

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### RAMA JUDICIAL

### TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Medellín, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los Magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES (ponente), VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, cumplido el traslado de que trata el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a dictar la sentencia que corresponde en este proceso ordinario instaurado por MARTHA DORIS RIVERA TORO y ANA ELSY ZAPATA RIVERA, esta última representada por curador *ad litem*, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (Radicado 05001-31-05-003-2013-01688-01). Se integró en calidad de litisconsorte por pasiva a la señora Amparo de Jesús Macías Berrío, quien actuó a través de curador *ad litem*.

### ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante se condene a la demandada a reconocerles y pagarles la sustitución pensional y auxilio funerario desde octubre de 2012, mesadas comunes y adicionales desde tal data, los intereses moratorios, la indexación de todos los conceptos solicitados y las costas del proceso.

Como sustento de las pretensiones, adujo como hechos los siguientes: el señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez se encontraba pensionado mediante la Resolución No. 009602 del 17 de octubre de 2003; éste había contraído matrimonio católico con la señora Amparo de Jesús Macías Berrío el 28 de febrero de 1971, separándose de cuerpos y liquidándose en debida forma la sociedad conyugal mediante escritura 2791 del 25 de noviembre de 2003 de

la Notaria Novena de Medellín; desde el año 1995 comenzó a convivir con el señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez, generando como fruto de esa unión a la menor Ana Elsy Zapata Rivera, quien nació el 13 de julio de 2004, hecho que se prueba con la declaración extra juicio realizada por el mismo señor Zapata Gutiérrez ante el Notario 27 de Medellín, el 2 de mayo de 2012; así mismo, éste radicó ante el ISS el 15 de agosto de ese mismo año, solicitud para ingresarla a ella junto con su hija menor como beneficiarias en salud, a su vez presentó derecho de petición en el que informa la condición de compañeros permanentes desde hacía más de 14 años; el 12 de septiembre de 2012 fallece el señor Miguel Ángel, quien para esa fecha se encontraba conviviendo con ella y su hija menor, quienes dependían íntegramente de él, quien incluso la autorizaba mes a mes mediante poder autenticado para que ella fuera quien cobrar la pensión ante Colpensiones; el 24 de mayo de 2013 presenta solicitud ante Colpensiones pretendiendo la sustitución pensional en calidad de compañera permanente y para su hija menor; ante la no respuesta por parte de la entidad, interpuso una acción de tutela el 24 de octubre de 2013 solicitando la respuesta a su solicitud, la misma que fue fallada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito requiriendo a la entidad a atender el pedimento de la accionante; se presentó con dicho fallo ante la entidad, donde le informa de manera verbal que no hay respuesta a su solicitud, pero que respecto del señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez, ya se había reconocido un beneficiario de la pensión, sin que se tenga conocimiento de ello.

Colpensiones atendió de manera oportuna el libelo, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. De los hechos adujo como ciertos la calidad de pensionado del señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez, la fecha de su fallecimiento, que la demandante presentó solicitud ante la entidad pretendiendo la sustitución pensional y la interposición de la acción de tutela. Sobre los demás dijo que no le constaban. Formuló como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación de reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación de pagar intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; improcedencia de la indexación de las condenas, imposibilidad de condena en costas, prescripción, compensación y pago.

Ana Elsy Zapata Rivera, a través de curador ad litem, presentó demanda pretendiendo la pensión de sobrevivientes con las correspondientes mesadas adicionales, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y/o la indexación de las sumas de dinero, del auxilio funerario y las costas.

Como sustento de los hechos, argumentó lo siguiente: el señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez y la señora Amparo de Jesús Macías Berrío contrajeron matrimonio católico el 28 de febrero de 1971 en la ciudad de Medellín; mediante escritura 2791 del 28 de noviembre de 2003, la pareja optó por efectuar disolución y liquidación de la sociedad conyugal, sin que existiera convivencia desde el año 1995; el señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez entabló una relación sentimental con la señora Martha Doris Rivera Toro, con quien convivió y residió bajo el mismo domicilio por espacio de 17 años contados a partir de 1995, configurándose la unión marital de hecho; de dicha relación afectiva fue concebida; con fecha 2 de mayo de 2012, se presentó ante el Notario 27 del Círculo de Medellín el señor Miguel Ángel Zapata con el fin de rendir declaración juramentada, indicando su estado civil y su paternidad, agregando que ella dependía de él; el señor Zapata Gutiérrez falleció el 12 de septiembre de 2012 en la ciudad de Medellín, quien para tal fecha se encontraba gozando del beneficio de pensión de vejez, conforme a la Resolución No. 009602 del 2003, emitida por el ISS; pese a lo anterior no se le ha reconocido la calidad de beneficiaria de la pensión.

Colpensiones atendió de manera oportuna el libelo presentado por Ana Elsy Zapata Rivera, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. De los hechos adujo como ciertos los del matrimonio del causante y la señora Amparo de Jesús Macías Berrío, la disolución y liquidación de esa sociedad conyugal, lo del registro civil de la menor Ana Elsy Zapata Rivera, la fecha del fallecimiento del señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez y que para su deceso se encontraba pensionado por vejez por parte de la entidad. Sobre los demás dijo que no le constaban. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y retroactivo pensional; inexistencia de intereses moratorios; improcedencia de la indexación de las condenas, inexistencia de la obligación

de reconocer y pagar el auxilio funerario por falta de requisitos legales, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y compensación.

La curadora de la señora Amparo de Jesús Macías Berrío dio respuesta al libelo, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la mayoría de los hechos, como lo son la celebración del matrimonio católico con el causante, la calidad de pensionado que este tenía al momento de su muerte; la procreación que este hizo de la menor Ana Elsy con la señora Martha Doris Rivera Toro. Sobre los demás dijo que no le constaban. De manera innominada y genérica propuso como excepción "...toda situación que a la luz del ordenamiento jurídico colombiano vaya en contra de las pretensiones del demandante conforme con el artículo 282 del Código General del Proceso".

Ante la insistencia del Juzgado, que lo es el Tercero Laboral del Circuito de Medellín, la curadora de la señora Macías Berrío presentó demanda pretendiendo, previo a declarar desestimadas las pretensiones de la señora Martha Doris Zapata Toro y su hija Ana Elsy Zapata Rivera, se condenara a Colpensiones a reconocerle la sustitución pensional causada por el fallecimiento de su cónyuge Miguel Ángel Zapata Gutiérrez, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación de las mesadas pensionales y las costas.

Como sustento de tales pretensiones indicó que contrajo matrimonio católico con el causante el 28 de febrero de 1971, conviviendo bajo el mismo techo de manera continua e ininterrumpida; el 25 de noviembre de 2003, mediante escritura pública No. 2791 de la Notaria Novena del Círculo de Medellín, disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal de mutuo acuerdo, sin que se hayan divorciado; el 12 de septiembre de 2012 falleció el señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez, quien era pensionado por vejez por parte de la accionada desde el 17 de octubre de 2003, mediante Resolución 009602; el 13 de diciembre de 2013, la señora Martha Doris Rivera Toro actuando en causa propia y en representación de su hija menor Ana Elsy Zapata Rivera, interpuso demanda ordinaria laboral, que fue repartida al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, pretendiendo se declare el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Miguel Ángel

Zapata Gutiérrez, la que fue admitida el 7 de febrero de 2014; mediante auto del 24 de enero de 2018, se ordenó vincular en calidad de interviniente a la señora Amparo de Jesús Macías Berrío, siendo designada como curadora.

La señora Martha Doris Rivera Toro contestó la demanda de la señora Macías Berrío, oponiéndose a las pretensiones. Aceptó la mayoría de hechos y negó el que hace referencia a la convivencia de la pareja. Como medios exceptivos formuló los de buena fe, prescripción para reclamar la pensión, inexistencia de la obligación por ausencia de requisitos legales, petición de lo no debido e imposibilidad de condena en costas.

Surtido el trámite de rigor, y luego de haberse reconstruido parte del proceso a solicitud de esta Corporación, el 3 de marzo de 2023 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín profirió sentencia declarando que a la señora Martha Doris Rivera Toro le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez en un 20% del 50% y, en consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocerle y pagarle la suma de \$28.838.379 por concepto de retroactivo, liquidado entre el 12 de septiembre de 2012 y el 28 de febrero de 2023, y a continuar pagándole a la señora Amparo de Jesús Macías Berrío el 30% del 50% de la pensión. Ordenó a Colpensiones que cuando la joven Ana Elsy Zapata Rivera deje de percibir la pensión de sobrevivientes que le viene reconociendo, el porcentaje del 50% se acreciente en favor de Martha Doris Rivera Toro en un 20% y en favor del Amparo de Jesús Macías Berrío el 30%. Ordenó a Colpensiones a pagarle a la señora Martha Doris Rivera Toro la suma de \$3.000.000 por concepto de auxilio funerario, la que deberá ser indexada desde el 12 de septiembre de 2012, así como a pagarle a esta misma los intereses moratorios sobre el retroactivo ordenado, desde el 24 de julio de 2023 y hasta que se verifique el pago. Por último, le impuso las costas a Colpensiones y a favor de la señora Martha Doris Rivera Toro, fijándole como agencias en derecho la suma de \$3.551.000.

Inconforme con la decisión, interpusieron el recurso de apelación quienes apoderan a las partes. Inicialmente la apoderada de Colpensiones solicita que se decrete la nulidad de lo actuado en la audiencia de juzgamiento por cuanto

si bien se señaló que era una reconstrucción del proceso, y que no se debía considerar el testimonio de la señora Magdalena, aun así el despacho insistió teniendo en cuenta que el mismo juez al principio del proceso, cuando ella indicó que se había logrado localizar a la beneficiaria de la pensión y esposa del causante, señora Amparo, refirió que no era posible agregar nada que no haya estado dentro de la audiencia que se celebró en el año 2020, por lo que solicita que teniendo en cuenta lo anterior, se decrete la nulidad al haberse integrado nuevos testimonios dentro del proceso, y que de no ser acatada la solicitud de nulidad, por lo menos se elimine o no sea tenido en cuenta el testimonio de la señora Magdalena, toda vez que ella no hizo parte del proceso inicial cuando se surtió la primera audiencia, y como se indicó, esta era una reconstrucción sin que se puedan agregar nuevos elementos, así haya sido solicitado por la parte en el momento oportuno y así ella haya dicho que no pudo asistir a la audiencia inicial por tener problemas de conectividad. Continúa diciendo que en caso de que se tengan en cuenta los demás testimonios, no resulta cierto que el abogado Luis Alberto Zuluaga hubiera indicado a viva voz que el señor Miguel Ángel Zapata le hubiera dicho en el año 2005 que no siguiera adelante con el proceso, tan no es cierto que apenas en el año 2006 el juzgado 4 Laboral de Medellín estaba dando fallo sobre los incrementos pensionales, todavía no había iniciado el proceso ejecutivo, por lo que no se puede desistir del proceso ejecutivo cuando ni siquiera existía sentencia sobre el ordinario, así como que tampoco es cierto que en ese año se hizo la indicación del causante por cuanto en el año 2011 aparece documento firmado por el abogado Alberto Zuluaga solicitando embargo por pensiones en aras del ejecutivo de incrementos pensionales, que se radicó en el año 2003 y tuvo sentencia en el año 2006, donde el causante para dicha data indicaba que su esposa era la señora Amparo de Jesús Macías Berrio; igualmente así lo refirieron otros testigos. A más de eso, el causante decidió dejar sus bienes a la señora Amparo de Jesús Macías y sus hijos, sacando de todo contexto a la señora Martha Doris. Señala que le resulta extraño que las declaraciones extra juicio rendidas por el causante donde manifiesta que la señora Martha Doris era su compañera se diera solamente un mes antes de su muerte, resultando extraño que el fallecido desde el año 1998 no la haya afiliado al Sistema de Salud. Manifiesta que el único testimonio que hace referencia a la convivencia de la pareja desde el año 1998 es el de la señora

Estella, que en esta oportunidad si tiene toda la claridad del caso cuando en el testimonio inicial había sido completamente dubitativa, a más de que pareciera que en el proceso se demostró más una convivencia simultánea que una exclusiva con la señora Martha Doris, sin que pueda decirse que dada la existencia de Ana Elsy la convivencia se daba desde esa data. Indica que en el testimonio inicial de la señora Estella ella argumentó que en el sepelio le daban el pésame tanto a la señora Amparo como a la señora Martha Doris, y extrañamente hoy no recuerda a quien era que le habían dado el pésame. Reitera que cuando más en el proceso quedó demostrada una convivencia simultánea con el causante, por lo que es a la esposa a quien le asiste el derecho, sin que resulte lógico el argumento expuesto en cuanto a que ellos decidieron dejar a la esposa del causante en el Sistema de Salud casi que por caridad mientras ella continuaba en el Sisbén. Muestra igualmente reparo frente a los intereses moratorios, en el sentido de que la entidad llevó a cabo todos los edictos emplazatorios y que no se presentó ninguna persona, y que a la muerte del causante se presentó la señora Amparo de Jesús con las pruebas que la hacían beneficiaria, a más de que adelantó proceso de incrementos pensionales, de donde Colpensiones no requirió hacer otras investigaciones como lo refiere el despacho, y siendo que hay conflicto de beneficiarios la entidad no es la llamada a resolverlos, siendo la justicia ordinaria laboral la encargada de ello. Solicita que se tengan en cuenta todas las pruebas para el análisis porque sabe que los Magistrados no revisan los expedientes administrativos de Colpensiones por voluminosos. Indica que resulta extraño la manera en que excluyeron a la señora Amparo del Sistema de Salud un mes antes del fallecimiento del causante, teniendo en cuenta que una de las testigos señaló que éste estaba enfermo de leucemia y llevaba aproximadamente 2 años en cama. Pretende con el recurso que se deje en suspenso el pago de la pensión a la hija hasta tanto no acredite la calidad de estudiante y, en el caso de no hacerlo, se acreciente la pensión a quien le corresponda.

El apoderado de la señora Martha Doris sustenta su recurso indicando que se le debe de reconocer la pensión en un 100%, respetando el derecho de la hija, al quedar demostrado que no hubo ninguna convivencia simultánea entre el causante, su esposa y la compañera permanente. Hace referencia a unas

sentencias de la Corte Constitucional para indicar que la cónyuge debe demostrar convivencia para poder acceder al derecho, quedando verificado en el proceso que los cónyuges hicieron liquidación de la sociedad en el año 2003, por lo que no le asiste ningún derecho a la pensión de sobrevivientes a la señora Amparo. Hace alusión a que las decisiones judiciales no se censuran, se apelan, y lo expresado por la apoderada de Colpensiones parece más una censura que una apelación, pues incluso se atrevió a señalar que los Magistrados no revisan los expedientes administrativos de la entidad por voluminosos, presumiendo la mala fe de la judicatura. Indica que parece que la apoderada escuchó el audio de la audiencia anterior cuando lo que hubo fue que reconstruirse, implicando que lo allí manifestado no puede tenerse en cuenta. Dice que no hay lugar a decretar la nulidad de la audiencia en tanto el despacho fue diligente para la obtención de la dirección de la señora Amparo con el fin de que ejerciera su derecho de defensa, a quien señala no le asiste el derecho por tener la sociedad conyugal liquidada.

En el término pertinente, las partes presentaron sus alegaciones de segunda instancia, con argumentos semejantes a los expuestos en las etapas procesales transcurridas en primer grado.

### CONSIDERACIONES

Para iniciar, y frente a la nulidad de la audiencia solicitada por la apoderada de Colpensiones, debe decirse aquí y ahora que la misma no tiene ninguna vocación de éxito porque, de un lado, los motivos alegados no se encuentran enmarcados dentro de las causales de nulidad establecidas en el artículo 133 del Código General del Proceso y, del otro, la audiencia fue celebrada con la asistencia de todas las partes, la prueba practicada a la señora Magdalena de Jesús Estrada se había decretado en la etapa correspondiente, y esta se llevó a cabo dándole a todos los intervinientes la oportunidad para que le hicieran las preguntas que ha bien tuvieran hacer, respetándoles de este modo el debido proceso.



En vista de lo anterior, pasará esta Sala de Decisión a restringir el estudio del proceso a los puntos objeto de apelación planteados por los apoderados recurrentes en sus apelaciones, conforme a las directrices que para el efecto traza el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, en concordancia con el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, y de ser necesario las demás condenas impuestas a Colpensiones en el grado de consulta, de conformidad con el criterio expresado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 26 de noviembre y 4 de diciembre de 2013, rads. 34552 y 51237, y la sentencia con Radicado 40200 del 9 de junio de 2015.

No es tema de discusión al interior del plenario que el señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez y la señora Amparo de Jesús Macías Berrío contrajeron matrimonio católico el 28 de febrero de 1971, el cual disolvieron y liquidaron mediante escritura pública No. 2.791 del 25 de noviembre de 2003. Tampoco se discute que el otrora ISS le reconoció al señor Zapata Gutiérrez la pensión de vejez mediante Resolución No. 009602 de 2003, a partir del 1º de septiembre de ese mismo año, y que este falleció el 12 de septiembre de 2012. Así mismo, no es motivo de disenso que el causante procreó con la señora Martha Doris Rivera Toro a la menor Ana Elsy Zapata Rivera, quien nació el 13 de julio de 2004. Queda igualmente por fuera de debate el que la demandante solicitó el 24 de mayo de 2013, en nombre propio y en representación de su hija menor, la sustitución pensional ante la entidad, la que les fue negada inicialmente mediante Resolución GNR 293986 del 6 de noviembre de 2013, con el argumento que ya el derecho le había sido reconocido en calidad de cónyuge a la señora Amparo de Jesús Macías Berrío mediante la Resolución GNR 003301 del 21 de enero de 2013, pero luego mediante la Resolución GNR 68270 del 10 de marzo de 2015, le fue reconocida la prestación a la menor Ana Elsy Zapata Rivera a partir del 12 de septiembre de 2012, en un porcentaje del 50%, y el otro 50% para la señora Macías Berrío.

Acorde con lo anterior y a los argumentos de los apoderados recurrentes, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe a establecer si la señora Martha Doris Rivera Toro le asiste el derecho a ser beneficiaria de la pensión

de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, causada por la muerte del señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez, ocurrida el 12 de septiembre de 2012 y, de ser el caso, si resulta viable la imposición de los intereses moratorios. De igual manera, y de ser necesario, habrá lugar a revisarse las demás condenas impuestas a Colpensiones en el grado de consulta.

Pues bien, para resolver se tiene que la normatividad aplicable es la vigente al momento en que acaeció la contingencia asegurada, por lo que al haber ocurrido el óbito del pensionado el 12 de septiembre de 2012, debe aplicarse lo que dispone el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003 para definir el derecho a la pensión de sobrevivientes deprecada, que en su literal a) señala como beneficiarios de la prestación:

*“...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”.*

(...)

*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 sobrevivientes 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...”*

Así, para quien pretenda ser beneficiaria de una pensión de sobrevivientes debe demostrar de manera cierta y convincente la convivencia por un espacio de cinco años con el causante, independientemente de que sea un afiliado o un pensionado, en concordancia con lo definido por la SU 149 de 2021, que se opuso a la postura jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de

Casación Laboral- que determinó como verdadero alcance del literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003 a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, *in dubio pro operario*, que el tiempo de convivencia mínima de cinco (5) años, solo es exigible en caso de muerte del pensionado (Ver SL1730-2020 reiterada en SL3843-2020, SL3785-2020, SL4606-2020, SL489-2021, SL362-2021, SL1905-2021, SL2222-2021 y SL5270-2021), con el argumento de violar tal decisión directamente los principios de igualdad y sostenibilidad financiera del sistema pensional sin justificación objetiva, y no armonizar con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia.

Adicionalmente, dadas las circunstancias específicas del caso la H. Corte Suprema de Justicia también en su interpretación literal de la norma, le dio una especial relevancia al concepto de unión conyugal y en ese sentido, privilegió el derecho del cónyuge a recibir la pensión de sobrevivientes, aun cuando estuviera separado de hecho del fallecido durante sus últimos años de vida, siempre y cuando acredite una convivencia real y efectiva durante el lapso de cinco años, pero no necesariamente anteriores al deceso, sino en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social.

Ello naturalmente, presupone que no hay vida en común de la pareja de casados al momento de la muerte, vínculo afectivo, comunicación solidaria y ayuda mutua que permita considerar que los lazos familiares siguieron vigentes, señalándose por la Corporación en sentencias como la SL1869-2020, SL2015-2021, SL5260-2021, SL2318-2022 y SL3651-2022 la exigencia de una relación de familia actuante pese al rompimiento de la vida en común no está en armonía con la ley, de acuerdo al actual criterio, toda vez que si bien es cierto, la jurisprudencia exige al cónyuge separado de cuerpos o de hecho convivencia de por lo menos cinco años en cualquier tiempo, también lo es, que en estos eventos no se exige que el potencial beneficiario de la prestación de sobrevivientes demuestre que mantuvo un vínculo de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico hasta el momento de la muerte, ya que ello se configura en un requisito adicional que no establece el inciso 3.º

del literal b) artículo 13 Ley 797 de 2003, ya que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido, contenido e interpretación que encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto.

Se clarificó por la alta Corporación desde la sentencia con Radicado 41637 del 24 de enero de 2012 que tal postura se predica también, para cuando no existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado bajo criterios de equidad y justicia, en la medida que no sería proporcional privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto (Ver SL3973-2020), cuyo alcance es la protección de quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social.

En tal contexto, debe brotar del acervo probatorio que existió con el (la) causante una convivencia ininterrumpida de por lo menos cinco (5) años anteriores a la muerte en el caso de la compañera (o) permanente, y la misma densidad de tiempo para el (la) cónyuge, pero en cualquier tiempo.

Ahora, para la demostración de la convivencia de la señora Martha Doris Rivera Toro con el señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez, fue recepcionada la prueba testimonial compuesta por las señoras Magdalena de Jesús Estrada, Luz Estella Guevara Ospina y Piedad Lucía López Gómez, vecinas y amigas de la pareja, señalando la primera de ellas que conoció a la pareja desde aproximadamente el año 1998, cuando se fueron a vivir al barrio Llanaditas de Medellín, junto con los 2 hijos mayores de la señora Rivera Toro, refiriendo ella misma que la menor Ana Elsy nació en esa propiedad y que cuando ésta tenía aproximadamente 2 años se fueron a vivir a casa propia en el barrio el Jardín de esta misma ciudad, y que conoció que la pareja nunca se llegó a separar. Por su parte, la señora Luz Estella Guevara Ospina señaló que conoció a la pareja cuando llegaron al barrio Jardín donde fueron vecinos y para la época la menor Ana Elsy tenía aproximadamente 2 años de vida. Refiere que los conoció siempre juntos y que no se llegaron a separar hasta la muerte del

señor Miguel por un cáncer que tenía, siendo la señora Martha Doris quien veló por los cuidados de él. Manifiesta que en los 2 últimos años antes de su muerte, siempre vio al señor Miguel Ángel en la casa porque ya no salía por su enfermedad. De otro lado, poca información se pudo obtener de la señora Piedad Lucia López Gómez, por cuanto fue muy clara en indicar que conoció a la pareja cuando Ana Elsy tenía 6 años por ser compañerita de colegio de su nieta, lo que implica que sus dichos quedaron reducidos a una temporalidad de dos años teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de la menor, que resultan insuficientes para demostrar la convivencia exigida por la norma, no obstante indicó que iba de manera muy frecuente a la casa de la pareja Zapata Rivera acompañando a su nieta a hacer tareas con la menor Ana Elsy y allá siempre vio al señor Miguel Ángel y que la pareja siempre se comportaban como esposos.

De igual manera, se avizoran pruebas documentales correspondientes a declaraciones extra juicio rendidas por el señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez y la señora Martha Doris Rivera Toro en la que señalan que “...vivimos bajo el mismo techo en UNION LIBRE desde hace diecisiete (17) años, compartiendo techo, lecho y mesa y hasta la presente fecha...”, la cual fue suministrada ante Notario el 2 de mayo de 2012, y en la que el señor Zapata Gutiérrez precisó que era él quien procuraba lo necesario para su compañera y su hija menor Ana Elsy Zapata Rivera.

Así mismo, aparece derecho de petición firmado por el señor Miguel Ángel y dirigido al Instituto de Seguros Sociales, con fecha de recibido por la entidad del 15 de agosto de 2012, en la que informa que:

*“...no vivo bajo el mismo techo con quien figura como mi cónyuge y beneficiaria AMPARO DE JESÚS MACIAS, desde hace más de catorce (14) años, por lo tanto es mi deseo que dicha señora sea excluida de Salud como mi beneficiaria.*

*Por su parte desde el año de 1998 convivo bajo el mismo techo con mi compañera permanente de nombre MARTHA DORIS RIVERA TORO, quien se identifica con cédula de ciudadanía #43.529.149, con quien procreé una niña en la actualidad de ocho (8) años de edad de nombre ANA ELSY ZAPATA RIVERA”.*

En términos similares, aparece un escrito con igual data firmado por el señor Miguel Ángel y dirigido al Instituto de Seguros Sociales, informando de la calidad de compañera permanente de la señora MARTHA DORIS RIVERA TORO.

Se registra igualmente como material probatorio, sendas autorizaciones del causante a la señora Martha Doris Rivera Toro con el fin de que le reclamara la pensión ante el Banco Popular entre los meses de abril y julio de 2012, pero que no demuestran ningún tipo de vínculo más allá de tales datas.

Las anteriores probanzas dan cuenta de la existencia de una convivencia entre la pareja Zapata Rivera en los términos dispuestos por la norma y la jurisprudencia hasta el momento del fallecimiento del señor Miguel Ángel, evidenciándose que fue su compañera quien lo acompañó en los últimos años de vida, pues los testigos traídos al proceso son contestes al señalar que la pareja, cuando menos, inició relación a partir del año 1998, cuando se fueron a vivir al barrio Llanaditas de Medellín, data a partir de la cual indican que la pareja se mantuvo unida, no hubo ninguna separación y siempre vieron al señor Zapata Gutiérrez en el hogar que conformó con su compañera.

No le resta valor a los testimonios rendidos en el proceso, el hecho presentado entre el causante y su cónyuge Amparo de Jesús Macías Berrio, como lo fue, de un lado, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal en el año 2003, y del otro, el adelantamiento de un proceso ordinario laboral pretendiendo los incrementos pensionales por cónyuge a cargo, pues de este último debe decirse que es un proceso completamente ajeno al que aquí se adelanta, de donde no pueden tenerse en cuenta las conclusiones a las que en este se pudo haber llegado, dado que es un material probatorio completamente distinto al aquí recogido.

En vista de lo anterior, habrá lugar a considerarse que la convivencia entre el señor Miguel Ángel Zapata Gutiérrez y la señora Martha Doris Rivera Toro se dio a partir del año 1998, por lo que bajo estas condiciones quedó acreditado por la demandante la convivencia exigida por la norma para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su compañero permanente.

Frente al derecho a la pensión de sobrevivientes de la señora Amparo de Jesús Macías Berrio, baste decir que la entidad demandada se lo reconoció mediante Resolución GNR 003301 del 21 de enero de 2013, en calidad de cónyuge supérstite, el cual disfrutó en un principio en un 100%, y reliquidado hasta un 50% después de la Resolución GNR 68270 del 10 de marzo de 2015, dado el reconocimiento del mismo derecho por parte de la entidad a la menor Ana Elsy Zapata Rivera.

Al respecto, el apoderado de la demandante presenta su disenso indicando que la pareja Zapata Macías disolvió y liquidó la sociedad conyugal desde el año 2003, por lo que no le asistía ningún derecho a la cónyuge supérstite respecto del fallecimiento del señor Miguel Ángel.

Sobre este asunto, es del caso indicar que mediante la sentencia C-515 de 2019, del 30 de octubre de esa anualidad, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “...*con la cual existe la sociedad conyugal vigente*”., contenida en el aparte final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, argumentando que para aquellos casos donde se presenta cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta, por decisión libre de ellos, se extinguen los efectos patrimoniales del vínculo matrimonial.

El sustento de dicha sentencia es el contenido del artículo 1781 del Código Civil, el cual señala que el haber de la sociedad conyugal y sus cargas está compuesto por una serie de factores dentro de los que se incluyen las pensiones, los salarios y, en general, todas aquellas sumas de dinero derivadas del trabajo o de las actividades productivas durante el matrimonio, por lo que cuando la sociedad conyugal se disuelve y liquida, los haberes del pensionado o afiliado dejan de pertenecer a la masa patrimonial, razón por la que se extingue el derecho para aquella persona que pretenda sustituir al causante respecto de su pensión o termina la expectativa para recibir una eventual prestación pensional según el caso, de donde la Corte concluyó que en materia de acceso a la pensión de sobrevivientes, no existe igualdad entre el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente con aquel que ya disolvió y liquidó la suya.

No obstante, a tal postura constitucional no se le puede dar efectos retroactivos, por cuanto la sentencia no dispone nada en ese sentido, y siendo que el derecho a la señora Amparo de Jesús Macías Berrio se le había reconocido mediante la Resolución GNR 003301 del 21 de enero de 2013 del 2013, con efectos a partir del 12 de septiembre de 2012, debe mantenerse, eso sí, analizando la compatibilidad con la demandante, en consideración al tiempo de convivencia de cada una de ellas con el causante.

El juez de instancia, dentro del análisis para reconocerle la pensión de sobrevivientes compartida a las beneficiarias, concluyó que la cónyuge había convivido con el causante por espacio de 23 años, tiempo establecido entre los años 1971 y 1995, mientras que para la compañera delimitó como convivencia un plazo de 17 años, período comprendido entre los años 1995 y 2012, fecha última del fallecimiento del señor Miguel Ángel y, en tal sentido, definió como porcentaje respecto de la pensión de sobrevivientes para la señora Amparo de Jesús el 30%, mientras que para la señora Martha Doris el 20%, teniendo en cuenta que la discusión es respecto del 50%, en tanto el otro 50% ya le fue reconocido a Ana Elsy Zapata Rivera, sin que los reparos de la parte demandante hagan relación a estos tiempos de convivencia sino sobre la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, punto ya resuelto por esta Corporación, por lo que tales porcentajes se mantendrán incólumes, lo que implica la confirmación de la sentencia en este aspecto, así como frente a las disposiciones en cuanto a los acrecimientos pensionales en virtud del derecho que le fue reconocido a la menor Ana Elsy Zapata Rivera, pues siendo hoy en día mayor de edad, dependerá de la demostración de las exigencias establecidas por la norma para conservarlo hasta el cumplimiento de sus 25 años.

En cuanto al valor del retroactivo pensional, debe indicar esta Sala de Decisión que la entidad accionada le reconoció el derecho a la señora Amparo de Jesús Macías Berrio, en calidad de cónyuge supérstite, previo análisis y cumplimiento de las disposiciones legales, y que ante la solicitud presentada luego por la demandante le indicó que era la justicia ordinaria laboral la que le debía analizar el derecho que le podía asistir, en cumplimiento del artículo 34 del Decreto 758 de 1990 y el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008, lo que conlleva a



que el porcentaje establecido por concepto de la mesada pensional de la demandante, deberá ser reconocido por la entidad a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Bajo tales condiciones, se evidencia que efectivamente la entidad accionada actuó en su momento bajo los parámetros legales vigentes para la fecha de la muerte del causante, por lo que el derecho reconocido a la cónyuge estuvo ajustado a los mismos, lo que implica que no hay lugar a imponerle a Colpensiones la condena por concepto de retroactivo, dando lugar a la revocatoria de este punto de la providencia conocida.

No obstante, debe señalarse que la señora Martha Doris Rivera Toro queda con toda la facultad para hacer valer ante la señora Amparo de Jesús Macías Berrio, el porcentaje de las mesadas pensionales establecido por esta Jurisdicción, desde el 12 de septiembre de 2012 y hasta la fecha en que sea ingresada a nómina por la entidad, teniendo en cuenta que la cónyuge ha recibido el pago de las mesadas pensionales en porcentaje del 50% desde la causación del derecho hasta del día de hoy.

Siendo lo anterior así, obvio resulta revocar la sentencia por concepto de intereses moratorios, por cuanto el sustento para su liquidación ya no existe, dando cuenta de ello en la parte resolutive de la presente providencia.

En cuanto a la condena por auxilio funerario, verificada por consulta, se hace necesario analizar el contenido del artículo 51 de la Ley 100 de 1993 que indica *“La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que éste auxilio pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario”*.

El contenido de la disposición no deja duda que quien está facultado para reclamar este beneficio es quien demuestre ante la entidad haber realizado los gastos de entierro de un afiliado o un pensionado.

Ahora bien, atendiendo la literalidad de la norma reguladora para el asunto, si tales gastos fueron asumidos por una aseguradora, cooperativa o asociación, tiene como fundamento que ese servicio surgió de un contrato pre exequial, donde el tomador del seguro paga de manera anticipada y periódica la prima correspondiente tendientes a amparar los riesgos que hayan debidamente estipulado, sin que implique que los costos en que incurrió la entidad no hayan sido cubiertos por quien suscribió el respectivo contrato.

Descendiendo al caso de autos, se evidencia del material probatorio una certificación por parte de la Funeraria La Esperanza, en la que se indica que “...se efectuaron las diligencias correspondientes para las exequias de **MIGUEL ANGEL ZAPATA GUTIERREZ**”, y “Que el valor de los servicios prestados fue de \$3.000.000, los cuales fueron cancelados con cargo al contrato preexequial 09859”, cuya titular del contrato es “**MARTHA DORIS RIVERA TORO**”.

Como en el presente caso, según se deriva de esa certificación, la responsable del pago fue la señora MARTHA DORIS RIVERA TORO a través del seguro preexequial contratado con la Funeraria La Esperanza, la conclusión no puede ser distinta a que a ella le asiste el derecho al reconocimiento y pago del auxilio funerario reclamado, dando lugar a la confirmación de la providencia en este asunto.

Conforme a lo expuesto, se procederá a confirmarse y revocarse la providencia apelada. En esta instancia, en virtud de lo decidido no se causaron costas.


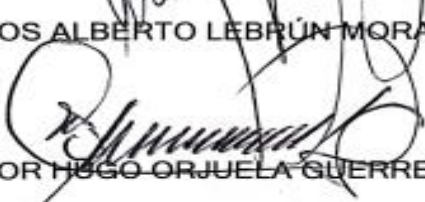

### DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia venida en apelación de fecha y procedencia conocidas, excepto en cuanto al retroactivo pensional y los intereses moratorios del artículo 141 de 1993, puntos que se revocan y, en su lugar, se **ABSUELVE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** del pago de los mismos.

Sin costas en esta instancia.

Notifíquese la presente decisión por EDICTO (num.3°, lit. d., art. 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en concordancia con el auto 550-2021 CSJ).

Los Magistrados,

  
CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES  
  
VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO  
  
SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
SALA LABORAL**



**SECRETARÍA  
EDICTO**

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

**HACE SABER:**

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

<b>Radicación:</b>	<b>05001310500320130168801</b>
<b>Proceso:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>Demandante:</b>	<b>MARTHA DORIS RIVERA TORO</b>
<b>Demandado:</b>	<b>COLPENSIONES</b>
<b>M. P.</b>	<b>CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES</b>
<b>Fecha de fallo:</b>	<b>18/05/2023</b>
<b>Decisión:</b>	<b>CONFIRMA Y REVOCA</b>

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibídem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 19/05/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**

Secretario