



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

SENTENCIA No. 350

(Aprobado mediante Acta del 23 de agosto de 2022)

Proceso	Ordinario
Demandante	Dora Rocío Reyes
Demandado	Protección S.A.
Radicado	76001310500320200001001
Litis consorte necesario	Mathias y Luxiano Álvarez Reyes, y Clara Álvarez Aguirre
Temas	Pensión de Sobrevivientes
Decisión	Modifica-Adiciona-Confirma

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva a la abogada María Elizabeth Zúñiga quien se identifica con T.P. 64.937 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en representación de Protección S.A. según poder aportado.

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, el día quince (15) de septiembre de dos mil veintidós (2022), la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ, quien actúa como ponente; obrando de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 por medio de la cual establece la vigencia permanente del primero, adopta la decisión con el fin de dictar sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, que se traduce en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Para empezar, pretende la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento de su compañero permanente Carlos Arturo Álvarez Vélez, a partir del 27 de octubre de 2018 junto con el retroactivo, las mesadas adicionales, los intereses moratorios, la indexación y las costas procesales.

Lo anterior fundamentada en que, el fallecido había contraído matrimonio con Diana Marcela Aguirre el 29 de abril de 2003 con quien tuvo una hija de nombre Clara Álvarez Aguirre el 29 de octubre de 2002, que protocolizaron la cesación de efectos civiles del matrimonio y liquidación de la sociedad conyugal el 23 de septiembre de 2008; que en mayo de 2011 empezó a convivir con el causante y que ambos sufragaban los gastos del hogar.

Agrega, que siempre estuvo el anhelo de constituir una familia, pero que no lograba quedar en embarazo y eso trajo discrepancias en el hogar; que para mediados de 2013, el fallecido presentó algunos episodios de agresión, motivo por el cual el 1º de agosto de 2013 la demandante solicitó medida de protección ante la Comisaría Novena de Familia por agresión de su pareja y el 15 de agosto, se dictó la medida de protección definitiva, que la pareja concilia y procuran tomar medidas para corregir los episodios de violencia presentados.

Aunado a lo anterior, refirió que siguiendo la orientación de la Comisaría, decidieron continuar la unión de vida y con el tiempo quedó en embarazo, que fue de alto riesgo por lo que debió dejar de trabajar y quien sufragó los gastos del hogar fue el difunto; que el 2 de septiembre de 2014 nacieron los mellizos, quienes dependían totalmente de la demandante porque fueron prematuros, por lo que quien siguió sustentando el hogar era el causante.

Que, a pesar de sus diferencias, eran una pareja feliz; sin embargo, en ocasiones tenían diferencias, razón por las que el causante tomó orientación por parte de la Psicóloga de una iglesia para controlar los episodios de enojo; además, que tenían dificultades económicas y eso hacía que los problemas de pareja se incrementaran, dado el cuidado especial de sus hijos.

De igual manera, informó que a mediados de septiembre de 2018, volvieron las agresiones verbales y físicas por parte del causante, que por esa razón ambos llegaron a un acuerdo de separarse el 7 de octubre de 2018 para evitar que los hijos presenciaran discusiones, pues por la corta edad de los niños, causaba estrés al difunto.

Asimismo, considera que dicha separación no significa desunión de la familia, que lo hicieron por proteger a sus hijos; que a pesar de la separación, el causante continuó sufragando los gastos del hogar y estaba al pendiente de ella y de los niños; que así como siempre los visitó y estuvo pendiente de ellos, lo esperaron el día 28 de octubre de 2018, pero que nunca llegó y que tampoco contestó el celular.

Que, fue tan solo hasta el 29 de octubre de 2018 que se enteró que había fallecido porque recibió una llamada del jefe de la empresa donde trabajaba el causante quien le indicó que este no se había presentado a trabajar y que no había presentado ventas; razón que la llevó a llamar al celular del difunto, que fue respondida por un policía quien le informó sobre su deceso.

Agrega, que luego del deceso del causante dada su situación económica, ha venido recibiendo ayuda de familiares y amigos para sufragar los gastos del hogar; que elevó reclamación ante la demandada para obtener la pensión de sobrevivientes en favor de sus hijos y ella, pero que la entidad le reconoció la misma a los 3 hijos del causante en porcentaje del 33.33%, y le negó el derecho a ella.

