



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
DESCONGESTIÓN

Magistrada Ponente: ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Proceso ordinario laboral: **760013105015201600493**

Demandantes: **ADRIANA POPO LEÓN** en nombre propio y en representación de su menor hija **AINIRIS ANYELIN NAZARIT POPO**

Demandada: **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Santiago de Cali, veintinueve (29) de junio de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Previo a proferir la sentencia, advierte la Sala que debe adoptarse una medida de saneamiento del proceso, en torno a VIRGELINA RODRÍGUEZ POLANCO, LICETH MARCELA CORSINO y ANA MARÍA CHAPURRY ANTERO en nombre propio y en representación de la menor KATHERINE MICHELL CHAPURRY ANTERO, toda vez que se vulneró su derecho fundamental al debido proceso.

Lo anterior, como quiera que, en el auto admisorio de la demanda, proferido el 19 de septiembre de 2016, se ordenó integrar como litisconsortes necesarias por pasiva a VIRGELINA RODRÍGUEZ POLANCO y LICETH MARCELA CORSINO y en auto del 16 de enero de 2017 se vinculó en calidad de litisconsortes necesarios a ANA MARÍA CHAPURRY ANTERO en nombre propio y en representación de la menor KATHERINE MICHELL CHAPURRY ANTERO.

El curador ad litem designado para LICETH MARCELA CORSINO y ANA MARÍA CHAPURRY ANTERO en nombre propio y en representación de la menor KATHERINE MICHELL CHAPURRY ANTERO no se opuso a las pretensiones ni propuso excepciones; lo mismo efectuó el curador ad litem de VIRGELINA RODRÍGUEZ POLANCO.

En ese orden, debe recordarse cuál es la forma en que deben adelantar los procesos cuando se advierte la existencia de otros reclamantes, adicionales a la parte actora, en los términos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 18102 del 7 de septiembre de 2016:

"...cuando exista disputa del derecho a la pensión de sobrevivientes entre cónyuge y compañera permanente, o entre compañeras permanentes no es necesario ni riguroso integrar un litisconsorcio, pues cada beneficiario puede ejercer su acción con prescindencia de los demás, siendo la intervención ad excludendum la manera adecuada por regla general de trabar la relación procesal, salvo cuando se ha previamente reconocido el derecho a uno de ellos o hay de por medio derechos de menores de edad. (Sentencia CSJ SL, 22 ago. 2012, rad. 38450). Lo anterior conlleva a que en el presente caso a pesar de que fue vinculada como litis consorte necesaria, se deba tener a MARÍA DEL CARMEN ARTEGA OBANDO en realidad como interviniente ad excludendum, sin que pueda afirmarse que ella no formuló demanda en los términos del artículo 53 del Código de Procedimiento Civil, pues es evidente que de manera expresa planteó sus propias pretensiones en la contestación de la demanda, y los derechos de los menores no están en controversia. Al haber sido clara MARÍA DEL CARMEN ARTEGA OBANDO cuando respondió el libelo, en el sentido de que tenía mejor derecho y solicitar el reconocimiento y pago del 50% de la sustitución pensional; su pretensión pasó a formar parte de la materia del litigio, y por tanto, el Tribunal no excedió su competencia al pronunciarse sobre dicho extremo de la controversia. El rigorismo de la norma de Procedimiento Civil, esto es del artículo 53, que exige la presentación de demanda, no puede ser la mejor respuesta procesal, en este evento en que se discute una prestación que involucra un derecho fundamental e irrenunciable como lo es la seguridad social por mandato del artículo 48

superior, en cuanto se itera, la pretensión fue clara e inequívocamente planteada en la contestación del libelo inicial, donde se expusieron los hechos que la respaldaban y las pruebas que se buscaba hacer valer en defensa de dichas aspiraciones, por lo que el debate fue abierto, con respeto de los principios de lealtad y de buena fe y con salvaguarda del debido proceso por cuanto la contraparte pudo ejercer el derecho de defensa y contradicción...”.

De conformidad con lo anterior, lo que determina la posibilidad de analizar el derecho pensional de quienes se vinculan como intervinientes excluyentes, que es la forma correcta de comparecer, o como litisconsortes necesarios, como acá se llamaron las referidas personas al proceso, es que la parte plantee clara e inequívocamente la pretensión relacionada con el derecho pensional que se debate, más allá de si lo hace en una demanda con las exigencias y requisitos del artículo 25 del CPT y SS o en la contestación de la misma, cuando es vinculada por pasiva, pues en uno o en otro caso nace para el Juez el deber de resolver sobre el derecho a la pensión de sobrevivientes en disputa.

Ahora bien, el artículo 56 del C.G.P. señala que “El curador ad litem actuará en el proceso hasta cuando concurra la persona a quien representa, o un representante de esta. Dicho curador está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio”.

En torno a las características de la figura del curador ad litem la Corte Constitucional en la sentencia T – 088 de 2006, indicó:

“El nombramiento del curador responde, como lo ha dicho la Corte, a la necesidad de defender los derechos de las personas ausentes en los procesos judiciales, por lo cual, precisamente, su presencia en el debate judicial es garantía de defensa para quien no puede hacerlo directamente.

Sobre el particular, la Corte ha dicho que ‘la decisión de designar curadores ad litem, <tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues

éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa> (sentencia C-250 de 1994). Por ello, debe entenderse que se trata de representar a quien resulte directamente involucrado en el proceso, es decir a quien por su ausencia puede ser afectado con la decisión que se tome.'

En el mismo sentido, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 16 del Código Procesal del Trabajo, que recoge en la materia el mismo principio del Código de Procedimiento Civil, la Corte enfatizó que el nombramiento de curador ad litem es un recurso legítimo del Estado que busca la protección de los derechos del que no puede hacerlo por estar ausente, al tiempo que impide la paralización indefinida del proceso por ausencia de la parte demandada.

7. Para esta Corporación es indiscutible que la norma acusada busca obtener un equilibrio entre la necesidad de asegurar que el proceso se adelante sin dilaciones injustificadas, en beneficio de los intereses del demandante, sin que se desatiendan los derechos del demandando. En efecto, para la protección del demandado se dispone, por un lado, el nombramiento de un curador ad litem, de tal manera que no obstante que el proceso no se suspende por su falta de comparecencia, sus intereses se encuentren debidamente representados; y por otro, mediante la adopción de la diligencia judicial del emplazamiento, se busca hacer efectiva la asistencia del demandado al proceso y se le otorga una oportunidad adicional para que ejerza su derecho de defensa. Adicionalmente, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales del demandado, la norma obliga al emplazamiento en debida forma para poder dictar sentencia".

En ese orden, advierte la Sala que se vulneró el debido proceso de las señoras VIRGELINA RODRÍGUEZ POLANCO, LICETH MARCELA CORSINO y ANA MARÍA CHAPURRY ANTERO y de la menor KATHERINE MICHELL CHAPURRY ANTERO, pues si bien el nombramiento de curadores *ad litem* tenía por objeto la protección de su derecho de defensa y contradicción e impedir la paralización indefinida del proceso, al haberse dispuesto equivocadamente que aquellas debían hacer parte del extremo demandado, no podía

exigirse que los curadores propusieran pretensiones en nombre de sus representadas, como en efecto no lo hicieron.

De este modo, no era posible que en la fijación del litigio se determinara que se debía resolver si VIRGELINA RODRÍGUEZ POLANCO, LICETH MARCELA CORSINO y ANA MARÍA CHAPURRY ANTERO ostentaron las condiciones de compañeras permanentes y si a la menor KATHERINE MICHELL CHAPURRY ANTERO “y al hijo que procreó LICETH MARCELA CORSINO” les asistía derecho a la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de NILSON NAZARIT VIVERO, ni que la sentencia resolviera sobre los derechos de los litisconsortes por pasiva, pues de continuarse con el trámite aquella haría tránsito a cosa juzgada e impediría a esas personas y a la menor de edad acudir a la jurisdicción para que se definan sus derechos pensionales, en caso de que tal sea su voluntad.

Con ello, se desconoció que la actuación de las intervinientes no es forzosa y debieron ser ellas quienes decidieran si actuaban o no en el proceso, pues tal como lo señala el artículo 63 del C.G.P. “*Quien en proceso declarativo pretenda, en todo o en parte, la cosa o el derecho controvertido, podrá intervenir formulando demanda frente a demandante y demandado, hasta la audiencia inicial, para que en el mismo proceso se le reconozca*”, interpretación que se acompasa con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en la ya citada sentencia -SL 18102 de 2016- según la cual “*cada beneficiario puede ejercer su acción con prescindencia de los demás*”, por lo que se conculcaron los derechos de VIRGELINA RODRÍGUEZ POLANCO, LICETH MARCELA CORSINO, ANA MARÍA CHAPURRY ANTERO y de la menor KATHERINE MICHELL CHAPURRY ANTERO al decidir de fondo sobre una prestación que ellas no reclamaron ante el Juez, ni como parte activa, ni como integrantes del extremo demandado. Nótese bien que en la sentencia se descartó incluso el derecho de una menor de edad, con fundamento en que no probó ser hija del causante y justamente por ese hecho es que NO debió ser llamada al proceso, pues lo que le otorgaría la condición de litisconsorte necesaria por activa es la condición de hija menor de edad o, si fuera por pasiva, debería tener reconocido en su favor al

menos un porcentaje del derecho en disputa, también derivado de ser parte de la prole del pensionado o afiliado.

Así las cosas, como la sentencia C-491 de 1995 permitió considerar la violación al debido proceso como una causal de nulidad, pese a no estar taxativamente señalada en el artículo 140 del C.P.C., hoy artículo 133 del C.G.P., no se analizará lo relativo al eventual derecho de las señoras VIRGELINA RODRÍGUEZ POLANCO, LICETH MARCELA CORSINO y ANA MARÍA CHAPURRY ANTERO y de la menor KATHERINE MICHELL CHAPURRY ANTERO respecto de la pensión de sobrevivientes objeto de la litis y se anulará parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con dichas vinculadas.

De otro lado y como quiera que el resto de la actuación sí tiene validez, se mantendrá incólume y se resolverá únicamente el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., sin analizar el grado de consulta en favor de aquellas el cual, por cierto, tampoco fue dispuesto por el Juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DE DESCONGESTIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI,**

RESUELVE

PRIMERO: ANULAR la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2018 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en lo que tiene que ver con las señoras VIRGELINA RODRÍGUEZ POLANCO, LICETH MARCELA CORSINO, ANA MARÍA CHAPURRY ANTERO y la menor KATHERINE MICHELL CHAPURRY ANTERO.

SEGUNDO: Como quiera que el trámite relacionado con la señora ADRIANA POPO LEÓN en nombre propio y en el de la menor AINIRIS ANYELIN NAZARIT POPO permanece incólume, **RESOLVER** el recurso de apelación interpuesto por la demandada en relación con la condena impuesta a favor de las accionantes.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2018 por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

DEMANDA

ADRIANA POPO LEÓN en nombre propio y en representación de su hija AINIRIS ANYELIN NAZARIT POPO, presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes i) en un 50% en calidad de compañera permanente de NILSON NAZARIT VIVERO, ii) en el 33% faltante a la hija menor de edad, en ambos casos desde el 8 de marzo de 2015, junto con los reajustes de ley, las mesadas adicionales, los intereses moratorios o, subsidiariamente, la indexación.

HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que NILSON NAZARIT VIVEROS falleció el 8 de marzo de 2015, momento para el cual laboraba para la empresa Cervalle S.A. y era afiliado activo al régimen de seguridad social en PORVENIR S.A. Señaló que convivió con el causante desde 1999, unión de la cual nació AINIRIS ANYELIN NAZARIT POPO el 4 de febrero de 2011 y que en sus condiciones de compañera e hija fueron afiliadas a la EPS SOS y a la caja de compensación familiar COMFANDI. Agregó que PORVENIR S.A. reconoció el 16.67% de la pensión a su hija menor de edad y dejó en suspenso en tanto se tenía conocimiento de otros posibles beneficiarios con igual derecho.

CONTESTACIÓN

PORVENIR S.A., manifestó que procederá al pago si la demandante demuestra que acredita las condiciones legales para ser considerada beneficiaria de la mesada pensional y se opone a la condena al 33.4% de la prestación en favor de la menor AINIRIS ANYELIN NAZARIT POPO, pues *“actuando con prudencia”* dejó en reserva el 33.4% ya que tiene conocimiento de 2 hijos póstumos del causante y está a la espera de la sentencia de filiación. Agregó que también se presentó a reclamar VIRGELINA RODRÍGUEZ POLANCO como compañera permanente y LICET MARCELA CORSINO y ANA MARÍA “CHAPURRI” aun cuando no han elevado reclamación, *“no han ocultado su presunta condición de compañeras permanentes del causante”*, teniendo en cuenta lo manifestado por la madre del fallecido. Propuso como excepciones de fondo las de *“prescripción, conflicto entre presuntas beneficiarias, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia del derecho sustantivo, carencia de acción, falta de causa en las pretensiones de la demanda y falta de legitimación en la causa por pasiva, petición antes de tiempo, pago, compensación, buena fe de la entidad demandada, incompatibilidad entre la indexación y los intereses moratorios reclamados”* y la *“innominada o genérica”*.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de diciembre de 2018, a través de la cual el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Cali CONDENÓ a PORVENIR S.A. a reconocer la pensión de sobrevivientes en un 50% para ADRIANA POPO LEÓN y a reajustarla en favor de la menor ANYELIN NAZARIT POPO en un 33.322% para completar el 50%, desde el 8 de marzo de 2015 con la advertencia que, una vez desaparezca el derecho de esta, se acrecentará el de su progenitora. Determinó como retroactivos adeudados, las sumas de \$17.056.943.50 y \$9.306.210.48, respectivamente, las cuales deben ser indexadas al momento del pago, AUTORIZÓ el descuento del 12% con destino al sistema de seguridad en salud y CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A.

Para tomar su decisión, el Juez advirtió que no se discutió que el causante reunió 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores al deceso, al punto que la AFP reconoció el 16.66% de la pensión de sobrevivientes a la menor AINIRIS ANYELIN NAZARIT POPO. Respecto a la demandante, concluyó que con las documentales y testimoniales recaudadas se determinó la convivencia de los compañeros en los 5 años anteriores a la muerte del afiliado, la cual se desarrolló en el barrio Nápoles de la ciudad de Cali. En ese orden y pese a la tacha por sospecha de 2 de los declarantes, sus versiones fueron creíbles, pues no se denota un ánimo de favorecimiento o que sean amañados y más bien se advierte que fueron espontáneos y asertivos. Tuvo en cuenta que ADRIANA POPO LEÓN era beneficiaria de NILSON NAZARIT VIVEROS en la EPS SOS y que el causante le daba trato público de compañera permanente. Señaló que, pese a que la testigo JESUSITA GALIDEZ refirió que hubo una separación de la pareja durante el último año, la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que pese a la existencia de discrepancias entre los cónyuges o compañeros permanente que los lleve a separaciones, el causante nunca dejó de ir al lugar ni dejó de pertenecer al grupo familiar y se mantuvo el interés de prestarse ayuda mutua y mantenerse unidos a pesar de las circunstancias.

Consideró que VIRGELINA RODRÍGUEZ POLANCO y LICETH MARCELA CORSINO no acreditaron la convivencia con el afiliado y, por el contrario, de conformidad con la documental, la actora fue la beneficiaria de aquel en el sistema de salud. Señaló que no se aportaron los registros civiles que demuestren que NILSON NAZARIT VIVEROS tuvo otros hijos. Absolvió de los intereses moratorios, dado que la falta de pago de las mesadas se derivó del conflicto suscitado entre los presuntos beneficiarios, por lo que procedía la indexación de las sumas adeudadas y consideró que ninguna mesada pensional se encuentra prescrita, dado que no transcurrieron 3 años desde el fallecimiento del afiliado y la fecha de presentación de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión anterior PORVENIR S.A. interpuso recurso, con fundamento en que de las declaraciones escuchadas surgen dudas, pues en 2 de ellas se aludió a la separación de los compañeros permanentes para la data en que falleció el causante. Advirtió que, en el momento en que ERLEY POPO DÍAZ comenzó a hablar de ese tema, la demandante lo comenzó a pisar y ahí el testigo cambió la versión. Además, JESUSITA GALÍNDEZ se refirió a dicha separación y si bien dijo que NILSON NAZARIT VIVEROS continuó asistiendo constantemente a la casa, ella dijo conocer tal circunstancia porque iba a hacer compras de mercado a la tienda que allí tenía la demandante, lo que no prueba un conocimiento directo de la convivencia.

En ese orden, no está probada la convivencia efectiva de la pareja y aquella no se puede derivar del hecho de que el causante fuera a entregar dinero para su hija menor. Tampoco se puede dejar de lado que a la AFP comparecieron otras señoras aduciendo calidad de compañeras permanentes, dudas que no se esclarecieron a lo largo del proceso.

Agregó que el acrecimiento del porcentaje de la prestación opera por ministerio de la ley cuando alguno de los beneficiarios deja de tener derecho, por lo que no es necesaria una declaración judicial en tal sentido y que no se debió ordenar el pago del 50% a la hija del causante, en tanto vulnera el derecho de defensa y otros derechos fundamentales de los demás hijos del causante que no han comparecido y pueden llegar a reclamar la pensión de sobrevivientes, momento en el que no se les podrá reconocer, por ya haberse ordenado el pago total.

Finalmente, solicitó que se revoque la condena en costas a su cargo, en tanto no fue parte vencida en juicio, pues simplemente se atuvo a que se probara la condición de beneficiarias de la prestación por supervivencia.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, PORVENIR presentó memorial de alegatos en el que insistió en que se

revoquen las condenas impuestas, en tanto no se logró acreditar la convivencia de la actora con el causante y no se debió acrecentar la pensión en favor de la hija de éste, *“conforme fue solicitado en la interposición del recurso de apelación”*.

CONSIDERACIONES

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para resolver la instancia, que: (i) NILSON NAZARIT VIVEROS falleció el 8 de marzo de 2015 (folio 15); (ii) que al momento de la muerte el causante era padre de AINIRIS ANYELIN NAZARIT POPO, quien nació el 4 de febrero de 2011, cuya madre es la demandante (folio 16); (iii) la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. reconoció el 16.67% de la pensión de sobrevivientes a la menor hija del causante y dejó en reserva el 33.33% restante, además de dejar en suspenso el 50% hasta que se resuelva el conflicto de beneficiarias (folio 25).

En ese orden, de acuerdo con el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., se limita el alcance de la impugnación a los reparos de la apelante SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

CALIDAD DE BENEFICIARIA DE LA COMPAÑERA PERMANENTE

El artículo 74 de la Ley 100 de 1993 asigna el derecho, en forma vitalicia, al o la cónyuge o compañero(a) permanente supérstite de un pensionado si acredita haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco años continuos antes del óbito, y en forma temporal, los hijos menores de 18 años, o los mayores de 18 y menores de 25 años, que acrediten su condición de estudiantes.

Cuando muere un afiliado (no pensionado) la norma dispone como beneficiarios en forma vitalicia, al o la cónyuge o compañero(a) permanente supérstite sin definir un tiempo específico de convivencia. Sobre

la materia se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-1094 de 2003, así:

“De manera complementaria, el artículo 13 demandado señala quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Para los efectos de la presente acción de inconstitucionalidad interesa destacar, entre ellos, los siguientes:

*a) El cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite **del afiliado** al sistema que fallezca, quien tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, si a la fecha del fallecimiento del causante tenía 30 o más años de edad o si, siendo menor de esta edad, procreó hijos con el causante.*

Si se trata de persona menor de 30 años que no tuvo hijos con el causante, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes en forma temporal, que se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión.

*b) El cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite **del pensionado** al sistema que fallezca, quien tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, si a la fecha del fallecimiento del causante tenía 30 o más años de edad o si, siendo menor de esta edad, procreó hijos con el causante. En estos casos deberá acreditarse además que el beneficiario estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y convivió con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su deceso.*

Al igual que en el literal precedente, si se trata de persona menor de 30 años que no tuvo hijos con el causante, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes en forma temporal, que se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión.

(...)

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social".

Recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció para fijar el mismo alcance que había dado la Corte Constitucional al artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al punto que *"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"* resulta suficiente para acreditar las condiciones legales de acceso a la pensión (sentencia SL 1730 de 2020, radicación 77327).

No obstante, y dado que la pensión de sobrevivientes protege al núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte (pensionado o afiliado) y no a otras personas, resulta necesario acreditar que existía dicho *núcleo familiar, con vocación de permanencia, o comunidad de vida estable "lo que excluye los encuentros pasajeros, casuales, esporádicos e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida"* (SL1399 de 2018, radicación 45779).

En consecuencia, en cada proceso se deberá aportar prueba suficiente de la existencia de un núcleo familiar con vocación de permanencia entre el afiliado y la persona que solicita la pensión, hecho del cual será un indicio necesario y por ello suficiente para declarar el derecho, que la convivencia se hubiera mantenido durante al menos 5 años anteriores al óbito, como se exige para asignar el derecho a los beneficiarios de un pensionado.

Sobre esto último se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia SU 149 de 2021, en la cual concluyó *"la necesidad de que el cónyuge o compañera o compañero permanente demuestren la convivencia por un mínimo de cinco años con el afiliado causante para acceder a la pensión de sobrevivientes con carácter vitalicio"*, pues -en palabras de la Corporación - ello *"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"*.

La carga de demostrar estas situaciones la tiene la parte que alega el hecho, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, y las pruebas que acrediten convivencia por el lapso referido deben ser claras, contundentes y suficientes, pues en este tipo de pensión – también ha dicho la Corte- se protege únicamente a quienes integraban el grupo familiar y estable del que formaba parte el afiliado o el pensionado, y no a otras personas (sentencia SL 1548 de 2018, radicación 70612).

Con estos criterios, entrará la Sala a revisar la totalidad de las pruebas obrantes en el expediente para determinar, en primer lugar, si se acreditó la convivencia continua entre la demandante y NILSON NAZARIT VIVEROS durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, aspecto frente al cual se debe decir que el hecho de haber procreado ADRIANA POPO LEÓN una hija con el causante, no demuestra la convivencia con vocación de permanencia que exige la norma, pues incluso la menor de edad tenía 4 años para la fecha del deceso de su padre.

De igual modo, se evidencian contradicciones en las diferentes manifestaciones de la demandante, pues i) en la solicitud del 8 de mayo de 2015, afirmó que convivió con el causante desde el 20 de agosto de 1997 (folio 70); ii) en el hecho 4 de la demanda dijo que la convivencia inició en 1999, lo cual ratificó en su interrogatorio, rendido el 6 de diciembre de 2018, cuando dijo que la convivencia se prologó por 19 años; y iii) en tal oportunidad afirmó que NILSON NAZARIT VIVEROS había vivido en la casa del barrio Alto Nápoles por 18 años, lo que ubicara el inicio de la cohabitación al año 2000. A más de ello no resulta entendible cómo, si la actora manifiesta que vivió con el causante por espacio de 18 o 19 años en dicha residencia, pudiera recordar con precisión la dirección de la vivienda.

Ahora, a folio 84 del expediente, obra el formulario de afiliación de NILSON NAZARIT VIVEROS a la entonces administradora de pensiones HORIZONTE, firmado el 15 de julio de 2003, en el cual aparece como información del trabajador:

A. INFORMACION DEL TRABAJADOR									
NUMERO DOCUMENTO DE IDENTIDAD		T.L. C.C. C.E.		FECHA DE NACIMIENTO		NACIONALIDAD		SEXO	
76337923		☒		19/06/1975		Colombiano		☒ M ☐ F	
PRIMER APELLIDO		SEGUNDO APELLIDO		NOMBRES					
Nazarit		Viveros		Nilson					
DIRECCION DE RESIDENCIA				CIUDAD O MUNICIPIO		DEPARTAMENTO		TELEFONO	
Cra 76 No 19-16.				Cen		Valle		3234625.	
ENVIO DE CORRESPONDENCIA				E-mail					

Dicha dirección de residencia dista mucho de la indicada por la demandante en el formulario de solicitud por supervivencia, que corresponde a “KRA 80 OE No. 1A – 24” (folios 69 y 70) y tampoco coincide con la que intentó recordar en su interrogatorio, que terminaba en “2C número 24” o la señalada en el acápite de notificaciones de la demanda “Cra. 81 # C – 2 – 24” (folio 8).

A más de ello, el trabajador no relacionó beneficiarios en ese momento – 15 de julio de 2003-, pues tal información quedó en blanco:

D. INFORMACION DE BENEFICIARIOS									
PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	NOMBRES	SEXO	NUMERO DE IDENTIFICACION	C.C. U. R.C. C.E.	FECHA DE NACIMIENTO			OTROS DATOS
			M F			ANO	MES	DIA	
						A I A I A I	A M I M	D I D	
						A I A I A I	A M I M	D I D	
						A I A I A I	A M I M	D I D	
LOS BENEFICIARIOS ANTERIORMENTE RELACIONADOS SERAN VERIFICADOS DE ACUERDO CON LAS NORMAS LEGALES VIGENTES.									

También está probado que la afiliación de ADRIANA POPO LEÓN como beneficiaria de NILSON NAZARIT VIVEROS inició con la EPS SOS el 19 de marzo de 2009 (folio 17) y con COMFANDI el 5 de agosto del mismo año (folio 20).

Ahora, como lo refirió el apoderado de PORVENIR S.A. hubo 2 testigos que señalaron la existencia de una separación de la pareja NAZARIT – POPO en el año anterior al deceso del afiliado. Así, la señora JESUSITA GALINDEZ, mencionó que *“últimamente ella estaba sola”*, haciendo referencia a la demandante y que el causante *“se fue del lado de ella”* y si bien aclaró que *“ellos estaban separados y no separados”* pues el causante iba todo el tiempo, tal conocimiento lo tuvo porque iba con frecuencia a merchar en la tienda que la actora tenía en la casa y no porque interactuara con la pareja o los visitara. Además, esta declarante refirió que sí conoció que el afiliado tenía otra señora, pero no sabe si vivieron juntos.

ERLEY POPO DÍAZ, por su parte, dijo haber conocido de una separación entre su hermana (la demandante) y su cuñado, la cual perduró por cerca de 2 meses, sin recordar o precisar la fecha en que ello ocurrió. Si bien la diligencia no está grabada en video sí se escucha que en ese momento el apoderado de PORVENIR pone de presente que la actora está pisando al testigo, al punto que el Juez la recrimina por ello y le señala que, si no se comporta, la debe retirar de la audiencia. Adicionalmente, el declarante manifestó que el causante sí tenía noviazgos y enredos, pero no conoció más al respecto.

Otra situación que llama la atención de la Sala es que en el *“FORMATO REPORTE FINAL”*, acápite de *“HECHOS OCURRENCIA DEL FALLECIMIENTO TITULAR”* se señaló que NILSON NAZARIT VIVEROS falleció el 8 de marzo de 2015 a las 5:36 horas por un homicidio, toda vez que el 7 de marzo en las horas de la noche *“cuando se dirigía a su residencia”*, fue herido con arma de fuego, *“hechos ocurridos en el sector las Palmas”* y en ese mismo documento, casilla de observaciones, se indica que la reclamante que vivía en el barrio Las Palmas era LICETH MARCELA CORSINO, quien se encontraba en periodo de gestación (folio 85).

En ese orden, no se probó que la separación se haya debido a un disgusto o desacuerdo de los compañeros que conllevara que transitoriamente no compartieran el mismo techo, pero que se mantuvieran otros aspectos que indiquen inequívocamente que no les interesaba acabar con la relación y, con ello, que el vínculo permanecía, que son las condiciones para que se mantuviera el derecho en favor de la demandante (ver sentencia SL3202/2015, radicación 51082, reiterada en la SL1399-2018, radicación 45779).

Por lo anteriormente expuesto, se revocará parcialmente la sentencia objeto de apelación en tanto para la Sala no está probado con suficiencia que la demandante convivió con el causante durante los 5 años anteriores al deceso de éste y que, pese a la separación que se presentó, continuaron los lazos de afecto, socorro y ayuda mutua y el ánimo de mantener la comunidad de vida.

Procede el pago de la totalidad de la prestación en favor de la menor AINIRIS ANYELIN NAZARIT POPO, hija del afiliado, punto en el cual no puede aceptarse el argumento de la apelante en torno a que la decisión puede afectar derechos de otros eventuales hijos de NILSON NAZARIT VIVEROS pues, por un lado, la Sala ya desligó del proceso a todos aquellos que no acudieron a reclamar judicialmente y del otro, como bien lo refiere el apoderado, se trata de derechos irrenunciables que por eso mismo pueden exigir los menores de edad.

Adicionalmente, en caso de llegarse a ventilar una situación de tal naturaleza, será el Juez del eventual litigio quien analice los efectos del pago efectuado a AINIRIS ANYELIN NAZARIT POPO, pues ello escapa a la órbita del presente asunto.

RETROACTIVO PENSIONAL ADEUDADO A LA HIJA DEL CAUSANTE

De conformidad con lo establecido en el artículo 283 del C.G.P., se actualizará el valor del retroactivo pensional adeudado entre el 1o. de

diciembre de 2018 y el 31 de mayo de 2022, el cual asciende a la suma de \$73.882.927, conforme se ilustra en la siguiente tabla:

MESADAS ENTRE EL 8 DE MARZO DE 2015 Y EL 31 DE MAYO DE 2022				
AÑO	VALOR PENSIÓN (SMLMV)	No. MESADAS	VALOR PAGADO (16.66%)	RETROACTIVO ADEUDADO
2015	\$ 644.350	9,6	\$ 1.030.547,62	\$ 6.185.760
2016	\$ 689.455	13	\$ 1.493.221,64	\$ 8.962.915
2017	\$ 737.717	13	\$ 1.597.747,48	\$ 9.590.321
2018	\$ 781.242	13	\$ 1.692.013,92	\$ 10.156.146
2019	\$ 828.116	13	\$ 1.793.533,63	\$ 10.765.508
2020	\$ 877.803	13	\$ 1.901.145,74	\$ 11.411.439
2021	\$ 908.526	13	\$ 1.967.685,61	\$ 11.810.838
2022	\$ 1.000.000	5	\$ 833.000,00	\$ 5.000.000
		TOTAL	\$ 12.308.895,64	\$ 73.882.927

Finalmente, se modificará la providencia en cuanto condenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de las costas, pero únicamente en lo que tiene que ver con la demandante y dado que su pretensión no sale avante.

Respecto de la menor AINIRIS ANYELIN NAZARIT POPO, el artículo 365 del C.G.P. impone tal obligación a cargo de la parte que resulta vencida en el proceso, en este caso, a quien se opuso a las pretensiones de la demanda y resultó derrotado en sus argumentos.

SIN COSTAS dadas las results de la instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE DESCONGESTIÓN 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 parcialmente el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia que condenó al pago de la pensión de sobrevivientes en un 50% a favor de ADRIANA POPO LEÓN y **MODIFICARLO** para REAJUSTAR la pensión de sobrevivientes en favor de la menor de edad AINIRIS ANYELIN

NAZARIT POPO en un 83.33%, para completar el 100% del SMMLV. En consecuencia, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. debe pagar un retroactivo de **\$73.882.927** por diferencias de mesadas causadas entre el 8 de marzo de 2015 y el 31 de mayo de 2022, conforme lo expuesto en la parte motiva

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la sentencia, para establecer que las costas proceden únicamente en favor de la menor AINIRIS ANYELIN NAZARIT POPO.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en la apelación.

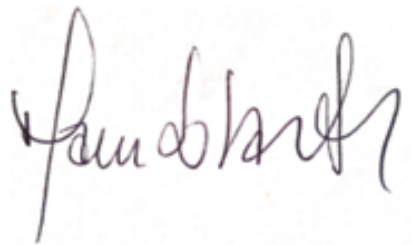
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada



EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada



MARY ELENA SOLARTE MELO

Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

La presente providencia debe ser notificada por edicto, según lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia AL2550-2021, radicación 89628.