



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 041

Audiencia número: 576

En Santiago de Cali, a los trece (13) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y de conformidad con el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, modificadorio del artículo 82 del CPL y SS nos constituimos en audiencia pública con el fin de resolver el recurso de apelación formulado contra la sentencia número 137 del 23 de septiembre de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por DENYR QUINTERO BENITEZ, integrada en litis: MARTHA LUCIA GOMEZ DE HERNANDEZ contra ECOPETROL S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la llamada en litis, señora Marta Lucia Gómez de Hernández, presenta alegatos de conclusión ante esta instancia, afirmando que de conformidad con las Leyes 33 de 1973, 71 de 1988, Decretos 690 de 1974, 1160 de 1980, normas vigentes para la fecha del fallecimiento del señor Hernández Álvarez, sólo tiene como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge supérstite; así lo reconoció la entidad demandada, donde se otorgó el derecho a la demandante pero en representación de su hijo menor. Que después de 20 años, viene a solicitar la cuota correspondiente, cuando ella ha estado casada con el señor Oswaldo Tello Moreno y no demostró la convivencia con el señor



Jesús María Hernández. Exponiendo además que existen contradicciones en los testimonios de las personas citadas por la actora.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA N. 0534

Pretende la demandante que se declare que ostenta la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente que lo fue del señor Jesús María Hernández Álvarez, reclamando ese derecho a partir del 23 de abril de 1993 e intereses moratorios.

En sustento de esas peticiones, anuncia que el señor Jesús María Hernández Álvarez falleció el 23 de abril de 1993, quien gozaba de la pensión de jubilación reconocida a partir del 20 de noviembre de 1992, concedida por ECOPETROL S.A.

Que Jesús María Hernández Álvarez estaba casado con la señora Martha Lucia Gómez de Hernández, de cuya unión procrearon dos hijos, pero que esa relación se encuentra disuelta y separados de hecho, dado que la señora Gómez residía en Cali y el causante en Dagua.

Que el señor Jesús María Hernández Álvarez convivió en unión marital de hecho con la señora Denyr Quintero Benítez, quienes fijaron su domicilio conyugal en el municipio de Dagua, de cuya unión procrearon un hijo, convivencia que fue por espacio superior a 5 años y estuvo vigente hasta el 23 de abril de 1993, data en que se produjo la muerte violenta del señor Hernández Álvarez.

Que la actora solicitó a ECOPETROL en representación de su menor hijo: EDWIN DE JESUS HERNANDEZ QUINTERO, el reconocimiento de la sustitución pensional, la que le fue concedida mediante comunicación N. DPE 9-20230-0008 del 04 de enero de 1994. Pero omitió hacer tal solicitud a favor de ella como compañera permanente.



Que la demandante el 07 de julio de 2010 solicitó a la entidad demandada la sustitución pensional a su favor, pero ésta le fue negada, porque al momento de iniciar el trámite de esa prestación no radicó documentos de ella como beneficiaria.

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El presente proceso fue insaturado contra Ecopetrol S.A. y contra la Nación, Ministerio de Minas y Energía, cuya demanda fue presentada ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, cuyo conocimiento inicial lo tuvo el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Cali, luego pasó al Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Cali y al notificársele la demanda a ECOPETROL, entidad que a través de mandataria judicial solicita la declaratoria de la nulidad por falta de jurisdicción. Despacho judicial quien mediante auto 419 del 27 de septiembre de 2013 niega la solicitud de nulidad (fl. 136 del expediente escaneado) Decisión contra la cual se interpuso el recurso de reposición y mediante auto 044 del 10 de febrero de 2014, repone, declara la nulidad de todo lo actuado, remitiendo el proceso a los Juzgados Laborales de Cali. Correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

Una vez el proceso llega a la jurisdicción laboral, el despacho judicial ordena la notificación de la demanda a fin de que fuera adecuada a los requisitos del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social y al dar cumplimiento a lo ordenado el apoderado de la demandante dirige la acción sólo contra ECOPETROL S.A. (fl. 155 del expediente escaneado) y fue admitida la acción “contra la demandada” (fl. 161 del expediente escaneado). Pese a ello, el juzgado en las audiencias que practicó permitió la participación de la apoderada del Ministerio de Minas y Energía que si se había hecho parte en el proceso cuando cursó ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ya no era parte en la acción laboral.

Al corrérsele traslado a la única entidad demandada, ECOPETROL S.A, a través de mandatario judicial da respuesta a la acción, expone que la solicitud que elevara la actora para el reconocimiento del derecho pensional, le fue negado, porque la sustitución pensional se hizo a favor de las reclamantes: Marta Lucia Gómez de Hernández en calidad de cónyuge supérstite, quien actuó en nombre propio y en representación de Guiomar



Lucia y Giovanni Alex Hernández Gómez, hijos del extinto jubilado y también se presentó la señora Denyr Quintero Benítez pero como madre y representante del menor EDWIN DE JESUS HERNANDEZ QUINTERO, hijo del pensionado fallecido. Que se hizo la publicación del fallecimiento en el diario El Nuevo Siglo y transcurrido el término fijado, no se presentaron personas diferentes a reclamar y por ello llevó al reconocimiento de la sustitución pensional a favor de los antes citados.

Bajo esos argumentos se opone a las pretensiones, pero afirma que, de considerarse a la actora beneficiaria de la sustitución pensional, la entidad demandada procederá a efectuar los pagos correspondientes, pero sobre las mesadas que se encuentren vigentes y las que en el futuro se causen. Formula las excepciones de mérito que denominó: falta de causa, buena fe, pago y prescripción.