De igual manera, informó que el 21 de febrero de 2019 presentó recurso de reconsideración, pero que la entidad demandada, confirmó la negativa al reconocimiento de la pensión solicitada; que actualmente con las ventas no logra sufragar los gastos del hogar; además que sus hijos padecen de ciertos estados de salud dada su prematurez y que ha intentado vincularse laboralmente, pero no ha sido posible, toda vez que los hijos requieren de su atención.

El Juzgado de conocimiento, mediante Auto dispuso la admisión de la demanda, la vinculación al trámite procesal de Mathias y Luxiano Álvarez Reyes –representados por la demandante- y Clara Álvarez Aguirre –representada por Diana Marcela Aguirre (mamá)-.

Una vez surtidas las notificaciones respectivas, por un lado, Protección S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda bajo el argumento que la demandante no acredita el requisito de convivencia con el causante: propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, entre otras.

Por otro lado, Mathias y Luxiano Álvarez Reyes –representados por su mamá, la demandante- actuando a través de apoderado judicial, no se opusieron a las pretensiones y no propusieron excepciones.

Por último, Diana Marcela Aguirre –quien representa los intereses de Clara Álvarez Aguirre (hija)- a través de apoderado judicial manifestó ser cierto unos hechos, otro no serlo y otros no constarle; además, se opuso a las pretensiones y propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

Al respecto, cabe precisar que si bien es cierto, la Juez de primer grado en principio tuvo por no contestada la demanda por parte de Diana Marcela Aguirre –quien representa los intereses de Clara Álvarez Aguirre- no es menos cierto, que posteriormente, el apoderado

judicial interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, para que se diera el trámite respectivo a la contestación; así las cosas, la Juez de primera instancia, mediante providencia procedió a tener por contestada la demanda por parte de esta integrada a la Litis y continuar el trámite procesal respectivo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia 026 del 11 de febrero de 2021, condenó a Protección S.A., al reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante, a partir del 27 de octubre de 2018, en razón de 12 mesadas y la adicional de diciembre; en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente; y para los 3 hijos del causante, se dividirá el 50% restante, correspondiéndole 16.66% a cada uno de ellos.

Liquidó el retroactivo pensional desde el 27 de octubre de 2018 hasta el 31 de enero de 2021, en suma de \$12.766.682; que a partir del 1° de febrero de 2021, la mesada pensional será en 50% del valor del salario mínimo legal mensual vigente; autorizó a la demandada que descuenta del retroactivo pensional los aportes en salud; condenó a los intereses moratorios desde el 11 de septiembre de 2019 (sic) hasta que se realice el pago de la obligación.

Por último, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada, fijó como agencias en derecho la suma de \$600.000.

Lo anterior fundamentada en que, la norma aplicable al caso es la Ley 797 de 2003 –hizo lectura- que no existe discusión frente a la causación del derecho, dado que Protección S.A., le concedió la pensión de sobrevivientes a los 3 hijos del causante, en un porcentaje

de 33.33%, a partir del deceso, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

Asimismo, hizo referencia a los beneficiarios de la pensión reclamada –hizo lectura de la norma- corrobora que la demandante contaba con más de 30 años de edad al momento del deceso del causante; además, hizo una interpretación de la norma y el análisis de la jurisprudencia que estudió el requisito de convivencia para los afiliados cuando fenecen, indicando que no es obligatorio demostrar la convivencia, pues ese requisito, tal como lo estudió la jurisprudencia de la CSJ es obligatorio para cuando el causante es pensionado.

Agrega, que la jurisprudencia lo que enseña es la voluntad de la pareja de conformar una familia, con vocación de crear una familia, situación que fue probada con la prueba testimonial, especialmente lo manifestado por el señor Buritica Ortiz.

De igual forma, indicó que si bien es cierto existe una denuncia por agresión del causante frente a la demandante, eso no la excluye de la vocación de crear una familia, que es lo que exige la jurisprudencia; es decir, que por el hecho que haya existido una separación, no permite sustraer del contexto, el vínculo familiar que existió en la pareja.

Hizo referencia a la declaración rendida por la pareja ante notario, en la que manifiestan que ambos sufragan los gastos del hogar; hizo un análisis de la investigación realizada por la demandada, para concluir que entre la pareja existía una relación con el ánimo de vocación de conformar un vínculo y una unión familiar, ello a pesar de la separación que tuvo la pareja, pues tuvieron dos hijos; además reitera que la demandante no debe demostrar la convivencia, pues la misma se exige solo a los pensionados.

Conclusión, encontró demostrado el anhelo de conformar un vínculo familiar, con lazos de unión y apoyo mutuo, pues ninguno de los testigos manifestó cosa distinta; además, indicó que la separación fue el 7 de octubre de 2018 y el causante falleció el 27 del mismo mes y año, pero que el difunto siempre estuvo pendiente de su familia, pues contrario, la separación se dio para mantener esos lazos afectivos.

Por lo anterior, accedió al reconocimiento del derecho pensional en favor de la demandante en un 50% del total de la misma, que el resto se dividirá en favor de los hijos del causante, que al ser 3, les corresponde el 16.66%; liquidó el retroactivo pensional desde el 27 de octubre de 2018 hasta el 31 de enero de 2021, en cuantía de un salario mínimo.

Al estudiar la prescripción, indicó que no se configura, pues la causación del derecho lo fue el 27 de octubre de 2018, la demandante reclamó el 10 de diciembre de 2018 y la demanda se radicó el 19 de diciembre de 2019.

Frente a los intereses moratorios, indicó que la reclamación lo fue el 10 de diciembre de 2018, que la entidad contaba con 2 meses para resolver, por ende, los mismos se causan a partir del 10 de febrero de 2019, por lo que condena a su reconocimiento desde el 11 de febrero de 2019 sobre las mesadas causadas hasta el pago total de la obligación.

Respecto a la indexación, indicó que, al concederse los intereses moratorios, ello implica la incompatibilidad que existe con esta figura.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de Protección S.A., inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación, mediante el

cual solicita que se revoquen los numerales 1, 2, 4 y 6 bajo el argumento que la demandante no demostró los 5 años de convivencia con el causante hasta su deceso.

Que, la anterior situación se evidencia con las pruebas aportadas; hizo alusión a unas sentencias de la CSJ en las que se analiza el requisito de convivencia, pero insiste que la demandante no acreditó esto; considera que los testigos son escuetos y que no solo se debe demostrar el anhelo de hacer una vida con el fallecido, sino que se debe acreditar el requisito de convivencia.

Recalcó, que, de confirmarse la sentencia proferida en primera instancia, es necesario que se incluya que los menores devuelvan los dineros percibidos para poder pagar el retroactivo a la demandante, pues a los hijos del difunto les fue reconocido el derecho en un 33.33% a cada uno de ellos y frente a los intereses moratorios, indicó que la entidad actuó con buena fe, por ende, no debería condenarse por este concepto, sino solo a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Por último, solicitó que se revise el punto de condena en costas, pues para resolver el caso, se obró de buena fe y se dio aplicación a la norma que regula el caso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este despacho judicial, a través de auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Estando dentro de la oportunidad procesal, la parte demandante y la demandada Protección S.A. presentaron escrito de alegatos. Por su lado, las demás partes no presentaron los mismos, dentro del término concedido, tal como se observa en el expediente.

Es así, que se tienen atendidos los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Conforme al artículo 66A del CPTSS la competencia de esta Corporación procede del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada de conformidad con el principio de consonancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Partiendo de los supuestos fácticos y jurídicos expuestos por los extremos enfrentados, y conforme al punto objeto de reproche, corresponde a esta instancia dilucidar si erró o acertó la juzgadora de primer grado al reconocer la pensión de sobrevivientes en favor de Dora Rocio Reyes.

De igual forma, verificar si hay lugar al reconocimiento del retroactivo pensional, a los intereses moratorios y a las costas procesales.

De tal manera, previo a resolver el presenta asunto, cabe advertir que son hechos probados y no admiten discusión, con la prueba documental adosada al expediente:

-) Que Carlos Arturo Álvarez Vélez, feneció el 27 de octubre de 2018.
-) Que el causante había contraído matrimonio con Diana Marcela Aguirre, pero realizaron la cesación de efectos civiles del matrimonio y la disolución y liquidación de la sociedad conyugal el 23 de septiembre de 2008 –escritura pública-
-) Que la demandante reclamó el derecho a la pensión de sobrevivientes el 10 de diciembre de 2018, pero le fue negada mediante oficio del 6 de febrero de 2019, y en su lugar, le fue reconocida a los dos hijos en común procreados con el fallecido y una hija concebida en matrimonio en un 33.33% a cada uno de ellos

-) Que el 21 de febrero de 2019, la demandante interpuso recurso de reconsideración ante la demandada, pero la entidad confirmó la negativa el 6 de junio de ese mismo año.

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

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

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

Como se dijo en precedencia, en el presente caso no se encuentra en discusión que, el señor Álvarez Vélez, feneció el día 27 de octubre de 2018, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, siendo tal normativa, la que regula la situación pensional de la que pretende derivar el derecho la señora Dora Rocio Reyes.

Establecido lo anterior, la Sala se centra en estudiar el requisito de convivencia, pues es el objeto de controversia en el presente caso, razón por la cual se trae a colación el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 por medio del cual se modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, que frente al derecho a la pensión de sobrevivientes del cónyuge y/o compañero (a) permanentes, señala:

“Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (...)”

Cabe precisar, que respecto al requisito de convivencia, la Corte Suprema de Justicia profirió la sentencia SL1730 de 2020, en la que hizo una distinción entre el cumplimiento del mismo frente al afiliado y el pensionado, concluyendo que, si era un caso respecto del primero, no se exigía convivencia y del segundo, sí era exigible lo regulado por la norma en mención; no obstante, la Corte Constitucional al hacer un análisis sobre este aspecto, profirió la sentencia SU 149 de 2021, en la que concluyó, que indiferente de si es cónyuge o compañera permanente de un afiliado o pensionado, se debe cumplir el requisito de convivencia de 5 años.

Para tal efecto, en aquella oportunidad la Corte Suprema de Justicia, aunque consideró que no se incurrió en los errores endilgados, profirió la sentencia SL4318 de 2021, en acatamiento de la orden dada por la Corte Constitucional, quien dejó sin efectos la sentencia SL1730 de 2020.

Ilustrado lo anterior, para la Sala es claro, que según lo analizado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 149 de 2021, sea la cónyuge o compañera permanente de un afiliado o pensionado, deben cumplir con el requisito de convivencia de 5 años; no obstante, se destaca, que, para la primera, esos 5 años son en cualquier tiempo, siempre que el vínculo que los unió permanezca vigente. Contrario, sucede para la compañera permanente, quien sí debe acreditar el requisito de convivencia los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante.

Significa lo anterior, que el requisito de convivencia es el elemento central y estructurador del derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por ello, resulta imperiosa su demostración, lo que solo se logra a través de los medios probatorios y no solo con la mera manifestación de la parte que lo implora.

Ahora bien, para esta Colegiatura es claro dos aspectos: i) que el derecho quedó causado, pues la pensión de sobrevivientes fue reconocida por Protección S.A., en favor de los 3 hijos del causante (dos de ellos procreados con la demandante y la otra, con la primera pareja sentimental del difunto).

Al respecto, para esclarecer ese requisito de convivencia durante 5 años antes del deceso del causante, es necesario analizar la prueba testimonial evacuada en primera instancia.

Para tal efecto, se escucharon los testimonios de los señores Liliana Elizabeth Guzmán y Luis Gonzalo Buritica Ortiz, la primera manifestó que, conoce a la demandante cuando los bebés estaban pequeños, que son gemelos, que vive cerca de la casa donde vive ella, que cuando la conoció ella vivía con el causante, que asiste a una iglesia cristiana, se dedican a evangelizar, razón por la que hubo más comunicación, que el fallecido le manifestó que trabajaba en Luker.

De igual manera, indicó que hablaban de temas de la palabra, que los invitó a la iglesia a recibir charlas de pareja, que ellos participaron varias veces en esos eventos, que ella les cuidaba los niños; que ella les hizo asesoría como consejera de pareja, como asesoría de amistad; que él era una persona con un temperamento elevado, que lo veía en el barrio Calimio vendiendo minutos en las noches.

Que, luego ellos se fueron a vivir por ahí cerquita, pero se siguieron comunicando, que ella los guiaba en lo espiritual; que lo último que supo es que ellos querían darse un tiempo, que la demandante le manifestó que, si darse un tiempo era prudencial, que ella le respondió que sí, le indicó que ellos mismos debían poner las reglas, que él siempre estuvo pendiente de los niños.

Además, que cuando habló con la pareja le contaron que las cosas iban bien, incluso que uno de los niños se enfermó y que el fallecido estuvo pendiente del estado de salud del niño; que según lo que ellos le expresaron, que se iban a tomar un tiempo, que ella no toma eso como una separación.

Luego la Juez le preguntó que, si la pareja dejó de vivir por unos días, le respondió que sí, que fue de común acuerdo, que fue por el mal genio del causante; desconoce si el fallecido golpeó a la demandante, que no sabe si la demandante inició un proceso para defender su dignidad, por protección.

Y, el segundo, refirió que conoce a la demandante hace más de 40 años a través de Isabel –mamá adoptiva de ella- que en el 2011 se encontraba en la Nueva Floresta con ella, y que vio a la demandante y al causante juntos, que se encontraban y hablaban le comentaron que querían hacer una familia, que en el 2014 ella quedó en embarazo, luego de intentar varias veces porque fue difícil, que el causante

trabajaba en Corbeta, como vendedor; que la demandante tuvo mellizos, que se visitaban mutuamente.

Además, que el fallecido velaba por la manutención de la demandante y de sus hijos, supo que la pareja tuvo una discusión, pero que no se separaron, que él mantenía muy pendiente de las cosas de ellos; que como toda pareja tendrían sus diferencias, pero vio que él aportaba para los gastos del hogar, que en pandemia estaban cursando un problema económico y ellos le brindaban ayuda, que no asistió al velorio, no tiene conocimiento de los hechos del deceso del causante y que la pareja no le comentó de alguna separación.

Al respecto, las anteriores manifestaciones se acompañan con los dichos de la señora Reyes, quien indicó que es ama de casa, que se ayuda con ventas que hace por catálogo, que vive en una casa en arriendo desde hace 9 años y que allí vivió con el causante a quien conoció en enero de 2011 y para el mes de mayo decidieron vivir en unión marital de hecho; que procrearon 2 hijos, actualmente menores de edad; que vivió con el fallecido aproximadamente 7 años y 6 meses.

Agrega, que vivieron en el barrio Compartir en el distrito de Agua Blanca desde el año 2011, que cuando conoció al causante trabajaba en una empresa de nombre Corbeta, que era vendedor; que después trabajó con Tigo, con Movistar, Claro, Distritienda de Colombia y con otras, en el área de ventas.

Que, para la fecha del deceso del causante vivían bajo el mismo techo en el barrio Ciudadela del Río, que tuvieron inconvenientes en la relación y se dieron un tiempo de dos semanas, pero que nunca dejó de ir a la casa, siempre compartieron con los hijos y compartía tiempo en la casa; que inició un proceso con medida de protección, que como toda pareja tenían inconvenientes, que él le alcanzó a levantar la mano, por esa razón inició la denuncia.

De igual forma, indicó que llegaron a un acuerdo en que se comprometían a llevar una relación tranquila, sin agresiones, y conciliaron así, mejorando la relación; que los hechos acaecieron en el año 2013, que, aun teniendo el inconveniente, continuaron viviendo juntos, que luego tuvieron otro hijo; que el causante nunca se fue de la casa, que su deceso fue porque tenía problemas de colesterol y triglicéridos altos, que en algunas ocasiones se tomaba el tratamiento, que lo suspendió y eso hizo que falleciera por un infarto.

Además, refirió que cuando falleció el causante se encontraba en la casa de un amigo de nombre Lucho, que en algunas ocasiones el causante la llevaba donde él, que el difunto se lo presentó, que allí llevaba dos semanas; que se enteró de su deceso porque el jefe de él la llamó a darle la noticia, que Lucho no se dio cuenta del deceso porque el causante le indicó que tenía que arreglar unos asuntos, que lo llamó sábado y domingo y que luego el jefe la llamó y le dio la noticia, que él llevaba 2 días muerto y Lucho no se dio cuenta.

Así las cosas, de lo anterior la Sala infiere que la pareja vivía en unión marital de hecho, tenían discusiones como cualquier pareja, pues lograr una convivencia real, con aspiración de mantener la unión de la familia es una situación un poco compleja; que por diferentes situaciones, entre ellas, económicas, cursaban por discusiones de pareja, pero tal situación llegó a tal punto en la que el causante llegó a cometer conductas de violencia intrafamiliar; razón por la que la señora Reyes solicitó una medida de protección para el año 2013 – como se dijo en precedencia-.

No obstante, lo anterior, nótese de los dichos de la propia demandante, que a pesar de las dificultades todo fue mejorando entre ellos, tanto que, después de recibir ayuda y orientación por parte de la Comisaria de Familia, lograron continuar conviviendo, tanto que para el 2014, la demandante quedó en embarazo de mellizos, que nacieron y esta situación los unió aún más.

Sin embargo, ya para el 7 de octubre de 2018, el causante vuelve a tornarse agresivo, propinando maltrato verbal y físico a la señora Reyes, quien para salvaguardar su vida y la de sus hijos, aparte de evitar que vivencien actos de violencia intrafamiliar, llega a un acuerdo con el fallecido de separarse en esa fecha, con la salvedad, de que este continuaba sufragando los gastos del hogar.

La anterior situación, es acreditada por los testigos, quienes indicaron que la pareja sí tenía dificultades como cualquier pareja, pero a pesar de ello, siempre los vieron juntos, siempre veían al fallecido en la casa donde habitaba la demandante y sus hijos, que siempre compartieron juntos, a pesar de esa corta separación.

Por lo anterior, la Sala advierte, que en armonía con los principios de igualdad de género, dignidad, solidaridad, discriminación, entre otros conexos, no es posible desconocer las particularidades del presente caso, toda vez, que lo que buscaba la demandante era salvaguardar no solo su vida sino la de sus hijos menores, conservar un ambiente propicio para la familia; además, no era su anhelo que sus hijos siendo tan pequeños vivenciaran un ambiente de violencia entre los padres, razón por la que llegó a un acuerdo con el difunto de separarse, pero nótese que esta situación se dio el 7 de octubre de 2018, y el 27 de ese mismo mes y año, fue la fecha del deceso del señor Álvarez Vélez.

Lo anterior, significa, que no por esos días de separación, se podría negar el derecho que le asiste a la demandante, pues ya en casos de similares contornos la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en numerosa jurisprudencia, y ha indicado que esta es una excepción a la regla de convivencia, pues no es posible permitir que una persona con quien se convive, aguante todo tipo de atropellos contra su humanidad ni maltrato físico y mucho menos verbales ni psicológico, toda vez, que no se pueden desconocer los derechos de

protección constitucional en los que se encuentra la vida en condiciones dignas de una persona.

Lo anterior, cobra sustento conforme lo enseña la jurisprudencia de la alta corporación, entre ellas, la SL 1720 de 2020, en la que se dijo:

“Error jurídico del tribunal al realizar una interpretación restrictiva del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y, por consiguiente, negar el reconocimiento de la sustitución pensional, pues desconoció al resolver la controversia las categorías de género y los mecanismos internacionales para prohibir todo tipo de violencia contra las mujeres

(...)

Cuando el juez aplica una perspectiva transversal de género evita que se perpetúen los roles estereotipados y la discriminación que a menudo sufren las mujeres, en especial cuando se advierte un posible caso de violencia.

(...)

El requisito de la convivencia no se descarta por la sola separación de cuerpos de los cónyuges máxime si el beneficiario ha sido sometido a maltrato físico o psicológico, pues en esos eventos su renuncia a la cohabitación debe entenderse como un ejercicio legítimo de protección de sus derechos a la vida e integridad personal.

(...)

En ningún contexto es posible entender que una víctima de maltrato intrafamiliar pierde el derecho a obtener la pensión de sobrevivientes por la sola separación de cuerpos, pues ello comportaría una revictimización contraria a los principios que orientan nuestro ordenamiento jurídico, al derecho a la igualdad y no discriminación, conforme al cual nadie puede ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”

Todo lo anterior es claro para esta Colegiatura, máxime si se tiene en cuenta que, por la violencia intrafamiliar ocasionada por el causante, la demandante tuvo que tomar medidas de protección, tanto que la decisión de la Comisaría de Familia Decepez del 15 de agosto de 2013, dispuso:

RESUELVE

1. IMPONGASE como MEDIDA DEFINITIVA DE PROTECCIÓN, a DORA ROCIO REYES. Al tenor del artículo 5 de la Ley 575 de 2000,
2. CONMINACION a CARLOS ARTURO ALVAREZ VELEZ, al tenor del artículo 5 de la Ley 575 de 2000 ya identificado para que se abstengan a partir de la fecha de ejecutar cualquier acto de violencia ya sea maltrato verbal, físico o psicológico o cualquier acto de violencia con el que se perturbe la tranquilidad y el sosiego doméstico de DORA ROCIO REYES, Se le advierte a las partes que debe cumplir el compromiso de no maltratarse, igualmente se le advierte que el incumplimiento de las medidas de protección dará lugar a las sanciones previstas en el artículo 4 de la Ley 575 de 2000 A) Por primera vez multa entre dos (2) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, convertibles en arresto, la cual debe consignarse dentro de los cinco (5) días siguientes a su imposición. La conversión en arresto se adoptará de plano mediante auto que sólo tendrá Recurso de Reposición, a razón de tres (3) días por cada salario mínimo. B) Si el incumplimiento de las Medidas de Protección se repitiera en

Por ende, se considera que no fue una decisión caprichosa de la demandante el hecho de separarse el 7 de octubre de 2018 -20 días antes del deceso del causante- pues era su deber cuidar o protegerse a sí misma y procurar el cuidado de sus hijos, en aras de propiciar un ambiente exento de violencia o malos tratamientos en los que se vean involucrados los derechos de sus hijos, máxime si se trata de menores de edad –quienes para la época del deceso de su padre, contaban con 4 años de edad- y en esas calidades, pues recuérdese que son prematuros, personas que ya bastante tienen con haber superado diversas dificultades para poder vivir.

En conclusión, ninguna persona debe permitir violencia de ningún tipo, sea hombre o mujer, y está en cabeza de los jueces de la República activar las alarmas, para evitar desmanes en contra de las personas víctimas de violencia, ya sea, físico, psicológico o verbal.

Por todo lo anterior, expuesto, para la Sala resulta fehacientemente acreditado el requisito de convivencia y la aspiración que tenía la pareja de hacer una vida en familia, a pesar de las dificultades que no permitían dar cumplimiento cabal a esa comunidad de vida, que incluso se dio, pues así se probó en el plenario, que el causante siempre estuvo pendiente de su familia, era quien proveía los gastos del hogar, pues resulta obvio que la demandante tuviera dificultades para laborar teniendo en cuenta que era quien se encargaba del cuidado de los niños, quienes no solo eran prematuros, sino que también han requerido de un manejo y cuidado especial.

Y, lo anterior, es entendible no solo en aplicación del principio de solidaridad o de caridad, sino también, por la empatía que debe tener un ser humano respecto del otro.

Así las cosas, a la señora Dora Rocio Reyes le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a partir del 27 de octubre de 2018, en un 50%, la mesada lo será en razón de un salario mínimo legal mensual vigente –que será promediado con los hijos del causante- a razón de 13 mesadas anuales, con los incrementos de ley.

Ahora bien, para determinar la fecha del disfrute de la prestación económica, se hace imperioso el estudio de la excepción de prescripción, para lo cual se tiene que el causante feneció el 27 de octubre de 2018, la demandante reclamó la pensión de sobrevivientes el 10 de diciembre de 2018, la entidad negó el beneficio el 6 de diciembre de 2019, y la demanda se radicó el 19 de diciembre de 2019.

Por lo anterior, no transcurrió el término trienal para que se configure la prescripción, por ende, su disfrute lo será a partir del 27 de octubre de 2018, en este punto –y para resolver un punto de censura- resulta imperioso advertir, que no es posible ordenar que los menores de edad devuelvan lo que se les ha reconocido, pues es claro

que Protección S.A., debió realizar un estudio más a fondo de la situación particular que aquejaba a la demandante, y que por el hecho de una separación por unos días antes del deceso del causante, no daba lugar a negar el beneficio pensional.

Así las cosas, se tiene que Protección S.A., debe hacer uso de las herramientas necesarias para compensar las sumas de dinero sufragadas a los menores por el reconocimiento de la prestación económica.

Ahora bien, para verificar el cálculo del retroactivo pensional realizado por la juez de primera instancia, se toma el mismo desde el 27 de octubre de 2018 hasta el 31 de enero de 2021, el cual arroja la suma de \$12.714.600, suma que resulta levemente inferior a la calculada por la *A quo*, que lo fue por \$12.766.682, y en razón a que no fue objeto de apelación, se confirmará en este aspecto la sentencia.

RETROACTIVO			
Año	Mesada 100%	N° de mesadas	Total
2018	\$ 390.621	3	\$ 1.171.863
2019	\$ 414.058	13	\$ 5.382.754
2020	\$ 438.902	13	\$ 5.705.720
2021	\$ 454.263	1	\$ 454.263
			\$ 12.714.600

Asimismo, se procede a calcular el retroactivo desde el 1° de febrero de 2021 hasta el 31 de agosto de 2022, el cual arroja el equivalente a \$9.451.156, suma que también deberá cancelar Protección S.A., junto con el calculado en primera instancia, razón por la que se adicionará la sentencia proferida en primera instancia.

RETROACTIVO			
Año	Mesada	N° de mesadas	Total
2021	\$ 454.263	12	\$ 5.451.156
2022	\$ 500.000	8	\$ 4.000.000
			\$ 9.451.156

De igual forma, frente a los intereses moratorios, es claro y como se ha analizado por numerosa jurisprudencia de la alta Corporación, los mismos se causan por el retardo en el pago de las mesadas pensionales, como resarcimiento de dicha omisión en la que incurren los fondos de pensión; se evidencia que la actora elevó reclamación el 10 de diciembre de 2018, por ende la entidad contaba con 2 meses de gracia para resolver, situación que conlleva al reconocimiento de este emolumento a partir del 11 de febrero de 2019 hasta el momento en que se realice el pago del total de la obligación, tal como lo dispuso el juzgador de primer grado en la parte motiva de la sentencia, así en el resuelve hubiera quedado que era desde el 11 de septiembre de 2019, pues se considera que hubo un error de digitación frente a esta última fecha.

Por ende, se aclarará, que los intereses moratorios, serán reconocidos desde el 11 de febrero de 2019 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la obligación.

Lo anterior es así, pues frente a la carga probatoria, esta Sala reitera que la misma, se encuentra a cargo de la parte que aduce tener el derecho, para el caso que se estudia, se imponía a la parte demandante y vinculadas al trámite, pues así lo establece el artículo 167 del CGP analizado por analogía del artículo 145 del CPTSS, y de conformidad con la sentencia SL11325 de 2016, en la que señaló:

«De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado

como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado».

Todo lo anterior, a la luz del principio del principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, como en sentencias SL802 de 2021, SL858 de 2021, SL512 de 2021, entre otras.

Por último, respecto de la absolución frente a las costas procesales, para la casa es claro que la parte que resulte vencida en juicio, deberá ser condenada por este concepto, razón por la que se confirman las costas impuestas.

En esta segunda instancia, se encuentran a cargo de la parte demandada Protección S.A., y en favor de la demandante, se fijan como agencias en derecho la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se confirmará en lo demás la sentencia proferida por la juzgadora de primer grado.

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: ADICIONAR la sentencia 026 del 11 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de CONDENAR a Protección S.A., al pago del retroactivo pensional calculado desde el 1° de febrero de 2021 hasta el 31 de agosto de 2022, en suma de

\$9.451.156, junto con el calculado en primera instancia, conforme lo expuesto.

Segundo: ACLARAR que la condena por concepto de intereses moratorios lo será a partir del 11 de febrero de 2019 hasta que se efectúe el pago de la obligación, conforme lo expuesto.

Tercero: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por la juez de primer grado.

Cuarto: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y en favor de la demandante, se fijan como agencias en derecho la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Quinto: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen una vez ejecutoriada la sentencia, a través de la secretaría de la Sala Laboral.

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

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


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado