.

La pregunta que surge es qué debemos entender por el término de convivencia.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación 31921 del 22 de julio de 2008 dijo que "(…) *pues lo que interesa para que la convivencia exista es que en realidad se mantengan, el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico, y el acompañamiento espiritual, características de la vida en pareja* (…)", posición que fue reiterada en sentencia del 29 de noviembre de 2011 con radicación No. 40055 al expresar que la convivencia se caracteriza por " (…) *los lazos de afecto y el ánimo de brindarse sostén y asistencia recíprocos*. (…)".

Igualmente, en sentencia SL1399-2018, reiterada en la sentencia SL3813-2020, esa corporación señaló que la convivencia real y efectiva *"entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.".*

En ese orden, la sala encuentra que ERIKA ZUÑIGA demostró la convivencia por espacio de nueve años y ocho meses con JAMES CUBILLOS PEDRAZA, con la declaración extrajuicio que rindió la citada pareja el 30 de enero de 2015 ante la Notaría Diecinueve de Cali visible a folios 408 y 64, en el mismo año en que falleció el causante manifestaron:

> *"convivimos en unión libre y bajo el mismo techo hace **NUEVE (9) AÑOS**, hasta la fecha de la presente declaración, cuya unión ha sido de forma permanente y sin interrupción alguna, compartiendo techo, lecho y mesa, de nuestra unión procreamos dos hijas **NICOL ANDREA CUBILLOS ZUÑIGA** (…) y **KIARA VALENTINA CUBILLOS ZUÑIGA** (…). Yo **JAMES CUBILLOS PEDRAZA**, soy quien responde por el hogar, suministrando la vivienda, alimentación, medicinas y demás gastos."*

La Sala le valora la citada declaración como un documento declarativo emanado de terceros, con arreglo a lo previsto en el artículo 262 del Código General del Proceso; valga decir que apoderado judicial de Martha Nelly Borrero dijo que tachaba de falsa la declaración en la audiencia de alegatos de conclusión que presentó en el juzgado, lo cual desconoce el término en que se interpone y el procedimiento propio de la tacha que regula el art. 269 del C.G.P..

La declaración de la pareja guarda coherencia con lo expuesto por las testigos **OFIR RIASCOS HURTADO** y **SOLANDY VARELA RAMÍREZ.**

OFIR RIASCOS HURTADO expresó que la pareja inició la convivencia cuando ERIKA ZUÑIGA estaba embarazada de NICOL ANDREA, más o menos en el 2007 y 2008 y convivieron hasta que él falleció el 13 de septiembre de 2015; que según el registro civil de nacimiento de NICOL ANDREA el nacimiento fue el 2 de octubre de 2006; así que teniendo en cuenta las respuestas de la testigo en su ejercicio de memoria del año en que inició la convivencia y la relación que hizo con el embarazo de Erika, la sala colige que la convivencia inició al menos en el año 2006. La testigo explica que NICOLE ANDREA no era hija de JAMES CUBILLOS, pero él reconoció como tal.

Por su parte, **SOLANDY VARELA RAMÍREZ** indica que entre los años 2005 y 2006 vio que JAMES CUBILLOS PEDRAZA y ERIKA ZÚÑIGA iniciaron a convivir, cuando ERIKA ZUÑIGA estaba embarazada de NICOLE ANDREA quien fue reconocida por JAMES CUBILLOS como hija, lo cual es coherente con la respuesta de la anterior testigo.

La Sala no encuentra incongruencias en las respuestas dadas por las testigos respecto a la fecha en que inició la convivencia, ambas son coincidentes en afirmar que inició en el año 2006, pues ellas en ejercicio de la memoria señalan un año aproximado en que se dio y lo concretan

con el hecho del embarazo de ERIKA ZUÑIGA que se puede constatar en el registro civil de nacimiento de su hija, por lo que no le asiste razón a la juez, ni al apoderado judicial de MARTHA NELLY BORRERO en sus alegaciones, al calificar a las testigos de incongruentes. Más cuando la testigo OFIR RIASCOS HURTADO insistió que no le era fácil recordar las fechas, tal y como se escucha a minuto 33 con 38 segundos de la audiencia de trámite, CD fl. 631.

En cuanto a las circunstancias en que se dio la convivencia se evidencia que la misma formó una "*comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico"* tal y como lo ha caracterizado la Corte Suprema de Justicia. Esto se demuestra con la misma declaración del causante que fue citada párrafos anteriores en la que expresó que era quien respondía "*por el hogar, suministrando la vivienda, alimentación, medicinas y demás gastos";* con el acto mismo de asumir la paternidad de la hija mayor de la demandante, NICOLE ANDREA, como se observa a folio 43 en el registro civil de nacimiento.

