



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO DISIDENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Salvamento de Voto

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ANGELMIRO COCUNUBO COCUNUBO contra AFP PROTECCIÓN S.A. e INTERVINIENTE AD EXCLUDENDUM AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ. Rad. 110013105-036-2017-00830-01.

Con el respeto y consideración de siempre, cumplo con el deber de consignar para el registro de la audiencia, y como lo autoriza el inciso 3 del artículo 279 del CGP, las razones por las cuales me aparto de la decisión que se adoptó por la mayoría de la sala.

Para ser fiel al texto del proyecto de sentencia presentado que no fue aprobado por la mayoría, presento comedida y respetuosamente, para conocimiento de las partes, las consideraciones que allí quedaron planteadas:

Se precisa que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que la señora FLOR DEL CARMEN MORA CORREA falleció el 15 abril de 2017, conforme se acredita con el registro civil de defunción que obra a folios 18 y 91 del plenario, quien se encontraba afiliado a la AFP PROTECCIÓN habiendo acreditado más de 50 semanas en los últimos tres años de vida, además cotizó en toda su vida laboral 647.29 semanas en la AFP PROTECCION, según su historia laboral (fl. 20 a 25). Lo anterior, pone de presente que se dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la causante.

Así las cosas, para determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivientes, específicamente en lo que refiere a la convivencia, el estudio debe realizarse según los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento del causante.

La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del pensionado por vejez o afiliado que fallezca por riesgo común, de lo que se colige

que el caso de la causante se ubica en éste supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con lo cual el asunto a decidir se centra en la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL1730-2020 del tres (3) de junio de dos mil veinte (2020), fijó **«el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado»**, para lo cual, morigeró igualmente el rigorismo en el sentido de precisar que *«no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional»*.

Advirtió igualmente el Alto Tribunal, lo siguiente:

*«...de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que **la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado**; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada (...)*

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

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia,** toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y **la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte,** se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

(...)

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto». <Resaltados fuera del texto>.

Tal criterio, ha sido ratificado en las sentencias CSJ SL3843-2020, SL3626-2020, SL4606-2020, SL414-2021, SL362-2021 y SL1905-2021, en esta última precisamente se reiteró que *«desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como pensión de sobrevivientes por sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión».*

En ese orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite respecto del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, sino que, debe acreditarse tal calidad y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, sin que haya lugar a efectuarse distinción alguna entre el tipo de beneficiarios, acreditándose en todo caso, también la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, toda vez que sólo ante la demostración del perjuicio que causa la ausencia del pensionado o afiliado fallecido, puede colegirse que su muerte le ha generado la carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención (sentencia SL 11536 de 2017).

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos, se analizó el acervo probatorio, para lo cual, se acreditó la calidad de cónyuge supérstite del accionante con el registro civil de matrimonio obrante a folio 19. Así mismo, las pruebas documentales y se verificaron los testimonios de **DIMAS TIQUE CULMA, NOHORA PATRICIA CASTRO, PAOLA ANDREA COCUNUBO MORA, MILDRED JANETH COCUNUBO MORA y WILLIAM ALEXANDER COCUNUBO MORA**; al igual que el interrogatorio de parte absuelto por el señor Angelmiro Cocunubo.

Dilucidado el anterior acervo probatorio y con apego a las reglas de la sana crítica, se encontró plenamente acreditado en el plenario que aunque el accionante Angelmiro Cocunubo sí convivió con la causante, no lo fue en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. Pues en su caso,

está clarificado en el plenario que contrajo matrimonio con la causante en el año 1986 según el propio dicho del Angelmiro corroborado con la prueba testimonial, pero ya después de varios años, aproximadamente para el 2013, no es posible hablar de una convivencia continua y especialmente, en esa eventualidad, de la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia al momento del fallecimiento del causante, todo lo contrario, desde aproximadamente el año 2010 dejaron la convivencia cuando según el propia accionante decidieron separarse, evidenciándose la ruptura de ese vínculo moral, solidario y con vocación de permanencia del afiliado con respecto al accionante; por lo que, si bien es claro que convivieron como está acreditado, por espacio de casi 27 años, no es menos cierto la orfandad probatoria que permita dilucidar que a partir del año 2013, se haya mantenido entre él y la causante ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, que es el presupuesto que busca atender esta prestación por los efectos que genera la ausencia del fallecido en la persona que lo pierde, anotándose que los testigos, incluidos los hijos del actor, ratifican lo confesado por el mismo en el interrogatorio de parte, esto es, que después de la separación no tuvieron ningún tipo de contacto, incluso para saber de sus propios hijos.

Al respecto, la prueba testimonial recaudada traída a los autos, valorada a la luz de la sana crítica no ofrece mayores elementos de convicción y/o credibilidad respecto a una convivencia del señor ANGELMIRO COCUNUBO hasta el momento del fallecimiento, todo lo contrario, incluso las declaraciones extra proceso aportadas si bien manifiestan que la convivencia perduró hasta el momento del fallecimiento de la causante, de ellas no se tiene certeza del porque tienen tal conocimiento, dado que el mismo demandante admite que convivió solamente hasta el año 2013, lo cual no permite darles credibilidad, todo lo contrario de lo expuesto por los hijos de la pareja, lo cual conlleva a concluir que en efecto ese vínculo se rompió por completo.

Contrario sensu, se encuentra plenamente acreditado en el plenario que el señor AQUILINO GONZÁLEZ sí convivió en los términos legales y jurisprudenciales antes explicados, esto es, hasta el momento en que falleció la señora FLOR DEL CARMEN MORA CORREA. En efecto, la prueba testimonial e incluso el mismo interrogatorio de parte del demandante, permite concluir que la pareja convivió desde el año 2013 hasta el 15 abril de 2017, advirtiéndose que a dichas versiones de los hijos del señor Cocunubo y la causante, que dan cuenta de la convivencia en esas calendas, se les otorga credibilidad al ser contestes, coherentes y espontáneas,

además, respondieron las preguntas de manera clara y sin titubeos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la convivencia, de modo que son idóneas y resultan convincentes frente a los hechos que depusieron y permiten concluir entonces, que la convivencia como compañeros permanentes se suscitó con un compromiso de vida real y con vocación de continuidad, pues la pareja no se separó sino hasta la muerte de la afiliada, advirtiéndose la unanimidad en resaltarse que fue el señor GONZÁLEZ quien estuvo acompañando a la finada hasta su muerte; ello sumado a que la credibilidad que se advierte de esas declaraciones deviene de la cercanía y familiaridad de los testigos con la pareja, pues se trata de los hijos de la causante, a quienes les consta directamente lo afirmado en el proceso, sin que se evidencien contradicciones o yerros de bulto que conlleven a desechar de plano sus dichos, pues se insiste, no se observó parcialidad en favor de los intereses del aquí interesado.

Así las cosas, como el demandante pretendía ser el beneficiario de la causante y afiliada FLOR DEL CARMEN MORA CORREA y no demostró la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia al momento de su fallecimiento, no se da cumplimiento al presupuesto contenido en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para obtener la prestación por sobrevivencia en calidad de cónyuge supérstite.

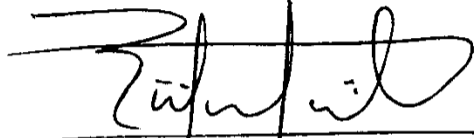
En atención a lo anterior, se concluyó que el requisito fundamental para el reconocimiento de la prestación objeto de estudio, es la demostración de la convivencia real y efectiva y el perjuicio ocasionado por la ausencia del pensionado o asegurado fallecido, resaltándose que lo relevante no es la naturaleza jurídica del vínculo que haya unido a la pareja, sino que lo primordial son los lazos afectivos que se observaron en ella durante la vida del causante y al momento de la muerte. Aspectos que evidentemente no se vislumbran en el caso de marras respecto del mencionado señor ANGELMIRO COCUNUBO, pues es claro que esos vínculos no perduraron después de la separación, tal como da cuenta la prueba recaudada; aspecto que sí se denotan respecto del señor AQUILINO GONZÁLEZ, esto es, el vínculo dinámico y actuante de solidaridad, acompañamiento espiritual y económico hasta el deceso de la afiliada.

De ahí que, estimo, debía revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a la AFP PROTECCIÓN de todas y cada una de las pretensiones de la demanda presentada por el señor ANGELMIRO

COCUNUBO COCUNUBO y confirmándose respecto al derecho pensional del señor AQUILINO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, a quien, desde luego, le correspondería el 100% de la prestación por sobrevivencia que se calculó en un SMLMV y que no era objeto de debate.

Estos, son a grandes rasgos, los argumentos para apartarme de la ponencia que se aprobó por la sala mayoritaria, razón por la cual, cumplo con el deber de dejarlos consignados en el presente salvamento de voto.

Cortésmente,



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.