Compareció al proceso la señora MARTA LUCIA GOMEZ DE HERNANDEZ, quien a través de apoderado judicial solicitó la nulidad de lo actuado, por no haber sido vinculada dentro de la acción laboral y si cuando el proceso cursaba en la jurisdicción contenciosa administrativa. Solicitud negada por el despacho de conocimiento y en su lugar ordenó la vinculación de la señora Gómez de Hernández (fl. 256). Quien, a través de apoderado judicial, expone que contrajo matrimonio con el señor Jesús María Hernández Álvarez el 18 de junio de 1971, de cuyo vínculo nacieron: Giomar Lucia y Giovanni Alex Hernández Gómez. Que su esposo fallece en Dagua el 23 de abril de 1973, pero el último domicilio de él fue la ciudad de Cali, donde tenía fijado su hogar con la esposa e hijos. Que el deceso se da en el municipio de Dagua, porque allí laboraba para Ecopetrol. Que solicitó a su favor y de su hijo menor: Giovanni Alex Hernández Gómez, el reconocimiento de la pensión sustitutiva, la que en efecto se le concede por parte de la demandada, e igual derecho se reconoció a favor del menor EDWIN DE JESUS HERNANDEZ QUINTERO hijo de la señora Denny Quintero Benítez. Que después de veintiún años la señora Quintero Benítez promueve acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pretendiendo la nulidad y restablecimiento del derecho, aduciendo la calidad de compañera permanente de Jesús María Hernández Álvarez. Oponiéndose a las pretensiones.

El presente proceso había sido asignado a esta Sala el 10 de octubre de 2016 y mediante providencia del 30 de octubre de 2017 se ordenó la devolución del proceso al juzgado de



origen, por cuanto los audios de la audiencia de trámite y juzgamiento iniciada el 10 de septiembre de 2015 y continuada el 23 de septiembre de 2016 no estaban grabadas las declaraciones de Lucelly Olaya Morales y Jaime Cifuentes. Llevando al juzgado a hacer la reconstrucción en audiencia 28 de noviembre de 2019, en la que sólo se recibió la declaración de la señora Lucelly Olaya Morales. Nuevamente es remitido el expediente a la segunda instancia, que según acta de reparto del 03 de agosto del 2022.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió, con sentencia mediante la cual la operadora judicial decide que la señora Denyr Quintero, es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente que lo fue del señor Jesús María Hernández. Ordena a ECOPETROL a efectuar la compartibilidad del 25% de la prestación de sobrevivientes que en la actualidad disfruta Marta Lucia Gómez de Hernández, generada por el fallecimiento del pensionado Jesús María Hernández a favor de la señora DENYR QUINTERO BENITEZ a partir del 28 de febrero de 2011, ordenando igualmente a compensar las mesadas dejadas de percibir a partir del 28 de febrero de 2011, indicándose que una vez se extinga el derecho de los hijos del causante, dicho porcentaje acrecerá la pensión a favor de las señoras DENYR QUINTERO BENITEZ y MARTA LUCIA GOMEZ.

Para arribar a esa conclusión la A quo parte de la data del fallecimiento del señor JESUS MARIA HERNANDEZ ALVAREZ, hecho ocurrido el 23 de abril de 1993, por lo tanto, analiza los presupuestos que establecía el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, encontrando que el artículo 27 tiene como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge y a falta de ésta a la compañera permanente, pero se debe acreditar que se estuvo haciendo vida marital con el causante dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento y que cuando concurren varias mujeres, tendrán derecho proporcional las que tuvieron hijos con el asegurado fallecido.

Que, de acuerdo con el material probatorio, determina que el causante JESUS MARIA HERNANDEZ ALVAREZ tuvo dos hogares, uno conformado con su esposa Marta Lucía



Gómez, el que inició desde el día del matrimonio y hasta el deceso del señor Hernández Álvarez, y el otro hogar lo conformó con Denyr Quintero al menos desde el año de 1989 y hasta la muerte de su compañero permanente. Que en ambas relaciones sentimentales procreó hijos.

Que si bien la norma vigente para la fecha del deceso del señor Jesús María Hernández Álvarez, no consagraba de manera expresa la posibilidad de compartir la pensión entre esposa y compañera, también lo es que no lo prohibida, razón por la cual declara a las dos reclamantes beneficiarias de la sustitución pensional en un 50%. Considerando que a la señora Denyr Quintero se le concede a partir del 28 de febrero de 2011, fecha en que se interrumpe el fenómeno prescriptivo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, los apoderados de las partes formularon el recurso de alzada, bajo los siguientes argumentos:

El mandatario judicial de señora Marta Lucia Gómez de Hernández, argumenta que vale la pena acotar que en los hechos fácticos de la demanda se situó como lugar de convivencia de la señora Quintero y el señor Hernández, la municipalidad de Dagua, ello contrasta de manera negativa con la prueba testimonial recaudada por la parte demandante, cuando éstos, en la presunta convivencia, relacionan a la ciudad de Cali como inició de esa relación, lo cual dice constarle, en especial a la señora Fabiola Salazar, pero en la convivencia en el municipio de Dagua ya fueron de oídas, por eso con esa declaración no se determinar la convivencia. Que, además, la señora Fabiola Salazar dice que hay una relación amistosa cuando alude que lo asistía en su alimentación, surge por ello gran duda, porque si vivía con el señor Hernández porque tenía que asistirlo en la alimentación. Además, el señor Hernández por razón de su trabajo no estuvo sino un año en esa municipalidad de Dagua. De otro lado, los declarantes citados por la llamada en litis, dan cuenta de la continuidad del hogar del señor Hernández, sobre todo los fines de semana porque en semana tenía el señor Jesús María su domicilio en Dagua. Además, la señora



María Lucia Gómez, siempre recibió los beneficios de Ecopetrol. Que la demandante no demostró que se hubiese desligado con quien estuvo casada, señor Oswaldo Tello, por lo tanto, no se demostró la convivencia a que se refiere la parte demandante en los hechos de la demanda.

La apoderada de ECOPETROL S.A. también formula el recurso de alzada, porque no se demostró por la parte demandante la convivencia hasta la fecha del deceso del señor Hernández. Considerando que, con la prueba testimonial de las personas citadas por la parte actora, no se logra establecer esa convivencia de manera directa. Además, que la demandante está casada y las declaraciones que presentó en el año 2010, presentan inconsistencias, no concuerda la fecha del deceso. Censura que la orden sea dada desde el mes de febrero de 2011, cuando ella no solicitó la pensión a su tiempo, sólo lo hizo a favor de quienes reclamaron oportunamente y acreditaron el cumplimiento de los requisitos, por ello, considera que no se deben dar pagos retroactivos, porque las mesadas se dieron de buena fe y si se mantiene esa decisión, esos pagos deben remitirse a la otra beneficiaria y no a la entidad demandada, y por ello no se puede realizar un doble pago.

El apoderado de la actora, al formular el recurso de alzada, censurando desde la data en que se ordena el pago, porque el 07 de junio de 2010, la demandante radicó ante la demandada la solicitud de la sustitución pensional, por ello, se debe contabilizar los 3 años anteriores a esa data que llevaría a modificar la fecha desde la cual se debe pagar las mesadas pensionales.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a los argumentos expuestos al formularse el recurso de apelación, corresponderá a la Sala determinar. i) si la demandante acreditó la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y de ser así, ii) se definirá desde cuándo se debe reconocer el retroactivo pensional y a cargo de quién está ese pago.



Encuentra la Sala que no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos:

1. El estatus de jubilado que tenía JESUS MARIA HERNANDEZ ALVAREZ, desde el 20 de noviembre de 1992, como lo refiere el memorando del 01 de febrero de 1993, cuya primera mesada fue fijada en \$315.467, al haber cumplido con los requisitos del Código Sustantivo del Trabajo y la Convención Colectiva. (fl. 218 del expediente escaneado).
2. El matrimonio contraído entre Jesús María Hernández Álvarez y la señora Martha Lucía Gómez, hecho que tuvo lugar el 18 de junio de 1971 (fl. 262 del expediente escaneado)
3. El fallecimiento del señor JESUS MARIA HERNANDEZ ALVAREZ, acaecido el 23 de abril de 1993 (fl. 13 del expediente escaneado)
4. La calidad de hijo del causante, EDWIN DE JESUS HERNANDEZ QUINTERO, nacido el 19 de febrero de 1992 (fl. 14 del expediente escaneado)
5. La calidad de hijo del causante, GIOVANNY ALEX HERNANDEZ GOMEZ, nacido el 24 de marzo de 1980 (fl. 263 del expediente escaneado)
6. Memorando del 04 de enero de 1994 dirigido al Departamento de Relaciones Industriales de ECOPETROL S.A. por parte del Departamento de Pensionados, solicitando pagar la prestación de jubilación a Marta Lucia Gómez de Hernández a partir del 23 de abril de 1993 y en forma vitalicia, al menor: Giovanni Alex, representado por su señora madre Martha Lucía de Hernández, desde el 23 e abril de 1993 al 24 de marzo de 1998 y a Edwin de Jesús Hernández representado por su señora madre, Dennyr Quintero Benítez desde el 23 de abril de 1993 al 19 de febrero de 2010.

Para dar solución a la controversia planteada, se hace necesario partir de la fecha del deceso del señor Jesús María Hernández Álvarez, para determinar la norma bajo la cual se analiza la calidad de beneficiaria que reclama la parte actora. Para ello partimos del acta de defunción que no indica que el hecho tuvo lugar el 23 de abril de 1993. De otro lado, si bien, la prestación que se le concedió al señor Jesús María Hernández Álvarez, fue de jubilación de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y la Convención Colectiva,



en materia de pensión de sobrevivientes o sustitución pensional nos remitimos a las normas de seguridad social y para el año de 1993.

En primer lugar, la A quo, para definir la controversia, tuvo en cuenta el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que en su artículo 29 disponía:

“Compañero Permanente. Para que el compañero o compañera permanente tengan derecho a la pensión de sobrevivientes, se requerirá que sea soltero o que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes, y que haya hecho vida marital con el causante durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, o con los que haya tenido hijos; si en varias concurren estas circunstancias sólo tendrán derecho proporcional las que tuvieron hijos con el asegurado.”

Mediante sentencia del 24 de mayo de 1994, la Sección Segunda. del Consejo de Estado declaró nula la frase "que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes" del artículo 29 del Acuerdo No. 49 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

De acuerdo con los alegatos de conclusión que formula el apoderado de la llamada en litis, la Sala hace el análisis de las disposiciones citadas.

- a) Ley 33 de 1973. *“ARTÍCULO 1°.- Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia”.*

Al tenor de la norma citada, no era procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional para la compañera.

La Corte Constitucional en sentencia T- 028 de 2010, expuso al respecto:



“La inaplicación del artículo 1 de la ley 33 de 1973 era perentoria ya que, restringir el derecho a la sustitución pensional a las cónyuges con exclusión de las compañeras permanentes, es manifiestamente contrario al derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución y al artículo 42 que otorga igual reconocimiento a las distintas formas de familia sean formadas por vínculos jurídicos – matrimonio- o naturales –uniones maritales de hecho-.

Esta contradicción manifiesta ha sido puesta de presente por la jurisprudencia constitucional en varias oportunidades en casos similares al presente en los cuales se negaba el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a compañeras permanentes debido a que las regulaciones vigentes en la época de la muerte de sus compañeros se limitaban a otorgar este derecho a la cónyuge.

Así en la sentencia T-286 de 2000 se indicó que *“(...) la Constitución de 1991 eliminó de manera tajante y definitiva toda forma de diferenciación entre el matrimonio y la unión permanente como fuentes u orígenes de la familia. Tanto el contrato solemne como la voluntad responsable de un hombre y una mujer, sin formalidad alguna, producen el efecto jurídico de formación del núcleo familiar. En consecuencia, todo aquello que en la normatividad se predique del matrimonio es aplicable a la unión de hecho. Con mayor razón lo relacionado con derechos, beneficios o prerrogativas, tanto de quienes integran una u otra modalidad de vínculo familiar como de los hijos habidos en el curso de la relación correspondiente. Por eso, se muestra como contrario a los preceptos constitucionales toda norma o acto, judicial o administrativo, que pretenda introducir distinciones entre el matrimonio y la unión libre, con el ánimo de reservar para la primera de esas formas de convivencia determinadas preferencias o ventajas, o para la segunda ciertas restricciones u obstáculos en cualquier campo (...) Para la Corte, desde el punto de vista constitucional, resulta injustificada la exclusión de la compañera permanente de los beneficios y derechos reconocidos expresamente a la cónyuge supérstite, cuando la propia Carta pone a ambas en un mismo plano de igualdad, sin importar el tipo de vínculo que da origen a la familia”*. El mismo razonamiento se usó en la sentencia T-932 de 2008 en la cual se agregó que *“a la luz de la Constitución Política de 1991, las normas que establezcan un trato discriminatorio injustificado entre cónyuges y compañeras permanentes, deben ser objeto de una interpretación extensiva, en el sentido de ampliar el ámbito de aplicación de los beneficios establecidos en las disposiciones, previstos en principio exclusivamente para cónyuges, a los compañeros permanentes”*.

Similares consideraciones se hicieron recientemente en la sentencia T-098 de 2010 en un caso muy similar al presente en el que también se negaba el derecho a la pensión a una compañera permanente con fundamento en la misma ley 33 de 1973. Expresó la Sala que *“la demandada pretende que aún después de la Constitución de 1991 se continúe aplicando una disposición que discriminaba, por razones morales, a las mujeres que libremente habían decidido formar una familia sin casarse. Esta postura pone en evidencia que la decisión de cancelar el pago de la pensión de sustitución supuso una trasgresión al derecho a la igualdad, ya que excluye a una persona de la sustitución pensional que se encuentra bajo el mismo supuesto de una cónyuge – por haber hecho vida marital con determinado hombre –, y sólo por el hecho de no haberse casado. 3.6 Dicha legislación, hoy derogada, bajo ningún concepto podría producir los efectos ultractivos que la aseguradora pretende, como quiera que a la luz del orden constitucional vigente, con independencia de su origen, la familia se protege como institución básica de la sociedad”*.



- b) Ley 71 de 1988. *“ARTICULO 3o. Extiéndese las provisiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen...:*

Con el transcurso el tiempo y ante la realidad de la conformación de la familia, que no sólo se genera por el hecho del matrimonio, (T- 504 de 2000) el legislador, considera como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional a la compañera permanente.

Corte Constitucional en Sentencia C-283 de 2011, respecto de la diferencia que existe entre las uniones maritales de hecho y el matrimonio señaló:

“El que no sean vínculos iguales no impide que se puedan asimilar los derechos, garantías y cargas que el legislador le ha reconocido a los miembros de una u otra unión, en especial, en el campo patrimonial, pues los dos vínculos están basados en la decisión libre de las personas de convivir con una vocación de permanencia, apoyo, ayuda mutua, entre otros”.

C) Decreto 1160 de 1989, que reglamento parcialmente la Ley 71 de 1988,

“Artículo 6°.- Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndense las provisiones sobre sustitución pensional:

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge:

- a) Por muerte real o presunta;*
 - b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;*
 - c) Por divorcio del matrimonio civil.*
- 2. A los hijos menores de 18 años....”*



De acuerdo con el decreto reglamentario de la Ley 71 de 1988, no existía la posibilidad de compartir la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional entre la cónyuge y la compañera, primando para esa normatividad la esposa y a falta de esta era procedente tener a la compañera permanente como beneficiaria.

Resulta relevante una providencia del Consejo de Estado, al pronunciarse sobre la distribución de la pensión entre la cónyuge supérstite y la compañera permanente. En esa oportunidad la Sección Segunda del Máximo Tribunal Contencioso Administrativo estudió un caso en el cual el fallecimiento del pensionado ocurrió en febrero de 1996, con lo cual no resultaban aplicables las reglas fijadas en la ley 797 de 2003. En ese contexto se advertía:

“De acuerdo con la normativa en precedencia la legitimación para sustituir la asignación de retiro radica en el cónyuge supérstite, como lo definió el Tribunal de Primera Instancia. No obstante, la aplicación e interpretación de dicha normatividad debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales.”

(...)

“Lo fundamental para determinar quién tiene el derecho a la sustitución pensional cuando surge conflicto entre la cónyuge y la compañera es establecer cuál de las dos personas compartió la vida con el difunto durante los últimos años, para lo cual no tiene relevancia el tipo de vínculo constitutivo de la familia afectada por la muerte del afiliado. En el caso concreto, al valorar el material probatorio allegado a instancia de las partes, encuentra la Sala acreditados supuestos de hecho que legitiman el derecho tanto de la cónyuge como de la compañera del causante.”

Y finalmente concluyó:

“Por estas razones, bajo un criterio de justicia y equidad y en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo el 50% restante de la prestación que devengaba el extinto agente Jaime Aparicio Ocampo, distribuido en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente, con quienes convivió varios años antes de su muerte, procreó hijos y a quienes prodigaba ayuda económica compartiendo lo que recibía a título de asignación mensual de retiro.”

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su artículo 279 se exceptuó a Ecopetrol de la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral, hasta que



con la reforma introducida con el artículo 3 de la Ley 797 de 2003 se dispuso la vinculación obligatoria de los trabajadores que ingresaran a dicha empresa a partir del 29 de enero de 2003. Pese a que se mantuvieron algunos beneficios pensionales especiales, el régimen exceptuado del que gozaban los empleados de Ecopetrol tuvo vigencia hasta el 31 de julio de 2010 por mandato expreso del Acto Legislativo 1 de 2005, que reformó el artículo 48 de la Constitución al indicar que *“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo”*.

La Corte Constitucional se pronunció en la sentencia de unificación SU-337 de 2017 sobre un caso similar al que nos ocupa, cuya accionada era Ecopetrol, promovido por una ciudadana a la que se le negó el derecho a la sustitución pensional, en calidad de cónyuge superviviente, en el 50% de la pensión de jubilación que venía disfrutando su difunto esposo, por cuanto solo la compañera permanente había convivido con el causante durante los dos años anteriores a su muerte. En dicha oportunidad, la Sala Plena tuteló los derechos fundamentales, a la seguridad social, al debido proceso y al mínimo vital de la esposa reclamante y proscribió los tratos irrazonables en el reconocimiento de la sustitución pensional al concluir que *“en materia de sustitución pensional, y por virtud del artículo 13 de la Constitución, están proscritos los tratos diferenciados cuando resultan irrazonables. Igualmente, se advierte que la valoración de la normatividad sobre el instituto jurídico en consideración, no debe perder de vista la protección de la familia, sin que ello pueda significar el privilegio de un determinado tipo de familia”*. Haciendo las siguientes precisiones:

“El derecho a sustituir a la persona pensionada o con derecho a la pensión obedece a la (...) finalidad de impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja el otro no se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales. El vínculo constitutivo de la familia - matrimonio o unión de hecho - es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho.

(...) El factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge superviviente y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes (...) (negritas fuera de texto).



“La sustitución pensional encuentra como asidero normativo lo dispuesto en los artículos 42 y 48 Superiores. En cuanto al artículo 48 cabe decir que es el fundamento constitucional del derecho a la seguridad social, el cual, a la vez que derecho, se configura también como servicio público de carácter obligatorio.”

En la sentencia de Unificación citada, la Guardiania de la Constitución, ha expuesto: “En la producción legislativa que regula la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes han tenido lugar diversas disposiciones legales que han sido cuestionadas en sede de constitucionalidad por vulnerar el principio de igualdad contenido en artículo 13 de la Carta, oportunidades en las que la Corte ha proferido las providencias C- 002 de 1999, C-1176 de 2001 y C- 1035 de 2008”

A consideración de la Sala, las normas que regían para la data del fallecimiento del señor Jesús María Hernández Álvarez, 23 de abril de 1993, citadas por el apoderado de la llamada en litis, resultan inaplicables, por violación a los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, reiterando que esas disposiciones, que tenía la prelación la cónyuge. Normas que resultan discriminatorias, injustas y violatoria del derecho a la igualdad. Razón por la cual, la Sala analizará el caso en estudio bajo la normatividad que lo hizo la juez de primera instancia y precedentes jurisprudenciales citados.

El fundamento legal para dar inaplicación a una norma por considerarla inconstitucional, parte del artículo 4 de la Carta Magna que dispone:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

Además, la Corte Constitucional ha avalado la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad aplicada por el operador jurídico, tal como se puede leer en sentencias T 701 de 2005, T 298 de 2004, T 065 de 1995, entre otras, cuyo aparte de la primera de las providencias citadas es del siguiente tenor:



“Por tanto, la Corte debe recordar que todas las autoridades judiciales y administrativas, en presencia de una norma abiertamente contraria a la Constitución Política, están obligadas a darle prelación a esta última en cumplimiento del artículo 4º Superior.¹

(..)

*A este respecto, resulta pertinente recordar que, si bien es cierto cabe la excepción de inconstitucionalidad en todo caso de manifiesta contradicción entre las disposiciones constitucionales y las leyes u otras normas, con el fin de obtener la efectiva prevalencia de la Carta Política mediante su aplicación preferente (artículo 4º C.P.), ello tan sólo es posible cuando surge una oposición evidente, esto es, una verdadera e insoslayable **incompatibilidad** entre dos mandatos, uno de los cuales - el inferior- tiene que ceder ante el precepto constitucional.*

Dijo la Corte Constitucional sobre el tema:

"Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles.

Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí".

En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y

¹ *“Mientras que los jueces ordinarios tienen el deber de inaplicar la ley contraria a la Constitución, por tratarse de una obligación a la cual están sujetos todos los funcionarios públicos, tratándose de jueces de tutela, este deber es específico, por corresponder al ámbito funcional propio de la jurisdicción constitucional. El juez de instancia tenía la obligación de considerar la eventual violación de la Constitución en los términos expuestos por el demandante y, de encontrar incompatible el último inciso del artículo 1 de la Ley 755 de 2001 con la Constitución, tenía la carga de inaplicarla.” (Sentencia T-298 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett)*



éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-614 del 15 de diciembre de 1992).

Reiterando la Sala, que las normas citadas por el apoderado de la llamada en litis, conllevan el desconocimiento de normas superiores como lo son el artículo 13 y 48 de la Carta Magna que hacen referencia al derecho a la igualdad y al derecho a la seguridad social.

De otro lado, es claro en decir que no cualquiera puede considerarse compañero o compañera permanente. Debe haber estabilidad y vocación de permanencia y por lo tanto descarta las relaciones, aunque duraderas en el tiempo, que sean simplemente ocasionales. Razón por la cual y ante el reproche que se hace a la sentencia de primera instancia que versa sobre la acreditación de la convivencia. Se hace el correspondiente análisis al respecto a fin de determinar si la demandante acredita esa calidad que le permita ostentarla calidad de beneficiaria de la sustitución pensional.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1399, radicación 45779 del 2018, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha realizado el siguiente pronunciamiento sobre la interpretación de la palabra "convivencia"

"Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605). Así, 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."

Como lo dispone la norma y jurisprudencia citadas, el requisito indispensable para acceder a la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional es la



convivencia, carga probatoria que está radicada en la demandante. Corresponde a la Sala verificar si se dio cabal cumplimiento a ese deber procesal.

Absolvió interrogatorio de parte la señora DENYR QUINTERO BENITEZ, quien manifiesta que se casó con el señor Oswaldo Tello, pero esa relación sólo duró 4 años, sin haber procreado hijos y esa unión se terminó en el año de 1987. Que ella era vecina de la vereda donde Ecopetrol tiene la planta y viaja a Dagua a estudiar, así es que se conoce con el señor Jesús María Hernández, quien fue su compañero permanente, aclarando que en el año de 1988 inició su relación sentimental y la convivencia empezó en el año de 1989. Que él sale de su casa el 24 de abril de 1993 a hacer un viaje y se perdió, unos campesinos lo encontraron el 10 de mayo de esa anualidad y ella va a ese sitio el 11 de mayo de 1993, cuando la Policía le informa, y ella trajo los restos, porque no estaba completo el cadáver. Se los entregó a la mamá del señor Jesús María Hernández, quien fue velado en la ciudad de Cali, lugar al que ella acudió en compañía de su familia. Que de la unión con el señor Hernández procrearon un hijo, hoy mayor de edad, que responde al nombre de Edwin de Jesús Hernández Quintero. Que para el año 1990 el señor Hernández laboraba como operario en una planta de Ecopetrol en Dagua, lugar donde ella tenía su domicilio. Que sabía de la relación que sostenía el señor Jesús María Hernández con Marta Lucia Gómez de Hernández, sin saber cuanto tiempo duró esa convivencia. Que el señor Hernández cinco meses antes de su deceso había obtenido la pensión por parte de Ecopetrol, entidad que a ella no le dio ningún auxilio porque no llevaron la correspondiente documentación.

También absolvió el interrogatorio de parte la señora MARTA LUCIA GOMEZ DE HERNANDEZ, quien expone que se casó con JESUS MARIA HERNANDEZ el 18 de junio de 1971, procrearon 3 hijos, uno de ellos ya falleció. Que su esposo empezó a trabajar para Ecopetrol recién se casaron, donde lo enviaron a varias partes a prestar el servicio, el penúltimo sitio fue Cartago donde ellos vivieron aproximadamente siete años, de ahí es cuando lo trasladan para Dagua y ellos se van a vivir a Cali porque los hijos estaban estudiando. Que el trabajaba allí y cuando le daban permiso venía a Cali, porque el trabajo era por turnos. Que ella varias veces fue a Dagua y se quedaban en una pensión. Que se enteró de la existencia de un hijo del señor Hernández cuando fue a reclamar la pensión y



tampoco tuvo conocimiento de otra relación sentimental del señor Hernández. Sobre las circunstancias del fallecimiento expone que a ella la hermana de su esposo le comenta que le habían dicho que él estaba desaparecido, que las dos se fueron para Dagua a buscarlo, pegaron carteles y después un señor de Ecopetrol les aviso que ya lo habían encontrado y a ella le tocó hacer el reconocimiento del cadáver y la empresa fue la que hizo las diligencias del sepelio.

Se recibió la declaración de la señora FABIOLA SALAZAR MORALES, quien informa que siempre ha residido en la ciudad de Cali, que fue Docente desde el mes de febrero de 1982 a 1990 en el Municipio de Dagua, pero viajaba todos los días. Que fue profesora por los últimos tres años de bachillerato de Denyr Quintero, quien se graduó en el año de 1989. Que por la amistad que las unió, sabía que ella estuvo casada con un señor de apellido Tello, pero de quien ya se había separado. Recuerda que Denyr cuando estudiaba ya era una persona adulta y todos, tanto alumnos como profesores sabían que ella convivía con el señor Jesús María Hernández, quien laboraba en la planta de Ecopetrol ubicada en Dagua, que a él en una época lo trasladaron para Yumbo y él se viene a vivir con Denyr para Cali, donde la declarante les alquiló una pieza ubicada en una casa que ella tiene en Villa Lago, donde ellos estuvieron aproximadamente un año y para esa data la señora Quintero ya se había graduado. Que a ella la señora Denyr le comentó que Jesús María Hernández estaba casado y ese mismo hecho también se lo informó éste. Que ellos luego viven en Dagua, lugar al que pocas veces fue ella, pero refiere donde estaba ubicada la residencia de esa pareja, que igualmente sabe que ellos tuvieron un hijo de nombre Edwin.

La señora MIRIAM DUQUE, expuso que conoce a MARTA LUCIA GOMEZ DE HERNANDEZ, porque son vecinas desde hace más de 25 años, que sólo hay una casa de por medio. Que la señora Marta Gómez cuando llega al barrio vino con su esposo, Jesús María Hernández, tres hijos a quienes identifica por sus nombres y luego llegó a vivir la mamá de Marta Gómez. Que por esa vecindad conoció a Jesús María Hernández, con quien a veces se encontraban en la tienda del barrio, que sabía porque él lo comentó que laboraba con Ecopetrol en Dagua, que sabe igualmente que él se pensiona y luego compra un camión. Que por cuestiones laborales del señor Hernández a éste lo veía los fines de



semana y que cuando llegaba dejaba el camión afuera y al otro día que la declarante salía a laborar veía aún el vehículo parqueado. Que sabe que el señor Hernández desapareció en abril de 1993, luego lo encontraron muerto, sin poder precisar la fecha y que Marta le comentó que a ella le tocó reconocer el cadáver. Que no asistió a las honras fúnebres por cuestiones de trabajo.

La señora LUCELLY OLAYA MORALES manifestó que conoce a la señora Denyr Quintero desde aproximadamente en el año 1988, igualmente distingue a su familia, que ella vivía en una vereda donde esta ubicada la planta de Ecopetrol. Que también conoció al señor Jesús María Hernández porque la declarante era la persona que lo asistía en la alimentación. Que en el año 1988 el señor Hernández iba al local de la declarante con Denyr Quintero. Que ella tiene conocimiento que él era casado con Marta Gómez a quien también conoce porque ella a veces iba a que ella, la declarante le proporcionaba la alimentación. Que el señor Jesús María Hernández tenía dos mujeres, a Denyr Quintero en Dagua y a Marta Gómez en Cali. Que cuando llega el señor Hernández a Dagua vivía en una posada o pieza, después es que empieza a convivir con Denyr en una casa que era de propiedad de la señora Teresa Paredes, que eso fue más o menos en el año de 1989, que también residieron en una casa ubicada en la calle 10. Que el domicilio de ellos siempre fue Dagua. Que de esa unión procrearon a Edwin quien nació en febrero de 1992. Que Denyr Quintero no laboraba y quien veía por ella era Jesús María Hernández. Que luego de que se pensiona el señor Hernández se compra un camión, el que guardaba en la residencia de la declarante, considerándose muy cercana a él. Vehículo que se le daño y estuvo un tiempo sin poderlo trabajar. Que él le comentó que le había salido un viaje para la vereda el Trapiche y que la declarante le aconsejó que no lo hiciera porque ese sector era muy peligroso, que lo podían robar, pero él le dijo que estaba muy necesitado. Que ella por la tarde va a donde Denyr Quintero a preguntar si ya había llegado Jesús María Hernández y ella le comentó que nada, que estuvo muy pendiente y que éste aparece muerto con el ayudante casi a los 15 días. Que la policía le informó a Denyr del hallazgo del cadáver, porque ella había puesto el denuncia de la desaparición, que Denyr fue la persona que la llamaron para el reconocimiento porque él había salido de la casa de ella, y sabía que prendas de vestir tenía. Que la comunidad de Dagua los distinguió como pareja, que cuando él salía de trabajar iba a la casa que compartía con Denyr Quintero y a veces



él viaja a Cali a hacer algunas diligencias. Que Denyr sabía que él era casado pero que estaba separado de su esposa. Que Marta Gómez se entera de esa relación de su esposo con la señora Quintero cuando ellos vivían en la casa de la señora Teresa Paredes, para ese entonces aún no había nacido Edwin y que ese día tuvieron que sacar a Denyr para otro lugar porque la esposa de Jesús María Hernández estaba muy furiosa.

De acuerdo con la prueba testimonial no queda duda que el señor Jesús María Hernández era casado y convivía con su esposa, como lo refiere la señora Miriam Duque vecina del matrimonio Hernández Gómez, quien expuso que después de pensionado el señor Hernández se compró un camión y que cuando venía a Cali, veía que llegaba en el Camión y ese vehículo permanecía ahí hasta de noche, lo que deja entrever que la relación matrimonial existía. Razón por la cual la esposa tiene la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional.

En relación con la reclamación que hace la señora DENYR QUINTERO BENITEZ, quien afirma fue la compañera permanente del señor Jesús María Hernández, se recibió la declaración de la señora FABIOLA SALAZAR, quien afirmó haber sido Docente de la demandante, en los últimos tres años de bachillerato y que por esa razón la conoce, aclarando que sólo fue educadora del plantel educativo hasta el año de 1990 y que fue la persona que del año 1989 a 1990 aproximadamente le alquiló una pieza al señor Jesús María Hernández. Encuentra la Sala que el testimonio de la señora Salazar no tiene relevancia, en primer lugar, porque no compartió tiempo con la demandante después del año 1990, cuando se ha determinado que el señor Jesús María Hernández falleció en el año de 1993, es decir, no tiene conocimiento del tiempo inmediatamente anterior a su deceso. De otro lado, la demandante cuando absolvió el interrogatorio de parte nunca hizo referencia a residido en la ciudad de Cali con el señor Hernández y claramente la señora Lucelly Olaya Morales, fue enfática en afirmar que la señora Denyr Quintero sólo vivió en Dagua para la fecha en que se anuncia la convivencia de ésta con el señor Hernández.

Pero la Sala si da valor probatorio a la declaración de la señora Lucelly Olaya Morales, porque se denota conocimiento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se



dio la convivencia entre los señores: Denyr Quintero y Jesús María Hernández, porque fue la persona que cuando éste llega a laborar con Ecopetrol en la planta ubicada en la vereda donde reside la demandante, le asistía con los alimentos, es decir, para esa época, el señor Jesús María Hernández no tenía compañera en el municipio de Dagua, luego es que empieza una relación con la señora Denyr Quintero, exponiendo los lugares en que esa pareja tuvo su residencia, conociendo de por demás quien era la propietaria de la casa que el señor Hernández tomó en alquiler. Igualmente, refiere del conocimiento que tenía de la señora Marta Lucia Gómez, porque también a ella le brindó alimentos cuando ésta iba a Dagua. Expuso que sabía que el señor Hernández estaba pensionado, luego de ello compra un camión, hecho al que también hizo referencia la señora Miriam Duque, vecina de la señora Marta Lucia Gómez. Además, se observa que tenía contacto permanente con el señor Hernández porque él guardaba su vehículo en la propiedad de ella, supo que lo contrataron para un viaje a un sitio al que ella le recomendó no ir porque se sabía que era peligroso y como éste no le siguió la sugerencia, estuvo pendiente ese día y los siguientes de su regreso.

Llama a la Sala la atención, las respuestas que dan tanto la demandante como la integrada en litis al absolver el interrogatorio de parte, que, si bien a través de ese medio de prueba se persigue obtener confesión, pero al analizarse, encontramos que la señora Denyr Quintero, refiere que su compañero ese día 24 de abril de 1993, salió de su casa a hacer un viaje. Afirmación que guarda relación con lo expuesto por la señora Lucelly Olaya Morales, y que después de ese día desapareció. Mientras que la señora Marta Lucia Gómez de Hernández, supo de la desaparición de su esposo porque una hermana de éste le comentó. Lo que lleva a concluir que el señor Hernández si vivía con la demandante, señora Denyr Quintero. Además, tanto la señora Lucelly Olaya Morales como Miriam Duque refieren que el señor Hernández ya era pensionado y compró un camión, que como lo expone la señora Olaya Morales, lo tenía en Dagua, porque para él ese era su domicilio, donde la señora Miriam Duque sólo lo venía algunos fines de semana o sabía que el señor Hernández había pernotado en casa de su esposa porque el camión llegaba y permanecía la noche ahí, hecho que no era de todos los días de la semana.



De otro lado, al absolver el interrogatorio de parte la señora Denyr Quintero Benítez, expuso que en el año de 1983 se casó con el señor Oswaldo Tello y se separó de hecho en el año de 1987, sin haber procreado hijos de esa relación.

Considera el apoderado de la Litis, en los alegatos de conclusión presentados ante esta instancia, que el hecho de tener la actora un matrimonio anterior, la llevan a no poder tener la calidad de compañera permanente del señor Hernández Álvarez. De acuerdo con esas apreciaciones, se está dando vigencia a requisitos que contenía el artículo 29 del Acuerdo 049, esto es que, que quien alegaba la calidad de compañero (a) "que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes", expresión anulada, a través de la sentencia del 24 de mayo de 1994, por la Sección Segunda. del H Consejo de Estado. Omitiendo que lo que genera la calidad de beneficiaria es la demostración de una verdadera convivencia con el causante, como en efecto se acreditó en el caso en estudio, donde se determina la existencia de una convivencia simultánea del señor Jesús María Hernández con su esposa y compañera permanente que permiten compartir el derecho pensional como lo determinó la A quo, lo que conlleva a mantenerse la sentencia de primera instancia.

Aunado a lo anterior, es claro para la Sala, también, que la declaración o el interrogatorio no son medios de prueba válido en el derecho colombiano para acreditar la existencia de un vínculo matrimonial, pues claramente los artículos 113 y ss del Código Civil, en concordancia con los artículos 67 y ss del Decreto 1260 de 1990, modificados por la Ley 25 de 1992, establecen que el único medio de prueba para acreditar la existencia del matrimonio es el Registro Civil de Matrimonio y evidentemente dicho documento no fue adosado a la cauda probatoria, razón por la cual dicha afirmación se quedó sin el soporte legal que diera certeza en criterio de la Sala.

El apoderado de la actora, al formular el recurso de alzada, solicita se modifique la fecha en que se concede el retroactivo, porque el 07 de junio de 2010, la demandante radicó ante la demandada la solicitud de la sustitución pensional, por ello, se debe contabilizar los



3 años anteriores a esa data que llevaría a modificar la fecha desde la cual se debe pagar las mesadas pensionales.

Para analizar la censura que hace la parte actora sobre la data desde la cual se concede el derecho pensional, es relevante traer a colación el artículo 151 del CPL y SS, que establece un término de tres años para reclamar los derechos. Indicando la norma que ese término se interrumpe por un lapso igual, cuando se presenta la correspondiente reclamación. Recordarse que, tratándose de pensiones, ese término sólo opera para las mesadas pensional no reclamadas oportunamente.

Al revisarse el plenario a folio 16 del expediente escaneado, (pdf. 01), encontramos una comunicación que ECOPETROL S.A. le dirige a la señora Denyr Quintero Benítez, fechada el 18 de mayo de 2010, y en la que hace referencia a la petición por la actora presentada el 07 de mayo de 2010, donde reclama la sustitución pensional. Por lo tanto, esa primera reclamación es del 07 de mayo de 2010, cuyo terminó se empieza a contabilizar desde la respuesta.

Debe tenerse en cuenta que el derecho a la sustitución pensional surge desde la data del fallecimiento del señor Jesús María Hernández, acaecido el 23 abril de 1993, por lo tanto, al 18 de mayo de 2010, fecha en que se da respuesta a la primera petición, ha transcurrido más de tres años.

Ahora bien, milita igualmente en el plenario comunicación de fecha 06 de julio de 2010, donde la actora solicita la sustitución pensional, documento que tiene sello de recibido el 07 de julio de 2010 (fl. 15 pdf. 01)



La demanda fue presentada el 27 de febrero de 2014, y como quiera que la primera petición es la que interrumpe la prescripción, se debe tener en cuenta que del 18 de mayo de 2010, data de la respuesta a la solicitud de sustitución pensional elevada por la actora, a la fecha de formulación de la demanda, hay más de 3 años, lo que lleva a concluir que se adeuda las mesadas que corresponden al 28 de febrero de 2011, como lo determinó la A quo, porque la segunda petición y es a la que hace referencia el apoderado del actor, ya no tiene el efecto de interrumpir la prescripción. Por lo tanto, se mantiene la decisión de primera instancia.

En cuanto la solicitud que hace la apoderada de ECOPETROL de que el derecho que le asiste a la actora sea a partir de la sentencia, es decir, sin retroactivo y de mantenerse la decisión de primera instancia, sea la otra beneficiaria quien responda por las mesadas atrasadas. Petición que no es atendible, porque el derecho se causa desde la fecha del deceso, situación diferente y como quedó analizada es la prescripción de las mesadas pensionales. Además, el pago del retroactivo corresponde a la empresa demandada quien tenía a su cargo el pago de la pensión de jubilación, sin que esa obligación recaiga en la beneficiaria, porque ella no es el empleador ni entidad de seguridad social.

Costas en esta instancia a cargo de la entidad demandada y de la llamada en litis y a favor de la actora. Fíjese esta instancia como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, que cancelara cada una de las partes citadas

DECISION

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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:



PRIMERO. INAPLICAR las leyes 33 de 1973, 71 de 1988 y Decreto 1160 de 1980, disposiciones que regían para la data del fallecimiento del señor Jesús María Hernández Álvarez, 23 de abril de 1993, por ir en contravía de lo establecido en los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, al dar prelación para la sustitución pensional a la cónyuge. Normas que resultan discriminatorias, injustas y violatoria del derecho a la igualdad. Atendiéndose el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, como lo definió la A quo, además, acogiendo los diferentes precedentes jurisprudenciales citados.

SEGUNDO.- MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia número137 del 23 de septiembre de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, el cual quedará así: ORDENAR a ECOPETROL S.A. a sustituir la pensión de sobrevivientes en favor de las señoras: MARTA LUCIA GOMEZ DE HERNANDEZ, en calidad de cónyuge supérstite y a favor de DENYR QUINTERO BENITEZ, en calidad de compañera permanente que lo fue del señor JESUS MARIA HERNANDEZ, correspondiéndole a cada una el 50% del valor de la mesada pensional. Derecho que se otorga a la señora DENYR QUINTERO BENITEZ a partir del 28 de febrero de 2011.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número137 del 23 de septiembre de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la entidad demandada y de la llamada en litis y a favor de la actora. Fíjese esta instancia como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, que cancelara cada una de las partes citadas.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado y se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos de las partes.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
DENYR QUINTERO BENITEZ
VS. ECOPETROL S.A.
RAD. 76-001-31-05-002-2014-00078-02

DEMANDANTE: DENYR QUINTERO BENITEZ
APODERADO: JAVIER DARIO JIMENEZ PERAFAN
javi66344@hotmail.com

DEMANDADO:
ECOPETROL
APODERADO: DANIEL FERNANDO MARQUEZ DIAZ
Eee.ecopetrol.com.co

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA
APODERADO: MARIA ANGELICA RAMIREZ
www.minminas.gov.co

LITIS:
MARTHA LUCIA GONZALEZ DE HERNANDEZ
APODERADO: ALEJANDRO ARENAS ARCILA
alejandroarenasa@gmail.com

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados


ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada


JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 002-2014-00078-02