La Sala no comparte las consideraciones de la juez cuando indica que no quedó demostrado que ERIKA ZUÑIGA hubiera sido solidaria con el causante en su enfermedad; pues pasó de largo en la valoración de los documentos expedidos en el último año de vida del causante -2015- por parte de las entidades de salud que lo atendían en la casa ubicada en la carrera 28 No. 32-83 barrio La Fortaleza **I)** a folios 46 y 47 se encuentra la "*Aceptación y autorización de ingreso al programa de atención domiciliaria Hospital en Casa*" a favor de JAMES CUBILLOS con fecha 23 de junio de 2015, en la que ERIKA ZUÑIGA firma como acudiente; **II)** a folio 51 se encuentra el "*consentimiento informado*" de procedimiento médicos a favor de JAMES CUBILLOS con fecha del 24 de junio de 2015 en el que afirma como acudiente ERIKA ZUÑIGA; **III)** a folio 52 se observa "*asistencia historia clínica de dosis hospital en casa*" a favor de JAMES CUBILLOS de

fechas 24 de junio de 2015 y 25 de junio de 2015, en el que firma como acudiente ERIKA ZUÑIGA; **IV)** a folio 62 está la "Historia clínica" de SSI medicina prepagada de JAMES CUBILLOS de fecha 3 de septiembre de 2015 en el que en una cita prioritaria firma como familiar responsable ERIKA ZUÑIGA, la sala subraya la fecha, porque diez días después el causante falleció, lo que demuestra que hasta el final, ERIKA ZUÑIGA mostró solidaridad y acompañamiento con el causante en el tratamiento de su mortal enfermedad, sin importar a la hora de la muerte quién fue la que llevó al causante a la clínica, pues de la historia clínica no se puede desprender fehacientemente que lo hizo MARTHA NELLY BORRERO, pues allí se indica que lo hizo la esposa, sin referir el nombre, lo que también podría hacer referencia a la ERIKA ZUÑIGA. En todo caso, esa ambigüedad no desconoce las demás pruebas que dan cuenta de la solidaridad y apoyo que sí brindó ERIKA ZUÑIGA a su compañero en la enfermedad que padeció.

De estos documentos se evidencia que la dirección de la casa donde JAMES CUBILLOS PEDRAZA era atendido por los prestadores de salud, corresponde a la carrera 28 No. 32-83, misma que indicaron los testigos que fue la última residencia de la pareja y la que se relacionó en la demanda, y corresponde a la dirección de la casa por la que el causante suscribió contrato de arrendamiento, tal y como se observa a folio 78 del expediente. Esa dirección también se relaciona la constancia de atención de enfermería por dosis suministradas a JAMES CUBILLOS PEDRAZA del 24 de junio de 2015 visible a folio 49, y en la historia clínica de la medicina prepagada SSI con fechas abril de 2015 y 11 julio de 2015, fls. 53 y 63.

El apoderado expresa que hay incongruencia con las direcciones que se relacionan en el proceso como lugar de residencia de la pareja, pues se reporta como ya se mencionó la dirección carrera 28 No. 32-83, mientras que en la declaración extrajuicio que rindió la pareja y la solicitud de la pensión que presentó ERIKA ZUÑIGA se relaciona la carrera 27 NO. 32-

37, la Sala no comparte esa observación, pues como dijeron las testigos y se dijo en la demanda, la pareja tuvo varios lugares de residencia entre las que refirieron esas dos nomenclaturas.

Ahora, el apoderado de MARTHA NELLY BORRERO MIRANDA en los alegatos indica que su representada es la única que estuvo al cuidado de JAMES CUBILLOS, que el padre y hermana del causante señalaron que ella convivió con su familiar desde que contrajeron matrimonio hasta el día del fallecimiento; que el causante en octubre de 2014 escribió que convivía con su cónyuge y que en caso de fallecer, ella era la beneficiaria de la pensión, fl. 469, y que en julio de 2015, JAMES CUBILLOS por sí sólo y en compañía de MARTHA NELLY BORRERO expresaron la existencia de la convivencia y la dependencia económica que ella tenía respecto de él. Con estas pruebas y argumentos expuestos no se desconoce que ERIKA ZUÑIGA acredita, al igual que la cónyuge del causante, los requisitos para ser beneficiaria de la prestación, además, se resalta que el causante realizaba de manera simultánea declaraciones para decir que convivía con su cónyuge y, por otro lado, lo realizaba también respecto a ERIKA ZUÑIGA, lo que permite confirmar que ambas tienen derecho en proporción al tiempo de convivencia.

La juez le da valor probatorio a un pantallazo tomado a una imagen de perfil que dice publicó ERIKA ZUÑIGA en una red social el día de la muerte del causante, fl. 554, con la que desvirtúo la solidaridad y apoyo emocional y espiritual de ERIKA ZUÑIGA respecto al causante. La Sala considera que esa imagen representativa no tiene ningún valor para probar los sentimientos y hechos que le atribuyó la juez, pues se desconoce las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fue tomada la fotografía que se capturó en el pantallazo.

Tampoco tienen ningún valor probatorio para desvirtuar la calidad de beneficiaria de ERIKA ZUÑIGA los pantallazos a imágenes publicadas en

redes sociales, fls. 569 a 576, con la que se aduce que la demandante convivía con otra persona, pues estas imágenes por sí solas no pueden demostrar los hechos que se le atribuyen porque se desconocen las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fue tomada la fotografía que se capturó en el pantallazo. Tanto que ni siquiera tiene el año en que fue capturada la imagen.

Respecto al valor probatorio de las fotografías la sentencia T 930 A /13 indica:

> *"El valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición, lo que, como se indicó, obliga al juzgador a valerse de otros medios probatorios y a apreciar razonadamente el conjunto.".*

En este orden de ideas, la Sala modifica la sentencia para reconocer a ERIKA ZUÑIGA la calidad de beneficiaria, y asignar a MARTHA NELLY BORRERO el 39,14% por estar demostrado y fuera de discusión que convivió durante 35 años y tres meses con el causante, y en el 10,89% a favor de ERIKA ZUÑIGA por haber convivido 9 años y ocho meses con el causante. Porcentajes que aumentarán en la medida que a las beneficiarias les desaparezcan el derecho. ERIKA ZÚÑIGA tiene derecho a la pensión a partir del 13 de septiembre de 2015 de forma vitalicia por haber procreado hijos con el causante en el número de 14 mesadas al año.

No hay mesadas prescritas comoquiera que ERIKA ZUÑIGA solicitó la pensión ante el Municipio de Cali el 15 de septiembre de 2015, fl. 10, la cual le fue resuelta de forma negativa el 27 de septiembre de 2016, fl.28, y presentó la demanda el 19 de septiembre de 2017, fl. 90, sin que alcanzara a transcurrir 3 años entre la fecha en que se negó la prestación y la presentación de la demanda.

El retroactivo pensional se calculará teniendo en cuenta que la mesada pensional que devengaba el causante en el año 2015 correspondía a la suma de $3´823.504, conforme se observa en el desprendible de pago que obra a folio 498 del expediente. La Sala no realiza la liquidación por cuanto no hay prueba de los términos en que se incrementa anualmente la pensión de jubilación convencional, lo que no obsta para que se realice los cálculos por parte del demandado, pues, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala Labora, más recientemente en la sentencia SL 5000-2020, "*la decisión mediante la cual se determinan las pautas para la liquidación de la pensión se entiende como condena en concreto, aunque no se realice la operación aritmética lo importante es delimitación clara de sus parámetros"*. El retroactivo que resulte a favor de la demandante se indexará mes a mes con el IPC vigente a la fecha en que se haga efectivo el pago.

Se autoriza que del retroactivo liquidado a favor de ERIKA ZUÑIGA se descuente el porcentaje de salud.

Con fundamento a lo expuesto se modifican los numerales primero y segundo de la sentencia. Costas en esta instancia a cargo de MARTHA NELLY BORRERO, y a favor de ERIKA ZUÑIGA. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a medio un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE**

PRIMERO: MODIFICAR los numerales, primero y segundo de la sentencia No. 131, y el Auto 1854 que corrigió esa sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, los cuales quedarán así:

PRIMERO: DECLARAR que ERIKA ZUÑIGA y MARTHA NELLY BORRERO son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes de forma vitalicia, por la muerte de JAMES CEBALLOS PEDRAZA a partir del 13 de septiembre de 2015 en los términos de la pensión de jubilación reconocida en la Resolución 4122.1.21.1220 de 2010, fls.4-9. ERIKA ZUÑIGA tiene derecho al 10,86% de la prestación y MARTHA NELLY BORRERO al 39,14%. Los porcentajes acrecerán en la medida que cada beneficiaria deje de acreditar el derecho pensional, ora por la muerte o porque NICOLE ANDREA y KIARA VALENTINA CUBILLOS ZUÑIGA cumplan 18 años de edad o 25 años si acreditan su condición de discapacidad por estar estudiando.

SEGUNDO: CONDENAR al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI a pagar a ERIKA ZUÑIGA y a MARTHA NELLY BORRERO la pensión de sobrevivientes en los porcentajes indicados a partir del 13 de septiembre de 2015 en el número de 13 mesadas al año, teniendo en cuenta que la mesada pensional que devengaba el causante en septiembre de 2015 correspondía a la suma de $3´823.504, suma que se pagará mes a mes de forma indexada a favor de ERIKA ZÚÑIGA y en los términos de pensión de jubilación convencional reconocida en la Resolución 4122.1.21.1220 de 2010. Se autoriza descontar los aportes de salud.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de MARTHA NELLY BORRERO, y a favor de ERIKA ZUÑIGA. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a medio un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.

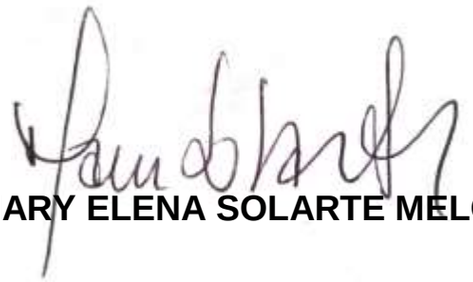
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web

https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

Intervinieron los Magistrados,

GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO

ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

GERMAN VARELA COLLAZOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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

Código de verificación:

2a7ee3d4c3f3852077b75730bba2957fedabd1a619523043ae50a275d12e2064

Documento generado en 29/01/2021 08:45:39 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica