



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-018- 2021-00341-01
Juzgado de primera instancia:	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Pedro Arturo Montoya Sepúlveda
Demandado:	Colpensiones
Asunto:	Revoca sentencia –Sustitución Pensional– Ley 797 de 2003.
Sentencia escrita No.	198

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Colpensiones, contra la sentencia No. 446 emitida el 15 de diciembre de 2021. Asimismo, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Procura la demandante que: **i)** se ordene a Colpensiones a reconocer y pagar la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite de la causante, señora Mary Cielo García a partir del 19 de enero de 2015; **ii)** se condene a los intereses moratorios y **iii)** lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho (Folios 03 a 05– Archivo 01Expediente – PDF y Archivo 03Expediente – PDF).

2. Contestación de la demanda

Colpensiones mediante escrito visible a folios 01 a 17 Archivo 07 PDF, dio contestación a la demanda, la cual, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal, no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

La *a quo* dictó sentencia No. 446 emitida el 15 de diciembre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada. **Segundo**, condenar a Colpensiones a reconocer y pagar al señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda la sustitución pensional de carácter vitalicio en condición de cónyuge supérstite de la señora Mary Cielo García de Montoya, a partir del 19 de enero de 2016, en cuantía equivalente al SMLMV que corresponde a \$689.455, con sus respectivos reajustes de ley, en razón a 14 mesadas, indicando que la mesada pensional para el año 2021 corresponde también al SMLVM, esto es, \$908.526. **Tercero**, condenar a Colpensiones a pagar al actor la suma de \$44.782.152, correspondiente al retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 12 de marzo de 2018 y el 30 de noviembre de 2021. **Cuarto**, condenó a Colpensiones a pagar a la parte demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo pensional causado y que se llegare a causar, a partir del 13 de mayo de 2021 y hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina. **Quinto**, autorizar a Colpensiones para que del retroactivo a pagar descuenta el valor de las cotizaciones en salud sobre las mesadas ordinarias causadas y las que en el futuro se originen. **Sexto**, condenó a Colpensiones en costas. **Séptimo**, sino fuera apelado el fallo, consúltese con el superior.

Para adoptar tal determinación, y luego de fundamentarse en jurisprudencia y normatividad frente a este caso, señaló que no existe discusión de la calidad de pensionada de la causante, y que el vínculo matrimonial con la demandante continua vigente. Que conforme con la prueba documental y testimonial, se demuestra la convivencia entre la pareja conformada por el señor Pedro Arturo

Montoya y la señora Mary Cielo García por un lapso superior a 5 años. Que los testigos fueron coincidentes en afirmar que, el demandante viajaba desde Palmira a Itagüí, ciudad donde su esposa vivía. Que, aunque no residían en la misma ciudad, lo era por cuestiones de trabajo.

De esta manera, reconoció el derecho pensional al demandante en un salario mínimo legal vigente. Asimismo, declaró no probadas las excepciones de fondo, salvo la de prescripción. Frente a los intereses moratorios los otorgó a partir del 13 de mayo de 2021

4. La apelación

Contra esa decisión, la apoderada judicial de Colpensiones interpuso en término oportuno recurso de apelación.

Apelación Colpensiones

Señaló que en la investigación administrativa realizada por la entidad, con el fin de determinar la convivencia entre la pareja conformada por el demandante y la causante, no se acreditó el contenido y veracidad de la solicitud presentada por el demandante, ni la convivencia por 5 años. Que no existe evidencia fotográfica para corroborar una línea de tiempo de convivencia; además, no fue posible obtener el testimonio en las labores de campo que pudieran dar fe de la convivencia de la pareja, toda vez que el solicitante aportó una sola dirección errada, la cual, pese a que pertenece a uno de los testigos extraprocesales, éste informó que la causante nunca residió en el sector. Por lo tanto, solicita se revoque el fallo de primer grado.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, guardaron silencio

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Cumple el demandante señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda con los requisitos mínimos para acceder a la sustitución pensional, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003?

2. Respuesta a los interrogantes planteados.

2.1. ¿Cumple el demandante, señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda con los requisitos mínimos para acceder a la sustitución pensional, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003?

La respuesta es **negativa**. El señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda no cumple con los requisitos de convivencia para acceder a la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de la señora Mary Cielo García. Lo anterior en razón a que no acreditó la convivencia por un término mínimo de 5 años en cualquier tiempo.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

2.1.1. Requisitos para acceder a la sustitución pensional

El Sistema Integral de Seguridad Social establecido por la Ley 100 de 1993 protege, entre otras contingencias, la causada por la muerte del miembro de la familia que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dado que con su ausencia los integrantes del mismo quedarían en situación de desamparo; así, creó el concepto de beneficiarios del pensionado o afiliado al Sistema.

Ha sostenido la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional tienen como finalidad menguar las consecuencias económicas que se generarían en el núcleo

familiar por la intempestiva muerte de uno de sus miembros, afiliado o pensionado al Sistema General de Pensiones, que contribuye de manera sustancial al mantenimiento de la familia; esto, con el fin de paliar el cambio abrupto de las condiciones de subsistencia de aquellos que dependían del causante y que han sido considerados beneficiarios de esta protección por la propia ley de seguridad social (SL1921-2019).

Tratándose de la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, se ha sostenido de antaño que por regla general la norma que gobierna estas temáticas será la vigente al momento del fallecimiento del pensionado o afiliado, tal como lo rememoró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes fallos SL2883 del 17 de julio de 2019, radicación 74189, SL465 del 25 de enero de 2017, radicación 45262 y recientemente, las SL142 del 29 de enero de 2020, radicación No. 68816 y SL379 del 12 de febrero de 2020, radicación No. 62306.

Ahora bien, descendiendo al caso bajo estudio, encuentra la Sala que, según el Registro Civil de Defunción, visible a folio 06 (Archivo 01PDF) la señora Mary Cielo García falleció el **19 de enero de 2016**. En consecuencia, la norma aplicable al presente asunto es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

Siendo esto así, la citada disposición contempla como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, al cónyuge o compañera o compañero permanente, a los hijos menores de 18 años, a los mayores de 18 años y menores de 25 años con incapacidad para trabajar en razón de sus estudios, a los padres de éste o en su defecto a los hermanos inválidos que dependían económicamente del causante

Igualmente, el literal b) de la norma en mención en sus incisos 2º y 3º, comporta que:

“Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.

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

Ahora bien, con relación al alcance que se debe dar al artículo 13 de la Ley 797 de 2003 modificadorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, tratándose de los apartes relacionados con el derecho a la pensión de sobrevivientes del cónyuge y/o compañeros permanentes, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1399 del 25 de abril de 2018, radicación 45779, indicó lo siguiente:

- A. **Convivencia singular con el (la) cónyuge:** El cónyuge con unión marital vigente, separado o no de hecho, que acredite la convivencia con el pensionado o afiliado fallecido durante un lapso no inferior a 5 años, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.
- B. **Convivencia singular con el (la) compañero (a) permanente:** El compañero o compañera permanente debe demostrar que la convivencia con el causante se mantuvo durante los 5 años previos al fallecimiento. La distinción de requisitos entre las uniones maritales y el matrimonio se fundan en las especificidades propias de cada una, ya que, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes, a diferencia del vínculo matrimonial cuyos efectos civiles no se agotan con la separación de hecho.
- C. **Convivencia simultánea con el (la) cónyuge y compañero (a) permanente:** En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes de la muerte del causante entre un cónyuge y un compañero o compañera permanente, los beneficiarios deben ser ambos en proporción al tiempo de convivencia con aquél.

Finalmente, en la mentada jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia definió el concepto de convivencia como *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).*”

Ahora, si bien el precedente de la Corte Suprema de Justicia señala que para el afiliado no se requiere convivencia por cinco años, este criterio fue revocado por la Corte Constitucional en sentencia de Unificación SU 149 de 2021. En efecto, esta Corporación señaló que la convivencia de 5 años es un requisito que se requiere para dejar causado el derecho tanto para el pensionado como al afiliado fallecido, razón por la cual, no encuentra razonable el cambio de interpretación invocado por la Corte Suprema en providencia de fecha junio 3 de 2020. Al respecto indicó:

“el trato diferenciado carece de una justificación objetiva porque desatiende que, sin importar si se está ante una prestación causada por la muerte del afiliado o pensionado, la finalidad de la pensión de sobrevivientes es la protección del grupo familiar. Al eximir al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite del afiliado de demostrar los cinco años de convivencia, la Corte Suprema de Justicia inaplica el requisito que el Legislador, en ejercicio de su margen de configuración en materia de seguridad social, estimó adecuado para determinar que el beneficiario, en efecto, pertenece al grupo familiar del causante. De la misma manera, esta interpretación es problemática respecto de la noción misma del matrimonio o de la unión marital de hecho, las cuales tienen dentro de sus elementos definitorios la convivencia estable y singular de los integrantes de la pareja. Es a partir de esa convivencia que se generan deberes jurídicos de solidaridad y mutuo socorro, con base en los cuales válidamente el Legislador previó determinados requisitos y plazos predicables al caso examinado. En este sentido, el Legislador, dentro de su amplio margen de apreciación en materia de diseño de las prestaciones en materia de seguridad social, impuso el requisito de convivencia como un medio adecuado para garantizar que la pensión de sobrevivientes se reconozca a los beneficiarios a partir de sus finalidades, sin que lo dicho constituya un juicio abstracto sobre la constitucionalidad del requisito de convivencia o la imposibilidad de que posteriormente el Congreso de la República pueda variar dichos requisitos”.

Concluyó la Corte que: *“Por el contrario, de una interpretación compatible con este principio constitucional, se deduce que la exigencia de los cinco años de convivencia con el causante responde a la finalidad de que sea el grupo familiar el que acceda a la pensión de sobrevivientes y de proteger a este grupo de solicitudes artificiosas o ilegítimas. Por esta razón, debió considerarse que la compañera permanente del afiliado debía demostrar este tiempo de convivencia con su causante”.*

Destacó, además, que la distinción realizada por la Corte Suprema de Justicia, referente en exigir al cónyuge o compañera (o) permanente el deber de acreditar el término mínimo de cinco años de convivencia antes del

fallecimiento del causante, solo era aplicable cuando estos fueran pensionados, más no en el caso de los afiliados, no concuerda con el propósito de la pensión de sobrevivientes, como tampoco con los requisitos de convivencia. Precizando que *“esa diferenciación carece de una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad, por lo que resulta arbitraria”*.

Así pues, la Sala acoge el criterio señalado por la Corte Constitucional, pues la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de 5 años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

2.1.2. Caso en concreto.

El señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda pretende el reconocimiento de la sustitución pensional por el fallecimiento de la señora Mary Cielo García, a partir de la fecha de su deceso.

Una vez analizado el material probatorio, se encuentra acreditado que: **i)** la señora Mary Cielo García falleció el 19 de enero de 2016, según el Registro Civil de Defunción visible a folio 06 Archivo 01 PDF; **ii)** que la causante ostentaba la calidad de pensionada por invalidez, pues mediante Resolución No 019775 del 27 de octubre de 2005, el I.S.S. le reconoció pensión de invalidez a partir del 25 de agosto de 2004, en cuantía de \$3582.00 (Flios 05 a 11 Archivo 06 PDF denominado GEN-REQ-IN-2021_2949718-20210325083943.pdf); **(iii)** que el demandante el día 12 de marzo de 2021 presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, con ocasión al fallecimiento de su cónyuge, la cual fue resuelta en forma negativa a través de la Resolución No SUB124906 del 26 de mayo de 2021, pues no se acreditó convivencia en los últimos 5 años anteriores al deceso de la señora Mary Cielo García (Fls 08 a 22 Archivo 01 PDF).

En virtud de lo anterior, fuerza colegir que la causante, para la data de su deceso, ocurrido el 19 de enero de 2016, dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios disfruten la sustitución pensional conforme a las

disposiciones vigentes para dicha calenda, esto es, como se enunció, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Se allegaron al plenario los siguientes medios probatorios:

- A folio 14 del Archivo 01 PDF, registro civil de matrimonio, sin notas marginales, de donde se colige que la pareja conformada por la señora Mary Cielo García Bermúdez y el señor Pedro Arturo Montoya contrajeron nupcias el 11 de julio de 1979.

- Las declaraciones extra proceso rendidas por los señores **José Nebardo Uribe Orrego** y **Eduin Cañaverl Cañaverl** el 02 de agosto de 2018, quienes manifestaron que conocieron a la causante por espacio de 30 y 26 años, respectivamente. Aseguran que el actor y la señora Mary Cielo, contrajeron matrimonio el 11 de julio de 1979, es decir, por más de 36 años. Que convivieron bajo el mismo techo de forma permanente, compartiendo lecto, techo y mesa hasta el fallecimiento de la señora Mary. De esta unión procrearon dos hijos llamados Elizabeth y Johnny Alexander Montoya. Que la pareja velaba por la economía del hogar. Afirman que la pensionada no tuvo más hijos reconocidos ni por reconocer (Archivo 06 PDF, denominado GRP-MCC-TE-2021_2949718-20210312052345..pdf).

-Informe Técnico de Investigación de la empresa Cosinte R, realizado por la Gerencia de Reconocimiento e Investigación- Convivencia de Colpensiones el 23 de marzo de 2021¹, donde se resalta lo siguiente:

“Manifiesta que iniciaron convivencia desde el día 11 de julio de 1979, fecha en que contraen matrimonio. Informa que inicialmente convivieron en la calle 35 No. 50A-44 Barrio las Margaritas por siete años, hasta el año de 1998 y en el barrio los Naranjos, refiere que realizan separación debido a la enfermedad de la causante la cual se fue a vivir con una hija Elizabeth Montoya García, ubicada en la calle 34 No. 64-110 Interior 471, Urbanización la Colonia de Asís, Itagüí, durante los últimos 20 años hasta el fallecimiento, informa que él viajaba constantemente a visitarlos, pero que no vivía en ese lugar. por su parte refiere que desde hace cinco años tiene compañera permanente

(...) Se realiza llamada de confrontación al señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda, donde se indaga por qué suministro dirección incorrecta, sobre el

¹ Archivo 06CarpetaAdministrativaColpensiones (archivo GEN-REQ-IN-2021_2949718-20210430100833.pdf investiga)

lugar de convivencia de la causante, dando como residencia la dirección del testigo notarial señor Eduin Cañaverall Cañaverall, Calle 34 No. 64-110 Interior 471, Urbanización la Colonia de Asís, informa que no entiende el porqué, dicen que esa no es la dirección de la causante y ese es el sitio donde convivía, asimismo, se indagó sobre el nombre de la hija extramatrimonial de la causante, informa que se llama Tatiana, pero no suministra el número telefónico, de igual forma se le indaga que según la información suministrada por el familiar, la convivencia de los implicados se dio hasta el año 2007, manifiesta reiterando que se separaron en esa fecha, pero que regresaron, y que estuvieron juntos hasta el fallecimiento de la causante. Finalmente, el solicitante se molesta y no accede a dar más información, se intentó llamar nuevamente para insistir por el número telefónico de familiares o la hija extramatrimonial de la causante, pero ya no contesta.

Con el fin de corroborar la información aportada por el solicitante se entrevistó a la señora Yesid García Bermúdez, identificado con CC 70553242, ubicado en la carrera 61 No. 39-48 en Itagüí, número telefónico 3142081507, en calidad de hermano de la Causante, informó que conoció la convivencia de la causante la señora Mary Cielo García de Montoya y el señor el señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda, ya que fueron esposos, compartiendo techo, lecho y mesa de manera ininterrumpida, desde el año de 1980 aproximadamente, Manifiesta que la causante, se separó del solicitante en el año 2007 y la causante tuvo una hija extramatrimonial Tatiana la cual tiene 22 años de edad, de la relación procrearon dos hijos, mayores de edad, sin discapacidad. Informa que los implicados finalmente sostuvieron una relación cordial por los hijos. Manifiesta que la causante falleció, el día 19 de enero de 2016, de cáncer, en el año de 2015 le amputaron una pierna, fue velada en Itagüí y cremada en el cementerio jardines de Montesacros.

Se realiza intento de contacto al Yesid García Bermúdez, con el fin de ampliar la entrevista, respecto a la información aportada por el solicitante, pero quien contesta es el señor Jhonny Alexander Montoya García, con la CC 71274756, en calidad de hijo de los implicados, quien informa que la señora Mary Cielo García De Montoya convivió con el señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda de forma permanente hasta el fallecimiento de la causante. Al indagar por más números telefónicos de familiares, a lo cual aportó el número de la señora Yuliana Lopera, 3177883995, el cual aparece fuera de servicio, también se indaga por el teléfono de la hermana la señora Tatiana Olaya García, a lo cual manifiesta no tener el número y no tener contacto con ella.

Se realizó trabajo de campo en la dirección la calle 34 # 64-110 la colina de Asis, Itagüí, ya que según lo manifestado fue la residencia de la causante durante los últimos 20 años, hasta su fallecimiento, pero la dirección pertenece a la señor Eduin Cañaverall Cañaverall quien sirvió como testigo extra juicio, al cual manifestó que en la dirección mencionada nunca convivió la causante.

En labores de campo se entrevistó al guarda de seguridad en la calle 34# 64-110 La Colina de Asis, en la ciudad de Medellín, manifestó no conocer a la señora Mary Cielo García Montoya y al señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda, indicó que lleva en la unidad hace 4 años, llama al apartamento en mención, donde se indica que la residente del apartamento se llama Isabel,

quine refiere no conocer a los implicados. Continuando con las labores de campo se indaga en diferentes negocios del sector donde refiere no conocer a la señora Mary Cielo García Montoya y a el señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda.

Continuando con las labores de campo se indaga en diferentes negocios del sector donde refiere no conocer a la señora Mary Cielo García Montoya y a el señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda”.

Por lo anterior, la entidad concluyó que:

“NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Pedro Arturo Montoya Sepulveda, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, no se logró establecer que el señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda y la señora Mary Cielo García De Montoya, hubieran convivido los últimos 5 años de vida del causante y por el tiempo manifestado por el solicitante, desde el día 11 de julio de 1979 hasta el día 19 de enero del 2021, fecha de fallecimiento de la causante. - No se aporta evidencia fotográfica donde se corrobore una línea de tiempo de convivencia. - Existe contradicción en los tiempos de convivencia toda vez que el señor Yesid García Bermúdez, en calidad de hermano de la causante refiere que existió una separación en el año 2007, sin restablecer la convivencia. - No fue posible obtener el testimonio de en labores de campo que pudieran dar fe de la convivencia de la pareja, toda vez que el solicitante aportó una sola dirección errada, la cual pese a que existe pertenece a uno de los testigos extra juicio el cual informa que la causante nunca residió en el sector”.

De igual forma se recepcionó el interrogatorio de parte y los testimonios rendidos en juicio, los cuales no fueron tachados de falsos, frente a los cuales se tiene:

El señor **Pedro Arturo Montoya Sepúlveda**, manifestó que contrajo matrimonio con la causante desde el año 1979, pero no recuerda la fecha exacta. Que inició convivencia un mes antes de casarse, “*como en junio*”. Que compartieron techo, lecho hasta enero de 1985, dado que en esa anualidad se fue a vivir a Palmira por asuntos laborales, pero que la misma se extendió hasta el 16 enero de 2016, cuando falleció su esposa en la ciudad de Itagüí.

Al preguntársele: ¿conoce al señor Yesid García Bermúdez?, respondió que sí, pues es su cuñado, es decir, hermano de la señora Mary Cielo García. Cuándo le fue indicado, por qué el señor Yesid,

afirma que se había separado de su esposa entre el año 1980 a 2007, indicó que desconoce porque lo manifestó, pues en ese periodo no se llegó a separar de la señora Mary Cielo.

Dice que, al momento de fallecer su esposa, él vivía en Palmira, ciudad donde reside desde el año 1985. Que, para esa data, la señora Mary Cielo residía en Itagüí, donde siempre lo hizo, dado que no quería trasladarse de ciudad. Que, aunque vivían en distintas ciudades, lo era por cuestión de trabajo. Que la señora García laboraba en distintos sitios, como en cafeterías, apuestas, y ellos le colaboraron para pagarle las cotizaciones para la pensión.

Aduce que de la unión procrearon dos hijos, quienes nacieron en el año 1980 y 1982 o 1983. Que entre 1980 a 2016 su esposa no convivió con persona distinta, ni él tampoco, pero *“vivía solo, y como todo el mundo tenía su novia”* (mto 16:50 a 16:57). Que el hogar para la época del fallecimiento de su cónyuge estaba conformado por su hija; además, que éstas residían en la casa de la madre de la causante.

Afirma que desde el año 1985 al año 2016, su esposa nunca llegó a viajar a Palmira, sin embargo, él si lo hacía a la ciudad de Itagüí cuando tenía vacaciones, llevaba mercancía, o los días con *“puentes”*. Esgrime que su esposa falleció de una enfermedad *“pie de elefante, la cauterizaron”*, y desde el año de 1990 comenzó a enfermarse. Que la persona que le prestaba ayuda era la hija de ella, llamada Elizabeth (Archivo 13AudioAud653Rad2021341.mp4– Min. 6:41 a 23:36).

- Por su parte, el señor **Eduin Cañaverl Cañaverl**, señaló que tiene 46 años. Que el demandante es su suegro, pues es el esposo de la hija mayor. Dice que conoció al actor en visitas regulares que él hacía a la casa de la causante, dado que éste trabajaba en otra ciudad.

Que el noviazgo con la hija del demandante inició en el año 1997, y se prolongó aproximadamente 5 años, pues luego se casaron en junio de 2001. Por lo que desde esa data conoce al señor Pedro Arturo.

¿Al preguntársele con qué frecuencia visitaba a su novia?, respondió que, 2, 3 o 4 veces a la semana. Y al demandante lo “veía” los fines de semana, en puentes, vacaciones *“en temporadas larguitas, era de entrada y salida”*. Posteriormente dice que no era por *“entrada por salida, yo lo veía normalmente”* (Mto 38:58 a 40:47)

Se le preguntó ¿sí tenía conocimiento de que el señor Pedro Arturo se quedaba en la casa de su esposa?, adujo que sí, *“a veces dos, tres, cuatros, no lo se...yo iba un viernes, yo me lo encontraba todo el fin de semana, ya cuando empezaba otra vez la semana, él ya no estaba, luego me lo encontraba más adelante”* (Mto 41:02 a 41:47)². La juez le pregunta ¿Por qué manifiesta que “lo veía” un viernes y a la vez se lo encontraba toda la semana? En ese estado se escucha que el testigo habla con una persona, en aras de dar respuesta a la pregunta (ver mto 41:03 a 41:14) Luego aclaró que el actor visitaba a su esposa los fines de semana (Mto 41:15 a 41:37). Que lo presenciado por él, era que algunos fines de semana lo *veía allá*, porque le daban posada en esa casa.

La juez le pregunta ¿le daban posada al señor Pedro Arturo mientras estaba en la ciudad Itagüí?, a lo que respondió, que sí, cuando se quedaba en Medellín en calidad de esposo (Mto 42:19 a 42:37)³

Argumenta que la pensionada falleció en enero del año 2016. Que tiene conocimiento de ello porque estuvo en el entierro (Mto 43:03 a 43:19). Le fue preguntado, si tenía conocimiento de que la señora Mary Cielo tenía esposo, a lo que respondió que sí, pues era el señor Pedro Arturo. Al cambiársele la pregunta, en el sentido, si era conocedor que la señora García tuviera compañero permanente, o persona distinta al actor, dice que no, luego de mirar a alguien que no es parte en la audiencia (ver Mto 43:20 a 44:12)

Afirma que desde el año 1997 visitó la casa de la señora Mary Cielo hasta que falleció de cáncer. Que el hogar de la causante lo constituía

² En ese estado de la diligencia, miraba a otra persona externa a la diligencia.

³ Mira nuevamente a una persona externa de la audiencia

el señor Jhonny Alexander, Pedro Arturo (ver mto 44:39 a 46:01) Dice que el actor y la pensionada se casaron, y no se llegaron a separar. Que dado que visitaba la casa de la causante regularmente veía a Jhonny Alexander -hijo de la pareja-, y a veces al actor que llegaba como cónyuge, pero no tiene conocimiento si pagaba por la estadía. Que no recuerda en que trabajaba la señora Mary Cielo, pero cuando laboraba, era en el terminal. Que desconoce si el actor vivía con otra persona distinta a la causante; además, si existió divorcio entre la pareja.

Le fue preguntado, ¿quién era el señor Yesid García Bermúdez?, a lo que contestó que el hermano de la causante, y desconoce el motivo por el cual afirmó en una entrevista a Colpensiones que se había separado del actor entre el año de 1980 al 2007, porque el señor García no es muy cercano a la familia, y lo ha visto pocas veces. Que la pareja compartía cumpleaños, como una familia (Archivo 13AudioAud653Rad2021341.mp4– Min. 33:14 a 56:03).

- Por su parte, el señor **Jhony Alexander Montoya García**, señaló que tiene 39 años, pues nació el 27 de octubre de 1982. Dice que el actor es su padre, y la causante era su mamá. Que la pareja convivía juntos desde que “*tenía uso de razón... no recuerda la fecha del matrimonio*”, pero que la convivencia se extendió hasta el día del fallecimiento. Que la residencia de su papá era Palmira, pero los visitaba a Medellín. Que no recuerda la fecha en que el señor Pedro Arturo se fue a dicha ciudad, pues tenía 5 a 6 años, finalizando los “ochenta”.

Manifiesta que cuando su papá iba a Medellín lo hacía en calidad de esposo y padre, que se ausentaba por trabajo, pero la convivencia con su madre era de esposo. Que el señor Yesid García era su tío, que, aunque visitaba con frecuencia a su madre, en reuniones, no era frecuente (Archivo 13AudioAud653Rad2021341.mp4– Min. 56:48 a 1:12:03).

Del análisis de los medios de prueba aportados al plenario, acota la Sala que señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda ostenta la calidad de cónyuge

supérstite, conforme se extrae del registro civil de matrimonio. Sin embargo, no logró demostrar convivencia con el causante los 5 años en cualquier tiempo, conclusión a la que se arriba bajo las siguientes razones:

Manifiesta que inició la convivencia con su esposa desde el 11 de julio de 1979, hasta el día de su fallecimiento. En la entrevista realizada a Colpensiones adujo que luego de casarse vivieron en distintos sitios de Itagüí, hasta el año de 1998, cuando se separaron dado la enfermedad de su cónyuge, pues ésta se fue a vivir con una hija. Y que durante los últimos 20 años previo al deceso de la señora Mary Cielo viajaba constantemente a visitarlos, dado que vivía en la ciudad de Palmira por asuntos trabajo.

La anterior versión difiere de su declaración, pues en el interrogatorio de parte señaló que la separación por cuestiones laborales se dio en el año 1985. Ahora, de la lectura de la investigación administrativa se extrae que el demandante refirió distintas direcciones donde se llevó a cabo la convivencia con su esposa, no obstante, con la investigación de campo, varios entrevistados afirmaron no conocer a la pareja. De igual forma, llama la atención de la Sala que el señor Pedro Arturo cuando le fue preguntado de qué había fallecido su esposa, no tuviese claridad, pues lo único que refirió fue que tenía "*pie de elefante*" y que "*la cauterizaron*", y en la entrevista señaló que ésta tenía cáncer, además, explicó de manera detallada los padecimientos de la señora Mary Cielo.

Sumado a lo anterior, aunque se afirmó que la convivencia inició desde el año 1976 hasta el 16 de enero de 2016, de los documentos que obran en el expediente administrativo, mismos que la juez no valoró, se evidencia que la señora Mary Cielo al momento de solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez -2 de diciembre de 2004- refirió que se encontraba separada, siendo ese su estado civil⁴. Si bien, no obra en el plenario que entre la pareja haya existido divorcio, lo cierto es que, lo manifestado por la causante contradice lo argüido por el actor cuando afirmó que nunca se llegó a separar de su esposa;

⁴ Archivo 06 PDF denominado GRP-HPE-EI-CC-42757970_1.pdf

además, en la investigación administrativa adujo que sí se separó en el año 2007, pero posteriormente regresó con la señora Cielo.

Lo anterior demuestra que no existe claridad del tiempo de convivencia con la causante, y que este se haya extendió desde el año 1979 por 5 años en cualquier tiempo, máxime cuando el demandante aseveró que la pensionada nunca viaja a la ciudad de Palmira, y que él *“vivía solo, y como todo el mundo tenía su novia”* (mto 16:50 a 16:57)

Aunado a lo anterior, era evidente que el demandante al momento de recepcionar su interrogatorio de parte, se encontraba acompañado, pues permanecía hablando con otra persona, sin que la juez como directora del proceso haya adoptado los correctivos necesarios (ver mto 10:47 a 11:13, 18:29 a 18:58 y 22:22 a 22:45 entre otros)

Así pues, para la Sala este medio de prueba no es susceptible de probar lo pretendido. En efecto, la jurisprudencia ha señalado en sentencia CSJ, SL 15 de julio. 2008, rad. 31637, reiterada en la CSJ SL, 5219-2018, entre otras, que: *“no se puede soslayar lo que antaño ha sostenido esta Corporación en torno a que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir, que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio. De no ser así, la sola afirmación del demandante de haber laborado un número determinado de horas extras, dominicales y festivos, bastaría para vincular al juez laboral para fallar en su favor, que es lo que en últimas pretende el actor en su discurso... Es por lo anterior, que no hubo la confesión que dejó entrever la censura y como por sí sólo el interrogatorio de parte no es una prueba apta en casación como ya se ilustró”.*

Aunado a ello, no favorece al actor los testimonios traídos a juicio de los señores **Jhony Alexander Montoya García y Eduin Cañaverl Cañaverl**. El primero, quien es hijo del actor, se limitó a señalar que le consta la convivencia de sus padres. Que el señor Pedro Arturo viajaba constantemente en calidad de cónyuge y padre, pero no manifestó con qué frecuencia los visitaba, tampoco brindó mayores detalles frente a la convivencia entre ellos.

Frente al testigo **Eduin Cañaverl Cañaverl**, no es de recibo para la Sala que la juez de primera instancia lo haya tenido en cuenta, cuando era evidente que al momento de brindar su declaración se encontraba acompañado, pues para contestar las preguntas miraba hacia otro lado, era dubitativo, y no respondía hasta mirar un punto fijo.

Nótese que, en las preguntas realizadas por la juez, referente a con qué frecuencia visitaba el actor a su esposa, dudaba en su respuesta, estas eran contradictorias, y luego de mirar hacía otra parte, que no era la cámara, aclaraba la respuesta dada. Incluso en el minuto 42:02 del audio se visualizaba que alguien externo al mismo y a su apoderada le habla al testigo cuando le preguntaban que aclarara cuántas veces veía al actor en la casa de la señora Mary Cielo (ver Mto 38:58 a 40:47, 40:02 a 40:47).

En preguntas frente si la causante tenía compañero permanente o convivía con persona distinta al actor, sus respuestas no fueron espontaneas, pues antes de contestar, como lo hizo en toda su declaración, miraba a alguien que no es parte en la audiencia (ver Mto 43:20 a 44:12)

Aunado, no existe coincidencia con lo señalado por el actor y el testigo cuando le fue preguntado cómo se encontraba constituido el hogar de la pensionada previo a fallecer, pues el señor Cañaverl indicó que solo con el señor Jhonny Alexander y Pedro Arturo. Y el demandante adujo que solo con una hija.

El deponente dice que le consta la convivencia de la pareja desde el año de 1997, pues en esa anualidad fue novio de la hija del actor, sin embargo, es contradictorio a lo afirmado por él en la declaración extraprocesal, donde asegura que dicha convivencia lo fue desde el año 1979, y aseveró que estos compartían lecho, techo y mesa por espacio de más de 36 años, difiriendo de lo previamente mencionado.

Así pues, considera la Sala que la juez de primer grado debió adoptar los correctivos en la audiencia, para con el actor, el testigo y la apoderada de la parte actora, pues era evidente que los mismos contaba con otra persona, quien le suministraba las respuestas. De esta manera, el testigo presenta

inconsistencias que son imposibles pasar por alto, pues no dan certeza ni credibilidad en sus dichos, que resultan contradictorios.

Ahora, en cuanto a las declaraciones extraprocesales, las mismas son generales, pues los señores **José Nebardo Uribe Orrego** y **Eduin Cañaverl Cañaverl**, no señalan circunstancias de tiempo, modo y lugar, para corroborar por qué tienen conocimiento de que la actora y el causante convivieron desde el 11 de julio de 1979 hasta el día de su fallecimiento. Por lo tanto, no se dará credibilidad a estas versiones.

De esta manera, no se evidencian las características de una vida en común que pudiera conducir a una auténtica convivencia en el término legal. Dígase, además, que la jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha señalado que el requisito de convivencia no se prueba con una simple declaración extraprocesal, debido que debe acreditarse la real y permanente comunidad de vida, con vocación de permanencia de conformar una familia, lo cual no resulta evidente en las declaraciones ya referenciadas. En sentencia CSJ, SL SL1381-2022 del 04 de abril de 2022, reiterada en la CSJ SL5677-2021, entre otras, la Corte Suprema de Justicia precisó que:

*“Lo último, con la intención de verificar su precisión, suficiencia y razón o ciencia de su dicho en relación con el hecho que quiere demostrarse, los cuales, huelga agregar, no son atributos notables en ese instrumento, **en vista que la manifestación allí plasmada es genérica e imprecisa**, contexto en el que importa precisar que en la sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, reiterada en la CSJ SL12029-2016 y CSJ SL5677-2021, se señaló:*

*[...] **la Sala de Casación Laboral ha sido enfática en señalar que el requisito de convivencia no se prueba con una simple declaración extraprocesal, pues debe acreditarse la real y permanente comunidad de vida**, no se trata de una simple relación amorosa o un tiempo escaso de convivencia, es la voluntad real y con vocación de permanencia de conformar una familia, lo cual no resulta evidente con las pruebas denunciadas en el recurso. Precisa la Corte:*

De tiempo atrás la Corte ha sostenido que la acreditación del requisito de convivencia no se obtiene a través del cumplimiento de una mera formalidad, como una declaración extraprocesal rendida en una notaría o plasmada en un documento, sino que sólo se puede dar por establecida en la realidad misma, es decir, debe ser el reflejo de una auténtica comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común, esto es, en los términos del artículo 42 Constitucional, que consulte el verdadero deseo libre de la pareja, de conformar una familia, con lo cual se obtendría la garantía de protección del Estado y de la sociedad allí ofrecida (CSJ SL3570-2021)”. (negrilla fuera de texto)

Ahora, la Sala aclara que por el hecho de presentar la demandante un vínculo matrimonial vigente con el causante no le da el derecho automáticamente de ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pues la jurisprudencia ha señalado que: *“tanto al cónyuge como al compañero permanente les es exigible el presupuesto de la convivencia efectiva, real y material, por el término establecido en la ley, por lo que no basta con la sola demostración del vínculo matrimonial, para tener la condición de beneficiario”* (CSJ SL4099-2017, rad. 34785; reiterada en la decisión CSJ SL1015-2018).

Al respecto en reciente pronunciamiento SL1158 del 05 de abril de 2022 señaló que:

*“...el hecho de que la cónyuge de Rufino Manjarrez Montiel no estuviera haciendo vida marital con él para el momento del fallecimiento, es decir, que estuviera separada de hecho, no es ningún impedimento para pueda disfrutar del derecho pensional deprecado en forma proporcional, como lo estableció la alzada, toda vez que la circunstancia de que el vínculo matrimonial entre la accionante y el fallecido permaneciera vigente, habilita la posibilidad de que sea beneficiaria de la prestación pensional, **ya que la Corte ha adoctrinado y es su criterio actual, que para acceder a una pensión de sobrevivientes, quien alega la calidad de cónyuge «con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho», el único requisito que debe acreditar es el de la***

convivencia efectiva durante los aludidos cinco (5) años en cualquier tiempo. (Negrilla fuera de texto)

Se explicó también en la sentencia referenciada, que la convivencia de cinco años en cualquier tiempo tiene como propósito proteger a la cónyuge que aportó en el matrimonio “*a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social*”.

Así entonces, conforme al artículo 61 del CPTSS que otorga la facultad a los jueces de analizar libremente los medios de convicción para formar su convencimiento acerca de los hechos; después de estudiar todo el material probatorio, para la Corporación quedó probado que entre el señor Pedro Arturo Montoya Sepúlveda y la señora Mary Cielo García existe un vínculo matrimonial vigente. Sin embargo, no se demostró que la demandante haya convivido con el causante durante los 5 años continuos en cualquier tiempo. Por lo tanto, no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional que reclama. Por ende, se deberá revocar la sentencia de primera instancia,

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de las dos instancias a la parte demandante.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primer grado para en su lugar absolver a la parte demandada de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de las dos instancias a la parte demandante. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO

Firma digitalizada para
Acto Judicial

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
ACLARO VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Aclaro voto respecto a que no estoy de acuerdo con la posición asumida por la Sala Mayoritaria, en el sentido de dar aplicación a la decisión de la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU 149 de 2021, en efecto, dicha Corporación señaló que la convivencia de 5 años es un requisito que se requiere para dejar causado el derecho tanto para el pensionado como al afiliado fallecido, y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a pesar de lo anterior, mantiene su criterio de dos años para el afiliado, como lo expuso en la providencia SL 5270-2021.

Firma digitalizada para
Acto Judicial

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

SALVAMENTO DE VOTO

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

Siendo el caso que nos ocupa referente a la solicitud pensional del esposo de la reclamante pensionada fallecida, la legislación ciertamente exige una convivencia de cinco años, pero fatalmente no expresa que deban ser seguidos a la data del fallecimiento, si no en cualquier tiempo, y eso es lo que se advierte del mismo examen institucional adelantado cuando se dice:

“Manifiesta que iniciaron convivencia desde el día 11 de julio de 1979, fecha en que contraen matrimonio. Informa que inicialmente convivieron en la calle 35 No. 50A-44 Barrio las Margaritas por siete años, hasta el año de 1998 y en el barrio los Naranjos,” sin que posteriormente en ese estudio se infirme las conclusiones iniciales, Tal como se puede ver incluso del informe transcrito en la providencia, que finalmente contiene un error sustancial al exigir la convivencia en los últimos años de vida de la pensionada, como se afirma en la conclusión:” hubieran convivido los últimos 5 años de vida del causante y por el tiempo manifestado por el solicitante, desde el día 11 de julio de 1979 hasta el día 19 de enero del 2021, fecha de fallecimiento de la causante”.

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA