

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|-----------------------------|--|
| DEMANDANTE | : NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ |
| DEMANDADO | : FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. |
| LITISCONSORTE NECESARIO | : NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO en calidad de representante legal de la menor XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO |
| INTERVINIENTES EXCLUYENTES: | ROSA EMILIA POSO POSSO Y OTONIEL POSSO |
| TIPO DE PROCESO | : ORDINARIO |
| RADICADO NACIONAL | : 05-001-31-05-015-2019-0444-01 |
| RADICADO INTERNO | : 240-23 |
| DECISIÓN | : CONFIRMA SENTENCIA |
| ACTA NÚMERO | : 273 |

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

Pretende la parte accionante se DECLARE que le asiste el derecho a la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su compañero permanente, el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO, en aplicación del art 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 12 de la Ley 797 de 2003.

Se CONDENE a la sociedad PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ desde el 15 de marzo de 2018, junto con las mesadas adicionales; los intereses moratorios desde el 16 de julio de 2018 hasta el pago efectivo de la obligación; a la indexación de las sumas causadas; y a las costas procesales.

Como supuestos facticos con los que sustenta sus pretensiones, expuso que el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO se afilió a la sociedad PROTECCIÓN S.A. el 15 de febrero de 2007 y cotizó hasta el 28 de febrero de 2018, alcanzando un total de 351,71 semanas cotizadas en toda la vida laboral; el afiliado sostuvo una unión marital de hecho con la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ desde marzo de 2009 hasta el fallecimiento, con quien compartió techo, lecho y mesa; el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO falleció el 15 de marzo de 2018; la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ solicitó la pensión de sobreviviente el 16 de mayo de 2018; en comunicación notificada el 11 de julio de la misma anualidad, la accionada negó la pensión por no acreditar el tiempo de convivencia del art 13 de la Ley 797 de 2003; ante solicitud para que se reconsiderara la decisión, el 17 de diciembre de 2018, la entidad expresó que no se presentaban hechos nuevos que modificaran la decisión inicial, por lo que era confirmada; el 12 de febrero de 2019, la demandante solicitó realizar un nuevo estudio de la pensión dado que con anterioridad no se le dio credibilidad a las declaraciones extrajuicio; en comunicación del 1º de marzo de 2019 PROTECCIÓN S.A. confirmó las decisiones anteriores porque no estar acreditada la existencia de vida marital durante los 2 últimos años anteriores a la muerte del afiliado, al haberse separado el 17 de diciembre de 2017 y el causante estaba viviendo en una habitación arrendada en una pensión.

CONTESTACIONES A LA DEMANDA

La sociedad PROTECCIÓN S.A. en su contestación a la demanda aceptó la afiliación a dicho fondo de pensiones; las cotizaciones realizadas, donde la última tuvo lugar el 15 de marzo de 2018 y no el 28 de febrero de 2018; que es cierta la solicitud elevada por la demandante, pero resalta que también presentaron reclamación los señores ROSA EMILIA POSSO DE POSSO Y OTONIEL POSSO en calidad de padres, los cuales indicaron que su hijo era soltero, que al momento de la muerte vivía solo porque se había separado en diciembre de 2017 de la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ, que los padres del causante no acreditaron el requisito de dependencia y en la investigación administrativa, tanto los padres como la demandante, manifestaron que el causante tenía una hija llamada XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, la cual no había sido reconocida por el causante,

por lo que concluye la accionada que al existir un mejor beneficiario que los padres, excluye a los padres del causante de la prestación solicitada. Aceptó la negación de la pensión de sobreviviente a la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ; que la demandante presentó recurso de reconsideración, y al resolver dicha solicitud, se confirmó la negación; que la demandante presentó una nueva solicitud en el año 2019 y se confirmó la negación de la pensión de sobreviviente.

Indicó la accionada que no le consta el total de semanas cotizado en toda la vida laboral; ni el origen del fallecimiento del demandante; no le consta que el causante haya tenido una unión marital desde marzo de 2009, pero advierte que no es cierto que los señores EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ hayan tenido una unión marital hasta la muerte del primero de ellos, porque conforme a las pruebas aportadas y las manifestaciones dadas por la demandante a la sociedad PROTECCIÓN S.A., se separaron el 16 de diciembre de 2017, por lo tanto, convivían en lugares diferentes, la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ en el Barrio Santa Cruz y el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO en una pensión en Envigado.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de cumplimiento del art. 294 del CST, no se acreditó el requisito de tiempo de convivencia mínimo para ser beneficiario de la pensión de sobreviviente, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, buena fe, pago y compensación, prescripción, genérica (expediente digital 08).

En auto del 30 de junio de 2021, el juzgado de conocimiento integró a los señores ROSA EMILIA POSSO DE POSSO Y OTONIEL POSSO (padres del causante) en calidad de intervinientes excluyentes y a la Sra. NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO en calidad de representante legal de la menor XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO (hija del causante) en calidad de litisconsorcio necesaria por activa (expediente digital 10). En auto del 1º de septiembre de 2022 se aclaró que no era posible nombrar curador ad litem a los señores ROSA EMILIA POSSO DE POSSO Y OTONIEL POSSO porque su intervención era voluntaria (expediente digital 21)

**DEMANDA CURADORA AD LITEM DEL LITISCONSORCIO
NECESARIO POR ACTIVA**

En la demanda presentada la Sra. NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO en calidad de representante legal de la menor XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO como pretensiones indicó que de conformidad con los hechos y debido a que no tenía conocimiento ni de la ubicación de la menor XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO (Presunta hija del afiliado fallecido), ni de la representante legal, así como tampoco tiene conocimiento de las pretensiones de la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ, ni de la contestación de la demanda de PROTECCIÓN S.A., solicitó que de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, tome la decisión que en derecho corresponda y se reconozca a la adolescente XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, la proporción de la pensión de sobreviviente, en desarrollo de las facultades oficiosas y atendiendo a lo configurado extra y ultra petita en atención a las normas constitucionales.

Presentó como presupuestos fácticos, la admisión de la demanda presentada por la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ; la orden dada por el Juzgado, de vincular a los señores ROSA EMILIA POSSO DE POSSO Y OTONIEL POSSO y a la Sra. NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO en calidad de representante legal de la menor XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO; lo relativo al nombramiento del curador para representar a la Sra. NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO en calidad de representante legal de la menor XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO. Señaló que el expediente digital enviado a la curadora, la presunta hija del causante, no se presentó como demandante para reclamar la pensión de sobreviviente; según la investigación administrativa aportada por PROTECCIÓN S.A., la Sra. NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO en calidad de representante legal de la menor XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, tiene la intención de “realizar el respectivo proceso de investigación de paternidad, para obtener los derechos que eso conlleva”, y se plasmó: “Dentro del mismo formato de entrevista realizado a los progenitores del afiliado fallecido, se consagró la entrevista de la señora NELLY DEL CARMEN USUGA POSSO, identificada con la cédula de ciudadanía N° 32.355.296, quien reside en la carrera 97 # 70 D 50, interior 404 de Medellín – Antioquia, pudiendo ser ubicada en el abonado telefónico 310 837 20 50, persona que es la madre de la adolescente XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, ésta última siendo la hija

no reconocida del afiliado fallecido”; que la Curadora trató de localizar a la Sra. NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO al número sugerido en el informe de la investigación administrativa donde el Sr. Juan Camilo Osorio García dijo desconocer a la Sra. NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO (expediente digital 28).

CONTESTACIONES A LA DEMANDA LITISCONSORTE NECESARIO POR ACTIVA

La sociedad PROTECCIÓN S.A. en su contestación a la demanda dijo que no le consta que la Dra. María José Pérez Hincapié haya aceptado el cargo de curadora, ni que esta haya tratado de ubicar a la Sra. NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO. Aceptó los demás hechos de la demanda.

Se opuso a que se condene a PROTECCIÓN S.A. de reconocer la pensión de sobreviviente a la adolescente XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, señalando que no existe prueba que demuestre que la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, cumplan con los presupuestos legales, para ser beneficiaria de dicha prestación, pues no ha acreditado que ésta sea hija del afiliado fallecido, que sea menor de edad, o que sea menor de 25 años e imposibilitada para trabajar en razón a sus estudios. Propuso las excepciones inexistencia de solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente frente a PROTECCIÓN S.A., falta de acreditación de requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobreviviente, inexistencia de la obligación del pago de intereses moratorios, cumplimiento del art. 294 del CST, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, buena fe, pago y compensación, prescripción, genérica (expediente digital 30).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 27 de julio de 2023, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ que la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ y la joven XILENA ANDREA USUGA POSSO no cumplen con los requisitos para ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes solicitada con ocasión de la muerte del Sr. EDISÓN DE JESÚS POSSO POSSO. DECLARÓ próspera la excepción de inexistencia de la obligación de

reconocer y pagar pensión de sobrevivientes de forma retroactiva, formulada en la contestación de la demanda por la AFP PROTECCIÓN S.A.

ABSOLVIÓ a la AFP PROTECCIÓN S.A., de reconocer y pagar a la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUÁREZ y a la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, de la pensión de sobrevivientes deprecada, así como de todas las demás pretensiones referentes al pago de retroactivo, incrementos anuales, mesadas adicionales de junio y diciembre, e intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Condenó en costas exclusivamente a la demandante NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUÁREZ a favor de la AFP PROTECCIÓN S.A. Para la integrada en calidad de litisconsorte necesaria por activa, la joven XILENA ANDREA USUGA POSSO, no se causaron.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de la parte demandante, solicita que la sentencia sea revocada y se reconozcan las pretensiones de la demanda, señalando que se aparta de la decisión porque si bien la convivencia que sostuvieron los señores EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ inició el 17 de marzo de 2009 hasta meses antes del fallecimiento del afiliado, ello se dio por problemas de pareja, pero dicha convivencia no se rompió, continuó los lazos afectivos, el afiliado le continuó brindando ayuda económica a la demandante para solventar los gastos del hogar, no se perdió la vocación de permanencia de su hogar, la demandante fue a la persona que llamaron para informarle el accidente, según la historia clínica aportada esta fue quien asistió al hospital y le brindó auxilio al acompañarlo en el tiempo en coma, el empleador del Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO le entregó a la demandante la liquidación de las prestaciones sociales, ella fue la encargada del trámite de las exequias; resalta el ánimo o vocación de familia que existía en los últimos meses de vida del Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO, así este estuviera viviendo en otro lugar; que el afiliado fallecido no retorno al hogar porque intempestivamente falleció, le impidió superar el mal entendido, el cual fue temporal, pasajero, momentáneo, la pareja se siguió viendo, además, los testigos afirmaron que ellos continuaron con los lazos afectivos sin que la separación fuera definitiva.

Señala que la testigo Flor Angela David afirmó que cuando hablaba y hacían video llamada con el causante, este le decía que estaba con la demandante; advierte duda en la declaración del Sr. Luis Horacio Otálvaro Castaño porque indicó que nunca había visto a una persona con el causante pero en la entrevista que se le realizó, dijo que el afiliado vivió solo pero en algunas ocasiones lo visitaba una mujer, y hay dudas porque no supo decir la dirección correcta de la vivienda donde le había alquilado al Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO. Que independiente que la testigo no haya podido especificar los 11 años de convivencia, lo que importa es demostrar que para el fallecimiento del Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO, la relación de pareja estaba latente; que pese que la norma hable de 5 años de convivencia, la jurisprudencia ha sostenido que hay situación que hacen que existan separaciones, sin embargo, el componente fundamental de la familia no pueden tener consecuencias en el mundo jurídico siendo predominante que el vínculo permaneció y todos los testigos reconocían a la demandante como la compañera permanente del causante.

Considera que se debe ponderar la convivencia de la pareja por 9 años, que tuvieron inconvenientes y ello llevó a que se dieran un tiempo de mutuo acuerdo sin que dejaran de ser pareja y brindarse acompañamiento.

La curadora ad litem de la Sra. NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO en calidad de representante legal de la menor XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, apela la decisión, considera que se debe dar aplicación a la sentencia C 577 de 2011 porque se logró demostrar en el proceso que la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO fue en vida la hija del Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO, por lo que merece ser la única beneficiaria de la pensión de sobreviviente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La sociedad demandada PROTECCIÓN S.A. solicita se confirme la sentencia en primera instancia, argumentando en primer lugar, porque la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ tenía la carga de demostrar la convivencia con el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y que ostentaba la calidad de compañera permanente, lo que no ocurrió, porque en el interrogatorio de parte rendido por la demandante confesó, que el señor Edison Posso vivía en una casa familiar en envigado; vivía solo mientras que

la demandante vivía en el barrio Granizal con sus dos hijos; que hubo una separación de cuerpos, a pesar de decir que separación de pareja no hubo.

De la prueba documental y la investigación administrativa resalta que la demandante manifestó que convivieron 9 años, pero se separaron desde el 17 de diciembre de 2017 hasta la fecha del fallecimiento; en el formato de información de las solicitudes, indicó que su estado civil antes del siniestro era de soltera desde el 16 de diciembre de 2017; aceptó que no vivía con el afiliado al momento del fallecimiento, y que éste vivía solo; en el formato denominado "Declaración para acreditar los derechos a pensión de sobrevivencia" del 10 de julio de 2018, en los comentarios del padre y la madre del afiliado se indicó que este vivía solo hace aproximadamente 4 meses.

Por otro lado, de la investigación administrativa realizada a las señoras NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ, Rosa Emilia y María del Socorro Mejía Salazar, manifestaron que la demandante para el momento del fallecimiento no convivía con el causante. Y el Sr. John Nicolas Córdoba Herrera, compañero de pensión donde vivía el causante, manifestó que el afiliado vivía en dicha pensión hacía 6 meses aproximadamente, que siempre vivió solo y que no observó que recibiera visitas. En relación los testigos presentados por la parte demandante, resalta que nos mismos no tienen conocimiento directo de los hechos, pero es posible deducir de ellos, que los señores Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ y Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO no vivían juntos; el señor Luis Horacio, arrendador del lugar donde vivía el causante, indicó que vivía solo y que no le conoció una compañera o persona.

Finalmente, considera que la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, hija del causante, no ha radicado solicitud de pensión de sobrevivencia, ni que demuestre el cumplimiento de los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico se centra en determinar si la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ y la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

No es objeto de discusión que el afiliado falleció el 15 de marzo de 2018 según el registro civil de defunción del fl. 21 del expediente digital 01; la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ solicitó pensión de sobreviviente el 16 de mayo de 2018 (fl. 23), la cual fue negada por no acreditar el tiempo de convivencia exigido por el art. 74 de la Ley 100 de 1993 y esa decisión fue confirmada en comunicación del 17 de diciembre de 2018 (fl. 26 y 29).

1. De los requisitos de la convivencia de la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ

En primera instancia se absolvió del reconocimiento de la pensión de sobreviviente porque al analizar la prueba testimonial consideró que no se logró demostrar a ciencia cierta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la convivencia de la pareja y porque la prueba documental aportada en la demanda, la consideró insuficiente para demostrar la convivencia. Y conforme lo establecido en el informe de la investigación administrativa. Llamó la atención de la A Quo que la demandante no sabe la fecha en que se dio la convivencia con el causante, lo que tilda esa actuación de sospechosa; no se acreditó el elemento de tener un proyecto de vida juntos. Y aseguró que no se dieron detalles de cómo se dio la convivencia de la pareja. Consideró que entre los señores EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ se dio una relación amorosa y no una unión marital de hecho para el momento de la muerte del afiliado.

En el presente caso, se tiene claro que al haber fallecido el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO el 15 de marzo de 2018, la normatividad aplicable al caso concreto es el art. 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, el cual señala que:

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

Esta Sala es de la posición, que cuando se trata de muerte de un afiliado o de un pensionado, el cónyuge con sociedad conyugal vigente debe acreditar cinco años de convivencia en cualquier tiempo, en aplicación de lo considerado por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en sentencias SU 453 de 2019, y radicado 41.637 y 45.038 de 2012.

Y frente a la muerte de un afiliado o pensionado, la compañera permanente debe de acreditar una convivencia de **5 años con anterioridad a la muerte de aquel**, a la luz de las sentencias SL 1399 de 2018, en la que se plasmó:

“2.3 La convivencia es un requisito exigible tanto en la hipótesis de muerte del pensionado como del afiliado

En sentencia SL 32393, 20 may. 2008, reiterada en SL793-2013 y SL1402-2015, la Corte explicó que a pesar de que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, alude al «pensionado», el requisito de la convivencia durante 5 años es exigible también ante la muerte del «afiliado», pues el artículo 12 de la citada ley «conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a ‘los miembros del grupo familiar’ del pensionado o afiliado fallecido», motivo por el cual no existe un principio de razón suficiente para establecer diferencias fundadas exclusivamente en una u otra calidad. Además, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho, en la forma descrita a continuación.

Aunado a lo anterior, la posición que ha venido sostenido esta Sala encuentra igualmente sustento, en la reciente sentencia de unificación 149 de 2021, en donde **se dejó sin efectos la sentencia SL 1730 del 3 de junio de 2020**, y se le ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia adoptara el nuevo fallo *“en la cual observe el precedente adoptado por la Corte Constitucional, en el sentido de que, en los términos del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado”*.

La anterior decisión, al considerar la Corte Constitucional que la sentencia del órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral incurrió en primer lugar, en una violación directa de la Constitución al desconocer los principios de igualdad y de sostenibilidad financiera del sistema pensional; en segundo

lugar, desconoció el precedente de la Corte Constitucional; y en tercer lugar, existió defecto sustantivo por interpretación irrazonable del precepto legal.

Acto seguido, la Corte Suprema de Justicia emitió la sentencia SL 4318 de 2021, por medio de la cual dio cumplimiento a la sentencia SU 149 de 2021 y casó la sentencia de segunda instancia que reconoció la prestación económica a la interviniente ad excludendum, en calidad de compañera permanente del afiliado fallecido en un 50%, resaltando la Corte en esta oportunidad, que en los términos de la sentencia de unificación, la reclamante necesitaba demostrar una convivencia de 5 años con anterioridad a la muerte del afiliado y el A Quo había incurrido en un error jurídico al haber ordenado el reconocimiento con 3 años de convivencia.

Con base en lo anterior, es claro que a la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ le correspondía demostrar una convivencia con el afiliado fallecido de 5 años, y después de ser valorada en su conjunto con base en las reglas de la **sana crítica y la libre formación del convencimiento** (art. 61 del CPL), se permite la Sala concluir que para el presente caso no se cumple el requisito de la convivencia en los 5 años anteriores a la muerte del afiliado, requerida para el reconocimiento de la prestación económica solicitada por las siguientes razones:

1º. Existe declaración extrajuicio rendida por el afiliado fallecido el 21 de septiembre de 2016, donde expresa la existencia de una convivencia en unión libre con la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ en forma ininterrumpida hacía 7 años (fl. 57 del expediente digital 01). Sin que con ella se logre alcanzar los 5 años de convivencia anteriores a su deceso.

2º. En el documento denominado “**declaración para acreditar derecho a pensión de sobrevivencia**” se plasmó que los señores EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ convivieron por 9 años y se **separaron desde el 16 de diciembre de 2017** hasta la fecha de la muerte, pero el vínculo se mantuvo todo el tiempo (fl. 63 del expediente digital 06).

3º. En el **informe de los solicitantes**, la demandante expresó que no vivía con el afiliado bajo el mismo techo al momento de la muerte; que el afiliado

vivía solo porque se había **separado desde el 16 de diciembre de 2017** (fls. 64 y 65 del expediente digital).

4º. En el **informe final de la investigación administrativa**, emitido por la sociedad VALUATIVE, se concluye que a la fecha de la muerte residía solo en una pensión (inmueble arrendado) ubicado en la Diagonal 60 No. 29.45 habitación No. 5 de Envigado; que el **causante vivía solo desde diciembre de 2017** pero había residido con su compañera permanente NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ y convivieron bajo en el mismo techo desde marzo de 2009 hasta diciembre de 2017; que en la entrevista realizada a la demandante, esta informó haber conocido al Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO aproximadamente en febrero de 2008 en la cárcel de Yarumal, que el noviazgo fue de 6 meses, el causante salió de la cárcel el 17 de marzo de 2009 e inmediatamente iniciaron la convivencia **hasta el 17 de diciembre de 2017 cuando el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO se fue a vivir solo a una habitación arrendada en Envigado**, y ello se generó porque el afiliado consumía mucho licor, tuvieron problemas de pareja y decidieron que él se fuera a vivir a otro sitio, que se reconciliaron el 24 de diciembre de 2017, pasaron juntos el 31 de diciembre de la misma anualidad, el afiliado continuó viviendo en Envigado pero la demandante lo visitaba en sus días de descanso y los fines de semana o él la visitaba, hasta el día de su fallecimiento.

En las entrevistas realizadas a familiares del causante, se extrajo de la declaración del padre del causante, que los señores EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ convivieron juntos desde que el afiliado salió de la cárcel **hasta el año 2017**, oportunidad en que se fue a vivir a una pensión solo, y el declarante se enteró que la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ continuaba visitándolo hasta el fallecimiento; que la relación de los señores EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ era inestable, se separaban por tiempos de 10 a 15 días y tuvieron peleas físicas.

De la declaración de la Sra. María del Socorro Mejía Salazar (propietaria del inmueble arrendado por la demandante y el causante) de la cual se extrae que, estos vivieron en dicho inmueble aproximadamente 6 o 7 años, y que el afiliado **no residió allí los últimos meses de vida**.

La Sra. Nancy Yuliana Marín Campo (vecina de la demandante y del causante) informó que convivieron al frente de su vivienda por 8 años aproximadamente, pero en los **dos últimos meses de vida del Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO, éste vivió en otro sitio** pero que lo continuó viendo con frecuencia en la casa de la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ.

El Sr. Luis Horacio Otálvaro Castaño informó que le arrendó al causante la habitación N° 5, que uno de los requisitos para poder vivir en la pensión, **es vivir solo, sin pareja**, que el causante siempre vivió solo y en ocasiones lo visitaba una mujer, pero desconoce su nombre, y que en **dicha pensión residió el causante aproximadamente 3 meses.**

En el informe referido se concluyó “Mediante la realización de las diferentes labores y las múltiples consultas, se establece que el señor EDISON DE JESÚS POSSO, convivió en unión marital de hecho con la señora NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ, con quien **residía desde el 17 de marzo del año 2009 y hasta el 17 de diciembre del año 2017**, convivencia que mientras se dio, fue de manera ininterrumpida y bajo el mismo techo, lecho y mesa, sin embargo, a la fecha de su fallecimiento, se encontraba residiendo solo en la diagonal 60 N° 29 – 45 Habitación N° 5 de Envigado – Antioquia, puesto que se había separado de la señora NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ en razón de que esta última, decidió culminar la relación porque el afiliado, tenía una alta inclinación por el consumo del alcohol, pero meses antes de su fallecimiento, se encontraban en proceso de reconciliación ya que la señora NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ lo visito en el sitio donde residía.” (fls. 78 a 120).

Como conclusión de las pruebas relacionadas en este momento, se deriva la convivencia de los señores EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ en calidad de compañeros permanentes hasta el 17 de diciembre de 2017 a sabiendas que la muerte del afiliado se generó el 15 de marzo de 2018, no cumpliendo con el requisito de convivencia de 5 años del 15 de marzo de 2013 al 15 de marzo de 2018.

5º. Otra de las pruebas por las cuales se concluye la inexistencia de la convivencia **al momento de la muerte** del señor EDISON DE JESÚS POSSO POSSO, es porque con base en las declaraciones rendidas por las

señoras FLOR ANGELA DAVID GIRALDO (hermana de crianza del causante) y BERTA INÉS CAMPO RODRÍGUEZ (vecina de la pareja), las cuales pese a afirmar la existencia de la convivencia de la pareja y aceptar que antes de la muerte del afiliado, este se fue a vivir en una habitación ubicada en Envigado, intentan justificar la separación de los señores EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ aduciendo que el causante se fue a vivir fuera del hogar de común acuerdo y que la pareja nunca se separó debido a que se siguieron visitando y frecuentado.

En forma expresa sostuvo la primera de las testigos, que EDISON DE JESÚS POSSO POSSO se fue a vivir a la pensión por una discusión y se habían alejado por unos días, pero la pareja nunca se separó porque la demandante iba al apartamento donde vivía el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO o él iba donde la demandante, que se dieron unos días pero nunca se alejaron, que cuando conversaba con el causante o hacía video llamadas, le decía que la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ estaba con él; y que el tiempo que el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO **vivió en Envigado fue entre 3 a 4 meses.**

De esta testigo se debe resaltar, que el conocimiento obtenido de la convivencia de la pareja, se debió a lo expresado por el causante y por la demandante y pocas veces por un conocimiento directo, toda vez que aceptó haber visitado a la pareja cada 3 o 6 meses en la casa de la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ y que nunca visitó el apartamento donde vivió al final de su vida el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO; aunado a ello, resulta sospechoso para la Sala que indique que los señores EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ mantuvieron una convivencia de 9 años, cuando no supo sustentar las razones por las cuales recuerda ese tiempo, ni los extremos de la misma.

Y la testigo BERTA INÉS CAMPO RODRÍGUEZ dijo que sabe que la Sra. NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ visitaba al causante en la habitación arrendada porque ésta le contaba, y que después que el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO se fue, no lo volvió a ver en la casa de la demandante.

Testimonios que evidencian un interés de beneficiar a la parte demandante, aduciendo la continuidad de la relación de la accionante con el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO, sin embargo es necesario recordar que la unión de esta pareja, se dio como compañeros permanentes, frente a los cual la norma y la jurisprudencia claramente determinan el cumplimiento de 5 años anteriores a la muerte del afiliado, lo cual a todas luces no se cumplió.

6º. En el interrogatorio de parte absuelto por la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, reconoce que los señores EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ convivían juntos; no tiene conocimiento de la fecha en que inició la convivencia y asegura que, **al momento de la muerte del afiliado, este vivía solo.**

En síntesis, las pruebas documentales y las declaraciones aportadas son coherentes y dan credibilidad a la Sala, que para el mes de diciembre de 2017 al 15 de marzo de 2018, los señores EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ no convivían juntos, lo que da lugar a CONFIRMAR la sentencia absolutoria de primera instancia, al no haber quedado demostrada la convivencia en los 5 años anteriores a la muerte del afiliado, ello es, del **15 de marzo de 2013 al 15 de marzo de 2018** al estar plenamente demostrado y confesado por la demandante, que existió una separación en el mes de diciembre de 2017.

Aunado a lo anterior, tampoco se puede pretender que en el caso de la compañera permanente se convalide la continuidad de la convivencia ante la existencia de una separación que no cumple los presupuestos de un distanciamiento por motivos de salud o trabajo, sino que por el contrario, en este caso, dicha separación se trató de un acuerdo de voluntades donde los señores EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ decidieron finalizar la convivencia, dejando de compartir techo, lecho y mesa, y a pesar de continuar frecuentándose, ello no acredita la intención de la demandante y del causante de continuar formando una familia ni tener proyectos de vida juntos. Tampoco se puede hablar de una separación temporal, pasajera o momentánea, toda vez que en la prueba se constata que la misma se prolongó por 2 o 3 meses, sin que se pueda tener certeza de que la pareja fuera a reanudar la convivencia.

Además, ni la norma ni la jurisprudencia en ningún momento plantean la posibilidad de reconocer la pensión de sobreviviente a los compañeros permanente cuando ha cesado la convivencia, por el contrario, dicha posibilidad se da en las separaciones de hecho de los cónyuges, los cuales deben de acreditar la convivencia de 5 años en cualquier tiempo.

Con fundamento en lo expuesto, se CONFIRMARÁ la decisión absolutoria.

2. De la pensión de sobreviviente de la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO

En primera instancia se absolvió del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO dado que no fue reconocida legalmente por el Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO y según la investigación administrativa, en la entrevista realizada a los padres del afiliado, manifestaron que la Sra. NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO, madre de XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, les dio a conocer la intención de realizar el proceso de paternidad sin que exista prueba que se haya realizado proceso de filiación reconociéndola como hija del causante, siendo necesario acreditar dicha calidad.

El art. 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, el cual señala que:

“c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993...” (Negrilla fuera del texto)

En el presente no reposa prueba en el plenario de registro civil de nacimiento de la joven en mención, no obstante, se encuentra que la misma cuenta con los apellidos de su progenitora Sra. NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO, de lo que se deriva la falta de reconocimiento de la paternidad por parte del Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO.

Bajo ese entendido, no existe legalmente la calidad de padre del Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO frente a la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, lo que hace necesario para su reconocimiento el inicio de un proceso de filiación, entendida dicha figura procesal como:

“1.1 CONCEPTO

... el vínculo jurídico que une a un hijo o hija con su padre o con su madre, vínculo que tiene fundamento, en principio, en un hecho natural, la procreación, pero que jurídicamente puede tener otras fuentes como la adopción o la reproducción asistida no suficientemente regulada por la legislación civil.

La Corte Constitucional ha definido la afiliación como la relación que se genera entre procreante y procreado o procreada entre adoptante y adoptado o adoptada (Sentencia T 488 de 1999...)

La filiación estructura un estado civil porque implica la relación jurídica entre un hijo o hija, y su padre o su madre, relación de ese hijo o hija con la familia de donde proviene, que **va a determinar que el mismo o la misma pueda ser titular de derechos y obligaciones respecto a su padre o a su madre.**

(...)

La filiación proporciona una identidad a toda persona, y además, implica derechos y obligaciones recíprocas entre padres e hijo o hija. (...)” (Texto, Programa de formación judicial especializada para el área de familia. Filiación en el derecho de familia. Consejo Superior de la Judicatura, 2007, pág. 25).

En ese orden de ideas, le asiste razón a la A Quo, cuando negó el reconocimiento de la prestación económica ante la carencia de una sentencia de filiación en donde se haya reconocido al Sr. EDISON DE JESÚS POSSO POSSO como padre de la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, y en ese orden de ideas, el reconocimiento que se hace por la demandante, testigos y por los señores ROSA EMILIA POSSO DE POSSO Y OTONIEL POSSO (padres del causante) por sí solo, no es suficiente para que la litisconsorte necesaria tenga en su cabeza la titularidad de derechos y obligaciones en calidad de hija, pues ante la falta de reconocimiento de la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, la calidad de hija solo le lograría con el proceso de filiación donde la madre de la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO solicitara el reconocimiento de la paternidad del causante, o en su defecto, fuera solicitado por la joven ÚSUGA POSSO, al tratarse de una persona mayor de edad según fue informado por ella misma en las audiencias del art. 77 y 80 del CPT y SS.

No hay lugar a dar aplicación a la sentencia C 577 de 2011, la cual analiza el derecho que tiene una pareja del mismo sexo a constituir una familia.

En ese orden de ideas, no se encuentra demostrada la calidad de hija de la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO, por lo que no hay lugar a reconocer la pensión de sobreviviente, debiendo ser CONFIRMADA la decisión de primera instancia. Advirtiéndose que en el evento que la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO adelante el proceso de filiación y sea reconocida con la calidad de hija del causante, si a bien lo tiene, podrá solicitar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente y acudir a la justicia ordinaria laboral a efectos de que se haga un pronunciamiento de fondo con la nueva calidad que se haya dado la sentencia de familia.

Costas en esta instancia, en la suma de \$290.000 a cargo de la demandante a favor de PROTECCIÓN S.A. Sin costas a cargo de la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO por ser representada por curadora ad litem.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

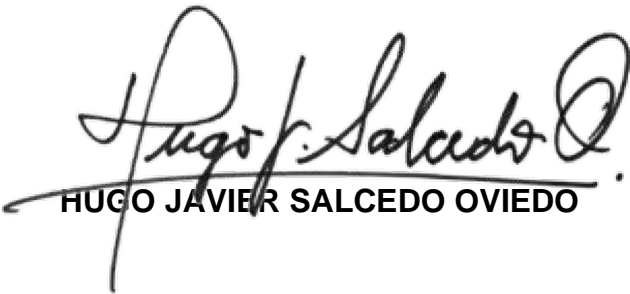
SEGUNDA: Costas en esta instancia, en la suma de \$290.000 a cargo de la demandante a favor de PROTECCIÓN S.A. Sin costas a cargo de la joven XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO por ser representada por curadora ad litem.

TERCERO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.


HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA


HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO



SECRETARÍA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

| | |
|-----------------------------|--|
| DEMANDANTE | : NODIER HERMINIA CÁRDENAS SUAREZ |
| DEMANDADO | : FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. |
| LITISCONSORTE NECESARIO | : NELLY DEL CARMEN ÚSUGA POSSO en calidad de representante legal de la menor XILENA ANDREA ÚSUGA POSSO |
| INTERVINIENTES EXCLUYENTES: | ROSA EMILIA POSO POSSO Y OTONIEL POSSO |
| TIPO DE PROCESO | : ORDINARIO |
| RADICADO NACIONAL | : 05-001-31-05-015-2019-0444-01 |
| RADICADO INTERNO | : 240-23 |
| DECISIÓN | : CONFIRMA SENTENCIA |

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 03 de octubre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 03 de octubre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO