TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 041

Audiencia número: 564

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, de conformidad con el artículo 13 de la ley 2213 del 2022, modificatorio del artículo 82 del CPL y SS, nos constituimos en audiencia con el fin de darle tramite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 254 proferida el 03 de octubre de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por LIBIA PEÑA VELASCO en su calidad de Guardadora de MAYERLIN CARABALI contra COLPENSIONES.

Las partes no presentaron alegatos de conclusión ante esta instancia, a continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA N. 0522

Pretende la demandante que se le reconozca la pensión de sobrevivientes a favor de MAYERLIN CARVAJAL PEÑA, ante el deceso de ANA DEIVA PEÑA VELASCO, el que tuvo lugar el 17 de agosto de 2017, reclamando el pago del correspondiente retroactivo.

En sustento de esas peticiones aduce la parte actora que ANA DEIVA PEÑA VELASCO era la abuela materna de MAYERLIN CARVAJAL PEÑA y quien falleció el 17 de agosto de 2017.

Que MAYERLIN CARVAJAL PEÑA estuvo desde el 12 de noviembre de 2008 a cargo de su abuela materna ANA DEIVA PEÑA VELASCO, como consta en el acta de entrega de menores en custodia definitiva emitida por la Comisaría de Familia de Santander de Quilichao.

Que MAYERLIN CARVAJAL PEÑA nació el 27 de diciembre de 1997 y de acuerdo con el diagnóstico médico presenta retardo mental severo asociado con síndrome de Down, sin lenguaje, sin control de esfínteres, dependencia severa con autocuidado de las actividades básicas de la vida diaria. Razón por la cual dependía en forma total de su abuela materna.

Que mediante la Resolución 12534 del 2004 el Instituto de Seguros Sociales le concede a la señora ANA DEIVA PEÑA VELASCO la pensión de vejez y con ella cubría las necesidades de su nieta discapacitada.

Que, a la muerte de la abuela materna, asumió el cuidado personal de MAYERLIN Carvajal, su tía: LIBIA PEÑA VELASCO, habiendo presentado la correspondiente solicitud al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao, quien, mediante sentencia del 09 de mayo de 2019, declaró la interdicción por discapacidad mental absoluta de MAYERLIN CARVAJAL PEÑA y nombró como guardadora legítima a LIBIA PEÑA VELASCO.

Que MAYERLIN CARVAJAL PEÑA fue calificada por COLPENSIONES, con una pérdida de la capacidad laboral del 80%, diagnóstico: retardo mental grave.

Que solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero mediante la Resolución SUB 236986 del 30 de agosto de 2019 le fue negada, argumentando que la peticionaria no se encuentra dentro del marco legal establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Colpensiones dio respuesta a la demanda, a través de apoderado judicial, exponiendo que en el plenario no obra prueba de la calidad de abuela que tenía la señora Ana Deiva Peña frente a MAYERLIN Carvajal. Oponiéndose a las pretensiones porque no hay prueba de la dependencia económica y no hay marco normativo que regula el reconocimiento de la prestación en cabeza del nieto. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios y la innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual el Operador Judicial decide declarar no probadas las excepciones propuestas por la pasiva. Reconoce a favor de MAYERLIN CARVAJAL PEÑA, en su calidad de hija de crianza, la sustitución pensional en cuantía del 100% del valor de la mesada pensional que percibía a la muerte, la señora ANA DEIBA VELASCO, ocurrida el 19 de agosto de 2017. Liquida el correspondiente retroactivo pensional en suma igual al salario mínimo legal mensual vigente, como valor de la mesada pensional, con derecho a 14 mesadas anuales, retroactivo que concede a partir del 17 de agosto de 2017 al 30 de septiembre de 2022. Autoriza que de ese retroactivo pensional se hagan los descuentos por aportes en salud. Ordena que el retroactivo pensional causado hasta la ejecutoria de la sentencia sea cancelado debidamente indexado y de ahí en adelante, se cancele los intereses moratorios hasta el pago total de la obligación.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia el apoderado de la entidad demandada, formuló el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de esa providencia, porque el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no contempla a los nietos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y por ello la actora no tiene derecho. Que de accederse a las peticiones de la demanda se pone en

peligro los bienes de la seguridad social. Que, en caso de mantenerse la sentencia, los intereses moratorios serán cuando quede ejecutoriada la sentencia de segunda instancia.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la providencia de primera instancia es adversa a COLPENSIONES, entidad de la cual la Nación es garante, se surte el grado jurisdiccional de consulta en atención al artículo 69 del CPL y SS.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo con los argumentos expuestos al formular la alzada y ante el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, corresponderá a esta Sala determinar si MAYERLIN CARVAJAL PEÑA es beneficiaria de la sustitución pensional, en calidad de nieta de la señora ANA DEIBA VELASCO, quien califican como hija de crianza.

No es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos:

- El goce de la pensión que tenía la señora ANA DEIVA PEÑA VELASCO, derecho reconocido en la Resolución 12534 de 2004, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual (fl. 38 pdf. 01)
- La entrega en custodia definitiva de MAYERLIN CARVAJAL PEÑA que hizo la Comisaría de Familia de Santander de Quilichao a la señora ANA DEIVA PEÑA VELASCO, el 12 de noviembre de 2008, en calidad de abuela materna (fl. 12 pdf. 01)
- Registro civil de nacimiento de MAYERLIN PEÑA CARVAJAL, que da cuenta que ella nació el 27 de diciembre de 1997, hija de YEIMI CARVAJAL PEÑA. (fl. 24 pdf 01)
- El fallecimiento de la señora ANA DEIVA PEÑA VELASCO, hecho acaecido el 17 de agosto de 2017 (fl. 25 pdf. 01)
- El dictamen de pérdida de la capacidad laboral que rindió COLPENSIONES el 05 de abril de 2018 y que fue practicado a MAYERLIN CARVAJAL PEÑA, donde se

refiere como diagnóstico: "retardo mental grave: deterioro del comportamiento de grado no especificado. Síndrome de Down, no especificado". Con una pérdida de la capacidad laboral el 80%, estructurada el 27 de diciembre de 1997 (fl. 16 pdf. 01)

- La sentencia en proceso de interdicción judicial que emitió el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao, Cauca, el 09 de mayo de 2019, declarando a MAYERLIN CARVAJAL PEÑA en interdicción por discapacidad mental absoluta y el nombramiento como Guardadora Legítima a LIBIA PEÑA VELASCO. (fl. 13 pdf 01)
- La negativa al reconocimiento de la sustitución pensional a MAYERLIN CARVAJAL PEÑA, dada a través de la Resolución SUB 236986 del 30 de agosto de 2019 (FL. 20 PF. 01)
- Copia del registro civil de nacimiento de YEIMY CARVAJAL PEÑA, hija de ANA DEIVA PEÑA, allegado a esta instancia.

Para darle respuesta al primero de los planteamientos expuestos, esto es, si se dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, se hace necesario, partir de la fecha de fallecimiento de la señora ANA DEIVA PEÑA, acaecido el 17 de agosto de 2017, estando vigente la Ley 797 de 2003, que en el artículo 12 dispone:

"Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. *Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca…"*

De otro lado, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dispone quienes son beneficiarios, sin que dentro de la relación que se anuncia por el legislador se encuentra la calidad de nieto, que es el caso de MAYERLIN CARVAJAL PEÑA, respecto a la señora ANA DEIVA PEÑA. Pero como la demanda refiere a que la reclamante tenía era la calidad de hija de crianza, se hace necesario traer a colación pronunciamientos jurisprudenciales sobre esa temática y encontramos que la Corte Constitucional en sentencia C -577 de 2011 precisa sobre las diferentes estructuras familiares, que la Sala se permite citar:

"El artículo 42 de la Carta establece que los hijos adoptados "tienen iguales derechos y deberes" y la Corte ha acotado que, en atención a las formas de fundar la familia "los hijos pueden ser de tres clases, a las que se refiere el mismo canon constitucional: hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos", entre los cuales, por disponerlo así la Constitución, no puede haber diferencias de trato. Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando "un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia" que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, "no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza". A las anteriores formas de familia se suman aquellas denominadas monoparentales, debido a que están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos y su número va en aumento por distintas causas, incluida la violencia que azota a un país como el nuestro y también el divorcio o las separaciones que dan lugar a hogares encabezados por uno solo de los padres, siendo evidente que el caso de las madres cabeza de familia es dominante y ha merecido la atención del legislador, que ha establecido medidas de acción positiva favorables a la madre, precisamente por "el apoyo y protección que brinda ésta a su grupo familiar más cercano", medidas que la Corte ha extendido "al hombre que se encuentre en una situación de hecho igual", no "por existir una presunta discriminación de sexo entre ambos géneros, sino porque el propósito que se busca con ello es hacer efectivo el principio de protección del hijo en aquellos casos en que éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre, de forma tal que, de no hacerse extensiva tal protección al progenitor podrían verse afectados en forma cierta los derechos de los hijos". También suele acontecer que después del divorcio o de la separación se consoliden nuevas uniones, en cuyo caso se da lugar a las llamadas "familias ensambladas", que han sido definidas como "la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa", siendo todavía objeto de disputa doctrinaria lo concerniente a su conformación, susceptible de generar diversas modalidades que no es del caso estudiar aquí. A modo de conclusión conviene reiterar que "el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico". Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que "el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo", porque "en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial".

La Guardiana de la Constitución en sentencia T 279 de 2020, ha hecho la siguiente precisión:

> *"De acuerdo con el artículo 42 de la Constitución política de Colombia, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y de ahí que sea una institución que merece una protección especial por parte del Estado. A partir de ello, la jurisprudencia ha reconocido diferentes construcciones de familia en Colombia[1], en las que ha puesto en cuestionamiento si las diferentes tipologías de familia tienen igualdad de derechos[2], tal como lo es la seguridad social y, más específicamente, la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional respecto de los miembros que conforman las familias de crianza."*
>
> *"La protección las diferentes formas de conformación de la familia se deriva del ordinal 3º del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los cuales se indica que el Estado debe garantizar a la familia asistencia, respeto y protección, con el objetivo de que se adopten medidas tendientes a garantizar la igualdad y protección de los miembros que la componen."*

Además, la Corte Constitucional puntualizó en sentencia T-606 de 2013 que: "*toda norma que establezca una discriminación con base en el origen familiar, es contraria a la Constitución, es decir, la interpretación del artículo 42 de la Constitución Política, lleva a concluir que la familia se protege en la medida que todos los miembros de las distintas formas de constituir esta son iguales ante el ordenamiento superior, en lo que respecta a los derechos como la seguridad social*"[3].

A través de las sentencias T 525 de 2016, T 074 de 2016, T 138 de 2017, T316 de 2017, entre otras, la Corte Constitucional insiste en que la familia de crianza surge de la evolución de las relaciones humanas, es decir, como consecuencia de los vínculos entre los miembros de una familia que se extienden más allá de los jurídicos o existentes por consanguinidad. Por ello, la jurisprudencia contempla dichas realidades jurídicas, en donde reconoce y brinda protección a las relaciones familiares que surgen a partir de lazos de afecto, por situaciones de facto,

---

[1] En donde se expresa que existe una nueva definición de familia; que no solo surge de la unión de un hombre y una mujer y el vínculo consanguíneo o civil de los hijos, sino que los vínculos de afecto y los objetivos comunes los cuales pueden remplazar los vínculos consanguíneos o el civil.

[2] En relación a este tema, la Sentencia C-577 de 2011 estableció que en materia de filiación rige el principio de igualdad, asimismo señaló que la crianza es un hecho del cual surge el parentesco. A esta conclusión se llegó teniendo en cuenta el concepto expuesto en la sentencia T-495 de 1997.
Cabe destacar que de igual manera, en la Sentencia T-070 de 2015, se dijo que: "*el pluralismo y la evolución de las relaciones humanas en Colombia, tiene como consecuencia la formación de distintos tipos de familias, diferentes. a aquellas que se consideraban tradicionales, como lo era la familia biológica. Por lo que es necesario que el derecho se ajuste a las realidades jurídicas, reconociendo y brindando protección a aquellas relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, las cuales surgen en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia*.

[3] Sentencia T- 403 de2011

solidaridad, respeto, protección y asistencia[4]. Además, en la sentencia T-281 de 2018[5], la Corte prohibió a las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones económicas realizar distinciones entre familias configuradas por vínculos de facto al momento de otorgar el reconocimiento y pago de una mesada pensional por medio de la figura de la sustitución, cuando se produce el fallecimiento del titular de la prestación. En efecto, ello se traduce en la vulneración de los derechos fundamentales que los revisten como parte de un grupo familiar.

Tema del que también se ha encargado la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil, entre otras en las sentencias STC6009 de mayo 9 de 2018, Corte Suprema De Justicia - Sala De Casación Civil Radicación 25000-22-13-000-2018-00071-01, Magistrado ponente: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. En las que ha determinado:

> "*La familia no solo se constituye por el vínculo biológico o jurídico, sino también a partir de las relaciones de hecho o de crianza, edificadas en la solidaridad, el amor, la protección, el respeto, en fin, en cada una de las manifestaciones inequívocas del significado ontológico de familia*".

En la sentencia T 279 de 2020, ha establecido unos presupuestos necesarios para constatar la efectiva conformación de las familias de crianza, que la equiparan con las demás tipologías de familia y la hacen beneficiaria en igualdad de condiciones de las diferentes prestaciones concebidas por el ordenamiento jurídico, se tienen como condiciones a verificar que:

(i) se materialice el principio de solidaridad,

---

[4] El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su observación número 19 sobre la familia, resaltó la importancia del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y con base en este manifestó que: *"el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. (...) Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros".*

[5]Sentencia en donde se estudió la situación de un señor cuyos padres biológicos lo abandonaron desde el momento en que nació, razón por la cual sus tíos asumieron su cuidado, es oportuno indicar que a la edad de 10 años lo diagnosticaron con discapacidad mental, por lo que fue declarado interdicto por un Juez de Familia, cabe precisar que el padre de crianza antes de morir devengaba una pensión de vejez, razón por la cual el joven solicitó al fondo administrador de pensiones y a la empresa en la cual trabajó el causante la sustitución pensional, en su condición de hijo de crianza inválido. Como respuesta a la solicitud el fondo decidió reconocer la pensión de sobrevivientes al hijo de crianza en vista de su pérdida de capacidad laboral, no obstante la empresa en la cual laboró el causante decidió negar la cuota parte que le correspondía pagar, toda vez que el solicitante figuraba como sobrino del causante y no como hijo biológico.

(ii) se evidencie vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección,

(iii) se demuestre el reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas),

(iv) se reconozca la relación padre y/o madre, e hijo,

(v) se confirme la existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos, y

(vi) se configure la afectación al principio de igualdad.

Para determinar si se cumple con los presupuestos antes citados, es necesario revisar el material probatorio que acompaña este proceso.

- Registro civil de nacimiento de MAYERLIN PEÑA CARVAJAL, que da cuenta que ella nació el 27 de diciembre de 1997, hija de YEIMI CARVAJAL PEÑA. (fl. 24 pdf 01) Copia del registro civil de nacimiento de YEIMY CARVAJAL PEÑA, hija de ANA DEIVA PEÑA, allegado a esta instancia. Pruebas con las que se acredita el parentesco.

- La entrega en custodia definitiva de MAYERLIN CARVAJAL PEÑA que hizo la Comisaría de Familia de Santander de Quilichao a la señora ANA DEIVA PEÑA VELASCO, el 12 de noviembre de 2008, en calidad de abuela materna (fl. 12 pdf. 01)

- El dictamen de pérdida de la capacidad laboral que rindió COLPENSIONES el 05 de abril de 2018 y que fue practicado a MAYERLIN CARVAJAL PEÑA, donde se refiere como diagnóstico: “retardo mental grave: deterioro del comportamiento de grado no especificado. Síndrome de Down, no especificado”. Con una pérdida de la capacidad laboral el 80%, estructurada el 27 de diciembre de 1997 (fl. 16 pdf. 01), Por lo tanto, atendiendo el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, MAYERLIN Carvajal Peña es una persona inválida.

- El despacho judicial de conocimiento decretó una prueba de oficio, consistente en solicitar a ICBF una visita al domicilio de MAYERLIN Carvajal, la que atendió esa entidad y acude a la casa de la señora Libia Peña Velasco, en que se informa: Realiza un relato acerca

de la historia familiar, refiere que tiene 4 hermanos, José Arvey que vive en Ecuador, Berta vive en el Amazonas, Alvaro vive en Palmira y Ana Deiva falleció en el año 2017, ésta última, procreo 3 hijos: Juan Carlos, que vive en España, Yeimi falleció en el 2011 y Leiter, quien falleció en el 2020. A su vez, Yeimi procero dos hijos: MAYERLIN y Edwin. Refiere que al enfermar su sobrina Yeimi y posterior a su muerte, la abuela Ana Deiva, se hace cargo de los dos hijos de ella, adelanta las diligencias en la Comisaría de Familia y le otorgaron la custodia de los nietos. Refiere que MAYERLIN tiene el comportamiento igual al de una niña, no habla, sólo dice 3 o 4 palabras, tiene discapacidad y se le debe apoyar en todas las actividades cotidianas, aseo personal, supervisarla al momento de vestirse, prepararle los alimentos. Que quien se encargaba de esos cuidados era su hermana Ana Deiva, quien además de abuela asumió el rol de madre, con dos aspectos notables la ausencia de la figura paterna y la situación de discapacidad de MAYERLIN. Que al fallecimiento de Ana Deiva, ella tiene a su cuidado a MAYERLIN y a Edwin. (pdf. 21)

Dentro del plenario, se recibió la declaración de MARTA LUCIA LEMOS VEGA, expone que fueron vecinas del Barrio Porvenir, en Santander de Quilichao, y conoció a Ana Deiva desde hacía unos 35 años, las casas estaban separadas a cuadra y media, que conoció los hijos de Ana Deiva y a los nietos de ella, entre ellos a la joven MAYERLIN, hija de Yeimi Carvajal Pena, que nació cuando ellos ya vivían en ese barrio. Que cuando fallece Yeimi, MAYERLIN estaba pequeña, además que es una persona discapacitada, y al fallecimiento de Yeimi, la abuela se hizo cargo, pese a que ella trabajaba fuera de Santander y le toco dejar el trabajo y quedarse con los hijos de Yeimi, sobre todo por la enfermedad de MAYERLIN. Que el hogar de la señora Ana Deiva era un hijo y los nietos, porque el hijo mayor ya no estaba con ella y el esposo de ésta también había fallecido. Refiere que MAYERLIN tiene síndrome de Down, hay que hacerle todo, para Ana Deiva adoraba a su nieta, se convirtió en la madre de esos nietos, en especial el cuidado para MAYERLIN, considerando como una persona responsable a quien nunca les faltó con los cuidados y la alimentación. Además, cuenta que Ana Deiva era pensionada, era modista, vendía helados, minutos, era una persona muy rebuscadora y de ahí buscaba el sustento para su familia, además alcanzó a tener a MAYERLIN en una escuela para niños especiales. En relación con el padre de MAYERLIN, expresa que Ana Deiva se quejaba porque no tuvo apoyo por parte del papá de ésta ni de la familia paterna.

- La señora ESTHER INES PAREDES DIZUD, manifiesta que conoció a la señora Ana Deiva Peña, desde hacía unos 25 a 30 años, ese conocimiento se da por la congregación Israelita, además, vivía en el mismo pueblo, en el barrio El Porvenir. Se visitaban con frecuencia, casi cada 8 días, o 2 o 3 veces a la semana. Ana Deiva vivía con sus nietos y su hijo, uno de esos nietos es una niña especial. Que Yeimy Carvajal era la madre de esos niños, nietos de la señora Ana Deiva. Que no recuerda la fecha de fallecimiento de Yeimy, pero hace más de 10 años. Pero desde antes del fallecimiento de Yeimy esos niños estaban al cuidado de la abuela, que al deceso de Ana Deiva, esos muchachos extrañaron más a la abuela que a la propia madre, porque ella se dedicó a ellos.

Retomando los presupuestos antes citados, procedemos a su análisis de conformidad con el recaudo probatorio.

(i) **La solidaridad entre hijos como factor fundante de la familia de crianza:** La Corte en la sentencia T 279 de 2020, considera que se genera éste *"cuando se llega al notar que estas familias se constituyen por la disposición voluntaria de una o dos personas que deciden comprometer su patrimonio y tiempo en favor de un menor. Tal compromiso no se queda en el plano material únicamente, sino que, fruto de esa decisión y entrega, también se generan lazos afectivos entre los sujetos de esta relación de facto, concretándose, de esta manera, la conformación de una comunidad de vida entre ellos.*

De acuerdo con el acta de la Comisaría de Familia, la custodia de MAYERLIN Carvajal Peña fue asignada a su abuela, y como lo refieren las señoras: MARTA LUCIA LEMOS VEGA y ESTHER INES PAREDES DIZUD, la primera vecina de la señora Ana Deiva Peña y la segunda amiga por compartir la misma congregación, expresaron el cuidado que le proporcionó ANA DEIVA PEÑA como abuela a esa niña, dejando de laborar para poder cuidarla porque se trata de una persona discapacitada, afirmación que tiene eco probatorio con el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral y que después fallece la madre de MAYERLIN Carvajal, sin que el padre de ésta y la familia paterna hubiesen contribuido al cuidado de ésta.

(ii) **El parentesco en las familias de crianza:** este se genera, al haber sido la abuela de MAYERLIN Carvajal, hecho acreditado con los registros civiles de nacimiento de la demandnate y

su señora madre. Además, la actora, presenta una discapacidad laboral del 80%, quien necesita ayuda de otras personas para las labores cotidianas, como lo constató la funcionaria del ICBFus

(iii) **El vínculo de afecto en las familias de crianza:** Presupuesto que la Corte Constitucional, indica *"que es el que se refiere a la validación de un vínculo de afecto, respeto, comprensión y protección entre los miembros de la familia de crianza. Este puede comprobarse por cualquier medio probatorio, ya sea a través de registros fotográficos, declaraciones extrajudiciales o documentos que permitan evidenciar el apoyo entre quienes ostentaban dicho vinculo.".* Presupuesto que de acuerdo con la relación de medios probatorios, igualmente se acredita, en primer lugar con la custodia que dio la Comisaría de Familia y con las declaraciones de las señoras MARTA LUCIA LEMOS VEGA y ESTHER INES PAREDES DIZUD, quien expresaron el gran compromiso que tuvo la señora Ana Deiva Peña, quien se rebuscaba el ingreso para solventar la ayuda que requería sus nietos en especial MAYERLIN, quien tiene síndrome de Down.

(iv) **Existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos, que permita determinar la conformación de relaciones familiares**: este criterio, igualmente es determinable, porque desde el año 2008 que le fue entregada MAYERLIN Carvajal a su abuela por autoridad competente se dieron los lazos de afectividad no sólo de abuela a nieta, sino de madre a hija, dado el cuidado especial que requiere MAYERLIN Carvajal por la incapacidad que presenta y que conlleva a un acompañamiento permanente, como lo constató la funcionaria del ICBF y lo refieren las señoras: MARTA LUCIA LEMOS y ESTHER INES PAREDES DIZUD

(v) **Reconocimiento de la relación padre y/o madre, e hijo:** en este presupuesto, la Corte exige "*que este exista, al menos implícitamente, por parte de los integrantes de la familia, además de ser observada como tal y con facilidad por los agentes externos al hogar, ya que como lo reconoce esta Corporación, la familia es un concepto amplío que puede ir más allá de sus miembros consanguíneos y cuya intensidad, acogimiento y compresión pueden observarse en otro tipo de relaciones".* Retomando todo el material probatorio, es claro que se acredita ese reconocimiento que hizo ANA DEIVA PEÑA considerar a su nieta como hija y de ésta respecto a la causante, dado los cuidados, apoyo, afecto que le proporcionó la señora Peña desde que le fue entregada por la Comisaría de familia.

(vi) **Afectación del principio de igualdad**: este criterio, señala la Corte: "*implica que se configuran idénticas consecuencias legales para las familias de crianza, como para las biológicas y jurídicas, ya sea en obligaciones o derechos y, por tanto, el correlativo surgimiento de la protección constitucional. En la medida en que los padres de crianza demuestren, a través de sus actos, un comportamiento tendiente a cumplir con sus obligaciones y deberes en procura de la protección y buen desarrollo de sus hijos, se tendrá claro que actúan en condiciones similares a las demás familias, por tanto, serán beneficiarias de iguales derechos y prestaciones, en virtud del mandato de igualdad establecido en la Constitución".* Presupuesto que se demostró con los medios de prueba antes citados, dado que la señora Ana Deiva Peña, se dedicó por completo al cuidado de MAYERLIN Carvajal, quien requería de una asistencia mayor por su estado de discapacidad.

Al acreditarse que los presupuestos que ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia T 279 de 2020, se declarará que MAYERLIN CARVAJAL PEÑA ostentó la calidad de hija de crianza de la señora ANA DEIVA PEÑA VELASCO, por lo tanto, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se tiene a MAYERLIN CARVAJAL PEÑA como beneficiaria de la sustitución pensional, acogiendo, además la sentencia SL 1393 de 2020, de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justica MP. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, cuyo aparte es del siguiente tenor:

> "*Por ende, ante la defensa de un concepto amplio de la familia, y su protección sin lugar a discriminaciones por razón de su conformación, para la Corte no cabe duda de que la pensión de sobrevivientes con los requisitos previstos originalmente por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, así como la que introdujo la Ley 797 de 2003, se extiende a la familia de crianza, es decir, se repite, aquella en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que por esa razón, el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de una prestación que implica mantener la protección económica que le brindó la persona que asumió responsablemente y por solidaridad, la paternidad."*

Atendiendo el anterior precedente que guarda relación con los emitidos por la Corte Constitucional, se debe interpretar que los hijos de crianza hacen parte de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, por lo tanto, la MAYERLIN CARVAJAL PEÑA en su calidad de hija de crianza de la señora ANA DEIVA PEÑA VELASCO, y ante la pérdida de la capacidad laboral del

80%, que la lleva a ser considerada como invalida, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, a partir del fallecimiento de la señora ANA DEIVA PEÑA VELASCO, hecho acaecido el 17 de agosto de 2017 (fl. 25 pdf. 01)

Antes de cuantificarse el valor del retroactivo pensional se hace el análisis de la excepción de prescripción, pero en atención al artículo 2530 del CC, cuando se trata de personas incapaces se suspende el fenómeno extintivo de las obligaciones, como es el caso que nos ocupa, porque de acuerdo con el dictamen de pérdida de la capacidad laboral Mayerly Carvajal presenta como diagnóstico: "retardo mental grave: deterioro del comportamiento de grado no especificado. Síndrome de Down, no especificado". Con una pérdida de la capacidad laboral el 80%, estructurada el 27 de diciembre de 1997. Es decir, la discapacidad es de nacimiento.

En cuanto al valor de la mesada pensional, se toma de la Resolución 12534 de 2004, que corresponde al acto administrativo mediante el cual se le concedió a la señora Ana Deiva Peña Velasco la pensión de vejez, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual (fl. 38 pdf. 01)

La Sala atendiendo el artículo 283 del CGP, norma aplicable en materia laboral como lo establece el artículo 145 del CPL y SS, actualiza el valor del retroactivo pensional, otorgando dos mesadas pensionales adicionales anuales, porque el derecho a sustituir fue reconocido antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 que suprime una mesada anual.

El retroactivo pensional causado desde el 17 de agosto de 2017 al 30 de noviembre de 2022, incluidas las dos mesadas adicionales anuales corresponde a la suma de $ 63.572.471. de acuerdo con las siguientes operaciones matemáticas:

AÑO	MESADA	NUM. MESADAS	TOTAL ANUAL
2.017	737.717,00	14 dias+5 mesadas	4.032.852,93
2.018	781.242,00	14	10.937.388,00

2.019	828.116,00	14	11.593.624,00
2.020	877.803,00	14	12.289.242,00
2.021	908.526,00	14	12.719.364,00
2.022	1.000.000,00	12	12.000.000,00
TOTAL			63.572.470,93

La Sala declarará que el derecho pensional a favor de MAYERLIN CARVAJAL PEÑA, será vitalicio dada su condición de discapacidad. Por lo tanto, el retroactivo pensional causado y las mesadas que se sigan generando serán canceladas a la guardadora, señora Libia Peña Velasco.

Se autorizará a la entidad demandada que del valor del retroactivo pensional que corresponde a mesadas ordinarias, realice el descuento por aportes en salud de conformidad con el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, los que deberá transferir a la EPS a la cual se encuentra vinculada la beneficiaria de esta prestación.

Igualmente, se mantiene la condena impuesta a la demandada en relación a que el retroactivo pensional sea cancelado de manera indexada hasta la ejecutoria de la sentencia porque el derecho se otorga dando aplicación a precedentes jurisprudenciales, donde la negativa al reconocimiento por parte de la entidad de seguridad social convocada al proceso no ha sido de manera caprichosa. Igualmente, se confirmará que a partir de la ejecutoria el valor del retroactivo sea con intereses moratorios con el fin de no vulnerar los derechos de la pensionada.

Costas en esta instancia a cargo de la entidad demandada y a favor de la demandante. Fíjese como agencias en derecho que corresponden a esta instancia en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia número 254 proferida el 03 de octubre de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, en el sentido de actualizar el valor del retroactivo pensional, la cual quedará así: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar a favor de MAYERLIN CARVAJAL PEÑA, representada por la Guardadora LIBIA PEÑA VELASCO, la sustitución pensional en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, con sus dos mesadas adicionales anuales, la suma de $63.572.471 que corresponde al retroactivo pensional generado desde el 17 de agosto de 2017 al 30 de noviembre de 2022.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 254 proferida el 03 de octubre de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

TERCERO. COSTAS en esta instancia a cargo COLPENSIONES y a favor de la parte demandante. Fíjese como agencias en derecho que corresponden a esta instancia en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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.

DEMANDANTE: LIBIA PEÑA VELASCO
APODERADO: IMER ARARAT CAICEDO
imerchiqui@hotmail.com

DEMANDADO: COLPENSIONES
APODERADO: CRISTIAN ESTEBAN MEJIA
cemejiasolarte@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. 004-2020-00096-01