

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El seis (06) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN se constituyó en audiencia, en el proceso ordinario laboral promovido por **NURIS MONTES CASTRO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-002-2018-00696-01**, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

AUTO

De conformidad con el memorial allegado a través de correo electrónico, el abogado FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, quien funge como representante legal de la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S., presenta renuncia al mandato conferido por COLPENSIONES. Teniendo en cuenta que con dicho escrito adjunta las constancias mediante las cuales se evidencia que la entidad está enterada de dicha decisión y que con ello se cumple lo estipulado en el artículo 76 del CGP, se acepta la renuncia al poder presentada por FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, en calidad de representante legal de la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S.

De otro lado, se reconoce personería para seguir representando los intereses de la entidad a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, representada legalmente por CLAUDIA LILIANA VELA, portadora de la T.P. 123.148 del C.S. de la J, quien a su vez, sustituye el poder en la Dra. MARIA CAMILA MESA MONTOYA, portadora de la T.P. 317.094 del C.S. de la J. quienes actuarán en calidad de apoderada principal y sustituta de la entidad respectivamente.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos.

1. ANTECEDENTES:

A través de la presente acción judicial, la actora NURIS MONTES CASTRO pretende se condene a COLPENSIONES, a reconocerle pensión de sobrevivientes con los intereses moratorios e indexación, causada tras el fallecimiento del señor FRANCISCO HINESTROZA.

Como fundamentos de hecho de su pretensión, afirma la actora, que el señor FRANCISCO HINESTROZA falleció el 10 de septiembre de 2007 por causas de origen común, momento para el cual se encontraba cotizando al sistema general de pensiones a través de la empresa INVERSIONES GOMEZCO.

Dice la accionante que la afiliación se dio desde el 25 de julio de 2006, conforme se infiere del reporte de semanas cotizadas, para la cual laboró hasta el 10 de septiembre de 2007.

Afirma que a pesar que la afiliación se dio en el mes de julio de 2006, los aportes a pensión solo empezaron a efectuarse a partir del mes de octubre de 2006, es decir que la empresa le debió cotizar un total de 57.29 semanas, pero COLPENSIONES solo reporta 48.57 semanas, sin que la AFP en su momento hiciera alguna gestión para el cobro de los aportes en mora.

Señala, que convivió de manera pública y continua con el señor FRANCISCO HINESTROZA por más de 5 años, hasta el momento del fallecimiento de éste, quien, además, era el que se encargaba del sostenimiento del hogar.

Manifiesta, que solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el 02 de febrero de 2018, pero que mediante Resolución SUB 88566 del 04 de abril de 2018, la entidad negó la prestación solicitada, argumentando que el afiliado no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por no haber cotizado las 50 semanas en los 3 años anteriores a la muerte.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

La oficina judicial de primera instancia despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, por considerar que en este caso no se demostró la afiliación del señor FRANCISCO HINESTROZA antes de octubre de 2006 y que, en

esa medida, no existía para COLPENSIONES la obligación de cobro coactivo. Máxime que los testigos no supieron indicar desde qué fecha empezó a laborar el señor FRANCISCO en la empresa GOMEZCO y la prueba documental tampoco era consistente en este sentido, toda vez que uno de los documentos expedidos por el empleador, decía que tenía un contrato a término fijo, mientras que otros documentos decían que era a término indefinido, lo que no le generaba ninguna certeza. De manera que no acreditaba las 50 semanas de que trata la Ley 797 de 2003, para dejar acreditado el derecho a la pensión pretendida.

También señaló que la prueba testimonial ofrece serios cuestionamientos, porque las tres testigos al unísono manifestaron que la convivencia de la pareja fue por más de 5 años, que es justo el tiempo que se requiere para acreditar el derecho a la compañera permanente, pero no dan razón de su dicho, es decir, que tenían un claro interés en ayudar a la demandante.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada judicial de la parte actora inconforme con la decisión, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que si bien el despacho de instancia manifestó que no existió una afiliación al sistema de pensiones, contrario a ello, considera que existe prueba contundente de tal afiliación en el expediente, en donde se puede observar que en la información del afiliado, COLPENSIONES indica como fecha de afiliación el 25 de julio de 2006, a pesar que las cotizaciones iniciaran el 10 de octubre de 2006, por lo que debe presumirse veracidad en la información que maneja COLPENSIONES.

Adicionalmente, dice que pasa por alto el juez de instancia, que en la demanda en el hecho 3 se indica que la afiliación al sistema del causante se dio desde el 25 de julio de 2006 y a este hecho COLPENSIONES responde que es cierto, por lo que al haberlo confesado y aceptado expresamente y al no haber ninguna discusión en la contestación de la demanda, no era objeto de discusión y si aun así el juez consideraba que existía alguna duda, como director del proceso, pudo decretar las pruebas que considerara pertinentes para extraer la realidad del proceso, máxime cuando se trata de una prueba que está en poder de COLPENSIONES y que fue solicitada para que se presentara en el proceso, pero el juez no le dio trámite a la misma, así como también le restó credibilidad a las pruebas aportadas tales como el contrato de trabajo y el certificado laboral, los cuales no fueron tachados.

Por lo anterior, concluye en este sentido que el causante al haber sido afiliado por su empleador y no haber hecho las cotizaciones pertinentes, incurrió en mora, pero dejó acreditadas las 50 semanas para dejar causada la pensión de sobrevivientes de conformidad con la Ley 797 de 2003.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la condición de beneficiaria de la demandante, dice que existe prueba documental en la que consta que ante el empleador del causante, figuraba como beneficiaria de este, pues recibió el último pago de la liquidación de prestaciones sociales que se le hizo al señor FRANCISCO. Ello aunado a las declaraciones extrajuicio dan cuenta de la convivencia de la pareja y de los testimonios que se recibieron en audiencia de trámite y juzgamiento, declarantes que eran muy cercanas a la familia, incluso con lazos familiares que les permiten haber conocido los hechos que relataron, además, fueron vecinas, y coinciden en afirmar que la pareja convivió por más de 5 años, iniciada en el año 2002 y finalizada en el 2007 cuando el causante falleció.

4. DE LAS ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA.

Corrido el traslado para presentar alegatos de conclusión, las apoderadas de las partes DEMANDANTE y COLPENSIONES, presentaron escrito de alegatos en los que anotaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

“RESPECTO A LA AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES:

De acuerdo con el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES y que milita a folios 15, el señor FRANCISCO HINESTROZA, fue afiliado al Sistema General de Pensiones, el 25 de julio de 2006, así se puede observar del ítem denominado Información del afiliado, en el que se indica como fecha de nacimiento: 12-03-1960, y fecha de Afiliación: 25-07-2006, documento este que no fue objetado tachado por COLPENSIONES, quien únicamente se limita a aportar al proceso un reporte de semanas actualizado al 07 de diciembre de 2018, según escrito del 10 de diciembre de 2018, de un afiliado que no corresponde al causante FRANCISCO HINESTROZA, pues nótese que si bien la persona referida en dicho reporte tiene el mismo nombre FRANCISCO HINESTROZA, fácilmente se colige que se trata de personas diferentes, lo que se infiere si se comparan las cédula de ciudadanía, fechas de nacimiento, fecha del pago del último aporte a pensión y el Estado de afiliación, pues en uno se dice retirado por fallecimiento en el otro se anuncia que está "inactivo.

Ahora, no obstante que el señor FRANCISCO HINESTROZA fue afiliado en el mes de julio de 2006, los aportes a pensión, sólo se comenzaron a cancelar por el empleador a partir del mes de octubre de 2006. Dos situaciones que no pueden confundirse, pues una es el acto de afiliación y otra es el pago de los aportes que generan consecuencias bien diferentes. Si el acto de afiliación no se objeta y se acepta, genera para el Sistema la obligación de administrar y de verificar las irregularidades en los aportes a fin de determinar su validación o exclusión según las circunstancias del caso y de contera garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. Para el empleador, la obligación de cancelar de manera oportuna los respectivos aportes.

De acuerdo con lo antes expuesto, se infiere que el empleador no canceló los aportes que van del 25 de julio de 2006 al mes de septiembre del mismo año, es decir, está en mora de cancelar 9.57 semanas. Estos ciclos no fueron asumidos por COLPENSIONES al momento de resolver la solicitud de pensión de sobrevivencia y tampoco fueron tenidos en cuenta por el a quo, al estimar que no podían ser asumidos como periodos en mora, porque la afiliación se había producido en octubre, acto este que se probó se dio, se repite, desde el 25 de julio de 2006.

Así que si la afiliación al sistema fue en el mes de julio de 2006, debió el empleador proceder a cancelar de manera oportuna dichos aportes y la administradora debió ejercer las acciones de cobro y como así no lo hizo, estos periodos del 25 de julio al 30 de septiembre de 2006, deben ser contabilizados, conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J (sentencias SL5429-2014, SL 8082-2015, 4952-2016, SL13266-2016, SL 17488-2016, SL5166-2017, SL1293-2019, SL 4924-2019, por citar algunas).

En el caso de autos, no se omitió la afiliación desde el mes de julio, como lo concluyó el Juez; en el caso de autos lo que pasó fue que el empleador no hizo los pagos de las cotizaciones que debía, lo que indica que se está frente a la figura del allanamiento a la mora por parte de Colpensiones, ya que a este el legislador le ha dado la oportunidad de contar con instrumentos legales para perseguir el pago de dichos aportes. De tal manera que las prestaciones que se generen deben ser asumidas por la administradora con la posibilidad de acudir a los recursos judiciales o administrativos para lograr por parte del empleador moroso el pago de los aportes adeudados junto con los intereses a que haya lugar.

Se tiene dicho por la Jurisprudencia que, si hay una inferencia plausible de que los aportes a pensión están respaldados en una relación laboral, las inconsistencias de las historias laborales derivadas de la negligencia de las entidades administradoras, como en la omisión del cobro, recaudo o validación de los respectivos aportes, no pueden afectar a la persona afiliada.

La prestación del servicio por parte del causante, se prueba con la constancia laboral (ver folios 19) expedida por INVERSIONES GOMEZCO Y CIA S.C.S., en la que se informa que el señor FRANCISCO HINESTROZA, laboró a su servicio desde el mes de julio de 2006 hasta el 10 de septiembre de 2007; con la constancia de entrega de cesantías, expedida el 9 de julio de 2007 por el empleador Inversiones Gomezco0 y CIA S.C.S, en la que indica como fecha de ingreso el 1 de julio de 2006 (folios 22) y con el reporte de pago de aportes por dicho empleador (ver folios 16) desde el mes de octubre de 2006 hasta el mes de septiembre de 2007.

Con las 9.57 semanas que se encuentran en mora por el empleador, sumadas a las 48.57 reportadas por COLPENSIONES, se reúne la densidad de semanas exigidas por la Ley 797 de 2003.

También resulta válido acotar que por el mes de septiembre de 2007, se reportaron 1.43 semanas, que equivalen a 10 días, por lo tanto, queda sin piso la afirmación que hizo el a quo, que por el mes de septiembre de 2007 se cotizaron 30 días cuando el causante había fallecido el 10 de septiembre.

RESPECTO A LA CALIDAD DE BENEFICIARIA DE LA DEMANDANTE:

Se tiene que para la fecha en que falleció el señor FRANCISCO HINESTROZA, 10 de septiembre de 2007, este hacía vida marital con la señora NURIS MONTES CASTRO y que esta última solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente ante el fondo demandado el 02 de febrero de 2018, prestación que fue negada al estimarse que no se reunía la densidad de semanas.

La calidad de beneficiaria se alcanza a acreditar dentro del plenario, como se infiere por ejemplo, con la partida de defunción (visible a folios 11), donde se indica estado civil UNIÓN LIBRE CON NURIS MONTES CASTRO, con el paz y salvo (de folios 21), donde se hace constar el pago que le hizo el empleador de las prestaciones sociales en el año 2006, la liquidación de las prestaciones sociales (folios 23 y 24) que se canceló por el empleador en el año 2007; de la queja No. 136 (folios 25) que presentó

la señora NURIS MONTES CASTRO, ante la Personería de Girardota, en la que relata cómo ocurre la muerte del señor FRANCISCO HINESTROZA, dejando entrever que ella estuvo con él hasta el día de su muerte y de las declaraciones de los testigos que dan cuenta de la vida en común que hizo la pareja por más de 5 años y hasta el fallecimiento.

Debe indicarse que a hoy, no se hace necesario acreditar una convivencia de cinco (5) años, porque si bien la tesis de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era la de que sin importar si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera permanente pudiera acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de beneficiaria, era necesario acreditar cinco (5) años de convivencia con su pareja a la fecha del deceso, esta posición fue modificada mediante sentencia SL 1730 del 3 de julio de 2020, en el sentido de que cuando se tratara de la muerte de un afiliado, no es indispensable acreditar dicho tiempo de convivencia, tesis que ha sido reiterada en sentencias como la SL 2820 del 16 de junio de 2021, radicación 73255, en la que reseñó:

“..En tomo a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (CSJ SL4147-2019, CSJ SL1029-2019, CSJ SL347-2019, CSJ SL877-2019, CSJ SL3468-2018, CSJ SL2533-2018, CSJ SL1985-2018, CSJ SL1548-2018, CSJ SL868-2018, CSJ SL866-2018).

No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado. Así por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en tomo a la citada norma se sostuvo:

(... En síntesis, pueden extraerse dos reglas que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, i) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se

dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SLI843- 2020, CSJ SL5626-2020).

Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañera(o) del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disimiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; i) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003,, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muertes, contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y, i) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiarlo de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

Conforme al criterio acogido por la Sala, se concluye que el tiempo mínimo de 5 años de convivencia exigido en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, solo es aplicable para el caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado, mas no para cuando el deceso es de un afiliado, por cuanto lo que busca proteger el Sistema General de Seguridad Social es el núcleo familiar, entendiendo la familia a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-521-2007, en la que al efecto sostuvo Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos.

Es así entonces, que de acuerdo al nuevo criterio doctrinal, para efectos de determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, sin que sea dable exigir que se acredite un determinado periodo de convivencia para obtener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de fallecimiento de un afiliado, siendo necesario únicamente que se acredite la existencia

de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado."

En el presente caso, conforme a las declaraciones de Olga Lucia Granda, Pola Cristina Montes y Cándida Rosa Guzmán, la señora NURIS MONTES CASTRO, Convivió bajo un mismo techo con FRANCISCO HINESTROZA; que comenzaron a conocerse en el año 2000 y que iniciaron convivencia en el 2002 y permanecieron juntos hasta el fallecimiento de FRANCISCO, Nunca se llegaron a separar, era el causante quien velaba económicamente por la demandante.

Conforme a lo expuesto NURIS MONTES y el causante FRANCISCO HINESTROZA, tras una relación sentimental de noviazgo, decidieron voluntariamente empezar a convivir y así conformar una familia, Convivencia que empezó en el año 2002 y que se mantuvo hasta el deceso del señor HINESTROZA, Que acaeció el 10 de septiembre de 2007. Esto ni más ni menos, evidencia el ánimo que tenía la pareja de formalizar un vínculo familiar, con vocación de permanencia, proyecto de vida e institución familiar que se vio disuelta y truncada por la muerte del señor Francisco Hinestroza.

Así las cosas, NURIS y FRANCISCO, estaban forjando una comunidad de vida estable y permanente, con un proyecto familiar común, con apoyo económico y cohabitación bajo el mismo techo, elementos suficientes que acreditan la convivencia exigida para el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia.

Los compañeros MONTES E HINESTROZA, convivieron por más de 5 años; sin embargo, como a la fecha, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, se solicita entonces se revoque el fallo de primera instancia y se condene a COLPENSIONES a reconocer de manera vitalicia, la pensión de sobreviviente a la señora NURIS MONTES CASTRO, a partir del 10 de septiembre de 2007. Así mismo se solicita se condene al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, desde el 02 de febrero de 2018, se elevó la reclamación y a la fecha no se ha hecho el reconocimiento pertinente, sin que la entidad tanga fundamento legal para haber desconocido el derecho, pues como ya se indicó, es reiterada la jurisprudencia que indica la validez de los aportes en mora y COLPENSIONES insiste en no acatarlo.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

El requisito de la convivencia, parámetro que es esencial para establecer quien es el legítimo para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes es la convivencia efectiva, real, material, entre la pareja que siempre debe acreditarse entendida como al que se puede predicar de quien han mantenido vivo y actuante su vínculo de el auxilio mutuo elemento esencial del matrimonio, un acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aun en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias por limitación de medios, por oportunidades laborales, tal como lo explicó en la sentencia del 10 de mayo del 2005, radicado 24445, de la que hizo mérito el fallador de segundo grado.

Además, la sentencia de la Corte suprema de Justicia en su sala de casación laboral tanto a la compañera parmente, como a la cónyuge le es exigible el presupuesto la convivencia efectiva, real, material y no basta solo la demostración del vínculo matrimonial para mantener la condición de beneficiario.

Por tal razón, solicito de manera respetuosa se confirme la sentencia de primera instancia en toda y cada una de sus partes la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín.

5. PROBLEMAS JURÍDICOS PARA RESOLVER:

El primer problema jurídico por resolver se circunscribe a establecer si la demandante probó en este proceso, cumplir con los requisitos legales para obtener el derecho a pensión de sobrevivientes, por el deceso del causante FRANCISCO HINESTROZA. De asistirle derecho a la pensión, se establecerá si hay lugar a condenar a COLPENSIONES, al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la apelación de la sentencia de primera instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes:

6. CONSIDERACIONES:

Se ocupará esta Sala del estudio de los recursos, con apego al imperativo contenido en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social, según el

cual: *“La sentencia de segunda instancia, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”.*

A través de la presente acción judicial, la parte actora pretende se condene a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente FRANCISCO HINESTROZA, pretensión que fue despachada desfavorablemente por el juez de primera instancia, la que fue objeto de recurso por la parte actora.

Para resolver la apelación, es necesario manifestar, primeramente, que como quiera que el causante falleció el 10 de septiembre de 2007, conforme se observa en la copia del registro civil de defunción obrante a folio 12 del cartulario, la normatividad a aplicar para resolver el caso del derecho a la pensión que les asista a la demandante, es la contenida en los Arts. 46 y 47 de la ley 100 de 1993 reformados por la Ley 797 de 2003, que exigen que el afiliado haya cotizado un mínimo de 50 semanas en los últimos tres años anteriores al fallecimiento.

En este caso, según las historias laborales del plenario, todas ellas dan cuenta que el señor FRANCISCO HINESTROZA alcanzó a cotizar entre el 10 de septiembre de 2004 y el 10 de septiembre de 2007, es decir en los tres años anteriores al fallecimiento, un total de **48.47 semanas**, mismas que resultan insuficientes para acceder al derecho pretendido.

Ahora, la demandante consciente que no cumple con el requisito de semanas cotizadas por el causante que exige el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, pretende que se tenga en cuenta el hecho que el causante para el momento de su muerte, se encontraba laborando para la empresa INVERSIONES GOMEZCO Y CIA, y que lo venía haciendo desde el mes de julio de 2006, a pesar que las cotizaciones al sistema, únicamente se reportan desde octubre de 2006, es por ello que aduce que existe una mora en el pago de los aportes por parte de la empresa para la cual laboraba su compañero y que fue la entidad de seguridad social la que no realizó labores administrativas con el fin de cobrar dichos aportes.

La parte demandante aportó con la demanda diversa prueba documental, entre ellos certificados laborales y constancias de pago de prestaciones sociales que dan cuenta que en efecto el señor FRANCISCO HINESTROZA laboraba en la empresa INVERSIONES GOMEZCO desde el mes de julio de 2006. Aunado a ello, en el reporte de semanas cotizadas del causante, se anota que su primera afiliación al sistema pensional data del **25 de julio de 2006**, sin embargo, las cotizaciones con el empleador

antes citado, solo se empiezan a registrar en la historia laboral, a partir del mes de **octubre de 2006**.

Por lo anterior, esta Sala tomo la decisión de auscultar más a fondo, con el fin de corroborar si en efecto el causante se encontraba vinculado laboralmente con la empresa INVERSIONES GOMEZCO desde el mes de julio de 2006, y establecer además dese cuándo se produjo la afiliación al sistema pensional.

Por lo anterior, se decretaron varias pruebas de manera oficiosa, entre ellas, se requirió a la empresa INVERSIONES GOMEZCO y a COLPENSIONES, para que allegaran el formulario de afiliación del causante FRANCISCO HINESTROZA, quien se identificaba con cédula de ciudadanía 71.977.894, no obstante, INVERSIONES GOMEZCO remitió respuesta indicando que la empresa conservaba documentos hasta 10 años de antigüedad y una vez revisado el archivo, no se encontraba el documento solicitado por el Despacho ni ningún otro relacionado por el señor FRANCISCO HINESTROZA.

Lo anterior, llevó a la Sala a decretar de manera oficiosa una inspección judicial en la sede de COLPENSIONES, llevándose a cabo la misma el pasado 29 de noviembre de 2022 y producto de dicha diligencia, COLPENSIONES con posterioridad allegó el formulario de afiliación al sistema de pensiones del señor FRANCISCO HINESTROZA que demuestra que fue afiliado por la empresa INVERSIONES GOMEZCO Y CIA el **25 de julio** 25 de julio, y aunque el año es ilegible, la Sala en concordancia con la restante prueba documental, concluye que fue el 25 de julio de 2006, como se registra en la historia laboral.

En ilación con lo anterior, al hacer un análisis de la historia laboral del fallecido FRANCISCO HINESTROZA, se observa que existen inconsistencias en la misma, toda vez que a pesar que su afiliación data del 25 de julio de 2006 a través del empleador INVERSIONES GOMEZCO Y CIA, las cotizaciones que tiene registradas empiezan en octubre de ese año, es decir que en dicho interregno de tiempo se dejaron de cotizar un total de **66 días** equivalentes a **9,42 semanas**.

Así las cosas, se concluye que en este caso existe falta de registro de las cotizaciones o de pago de las cotizaciones del empleador INVERSIONES GOMEZCO Y CIA entre el 25 de julio de 2006 y el mes de septiembre de 2006, sin embargo, esta situación no debe perjudicar al trabajador, en este caso, al afiliado fallecido, tesis que ha venido siendo reiterada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya que tiene preponderancia que el trabajador haya estado vinculado al sistema pensional por su empleador, para que el aporte pensional deba

registrarse como válido, independientemente, que el empleador haya pagado o no las cotizaciones con sus debidos interés, pues en todo caso, la entidad pensional cuenta con la facultad de cobro coactivo de las cotizaciones y si no ejerció dicha acción oportunamente, las inconsistencias que se reporten y que sean producto de su inactividad, deben ser tenidas en cuenta a efecto de ser sumadas para verificar si se cumple el requisito de semanas cotizadas.

Dicho lo anterior, como quiera que en la historia laboral del señor FRANCISCO HINESTROZA aparecen cotizadas **48.47 semanas**, deberán sumársele las **9,42 semanas** que se reportan con inconsistencias, todo ello para acreditar un total de **57.99 semanas** cotizadas en los tres años anteriores al fallecimiento, es decir, entre el 10 de septiembre de 2004 y el 10 de septiembre de 2007, dejando así causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a este derecho.

Ahora, en relación con los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, dispone el artículo 47 de la ley 100 de 1993, que, entre otros, tendrán derecho a esta prestación, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, y que en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, deberá acreditar haber convivido con el causante no menos de cinco (5) años en los últimos cinco años anteriores al deceso del causante y hasta la muerte de este.

De otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1730 de 2020, revaluó la posición jurisprudencial, sobre la exigencia de los cinco años de convivencia para hacerse acreedor a la pensión de sobrevivientes cuando se tratara de un afiliado al sistema pensional, para realizar una nueva interpretación del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, advirtiendo que el mínimo de convivencia de 5 años se aplica únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, pero que en el caso de los afiliados: *“..., no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia...”*. Además se precisó en la citada Sentencia que para efecto de lo consagrado en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, *“no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o*

naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social.”

El anterior criterio fue ratificado en las Sentencia SL3626-2020, SL3785-2020 y SL4008-2020.

No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia SU 149 de 2021, dejó sin efectos la providencia SL1730 de 2020, al concluir que en ella se incurrió en defecto sustantivo por una interpretación irrazonable del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en razón a su contraposición con los principios de igualdad y de sostenibilidad financiera del sistema pensional que además produce resultados desproporcionados respecto de la protección de la familia y las finalidades de la pensión de sobrevivientes.

Además se argumentó en la citada sentencia de unificación, que la Sentencia SL1730 de 2020, incurrió en desconocimiento del precedente, de la Corte Constitucional fijados en la sentencia SU 428 de 2016, apartándose la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indebidamente de esa decisión, sin cumplir con las cargas de transparencia y suficiencia de la argumentación, pues no se refirió explícitamente su apartamiento del precedente fijado por la Corte Constitucional, ni mucho menos expuso en forma adecuada las razones por las cuales su postura divergente garantizaba de mejor modo los principios y valores constitucionales involucrados, a pesar de que se trataba de un fallo de unificación que determinaba, con carácter vinculante, el contenido y alcance del derecho a la seguridad social ante el problema jurídico materia de decisión en el asunto de la referencia.

En este orden de ideas, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que acoge esta Sala del Tribunal, en este asunto, acorde al material probatorio, se analizará el requisito de convivencia de la demandante NURIS MONTES CASTRO y el causante, por un lapso no inferior a cinco años ininterrumpidos, con anterioridad al deceso del señor FRANCISCO HINESTROZA, pues este era un afiliado al sistema pensional.

Para efectos de establecer la convivencia marital entre la demandante y el causante, se practicó interrogatorio de parte a la actora, el que se encuentra grabado a partir de los 06:24 minutos y siguientes de la Audiencia de Trámite y Juzgamiento que reposa en el expediente digital del proceso y del que se extrae lo siguiente:

En el interrogatorio de parte la demandante **NURIS MONTES CASTRO** manifestó que conoció al señor Francisco en el año 2001, que tuvieron una relación de noviazgo aproximadamente dos años y el 16 de febrero de 2002 se fueron a vivir juntos. Relata que su madre les regaló un terreno en la vereda San Andrés de Girardota y allí construyeron una casa en la que convivieron juntos. Dice la demandante que ella tiene dos hijos de otra relación, pero que no tuvo hijos con el señor Francisco aunque en algún momento sí estuvo embarazada pero perdió el bebé. También señala que el señor FRANCISCO HINESTROZA tenía tres hijos de otra relación, uno de ellos fallecido y los otros dos casados y mayores de edad al momento del fallecimiento de su padre. Expone que su compañero trabajaba en una empresa cerca al peaje y que desde que consiguió trabajo se hizo cargo de ella, que incluso antes de empezar en la empresa, reciclaba y con eso subsistían y que cuando falleció, se encontraba en la casa. Finaliza indicando que los gastos funerarios corrieron por su cuenta, ya que no se encontraban afiliados en ninguna funeraria.

También rindió declaración la señora **OLGA LUCÍA GRANDA GUZMÁN** (declaración que se encuentra al minuto 18 con 41 segundos), quien manifestó que vive en la vereda San Andrés de Girardota. Dice que la señora Nuri es su cuñada, ya que está casada con un hermano de ella. Afirma la declarante que la señora NURIS vivió en su casa como hace 20 años, y durante esa época conoció al señor FRANCISCO HINESTROZA quien se encontraba en la cárcel, y que a finales del año 2001 o 2002 se lo presentó. Dice que la pareja convivió por espacio de 5 años o más, pero que no tiene el dato exacto, afirmando que el causante trabajaba en una empresa de materiales de construcción antes de su fallecimiento, que la pareja no tuvo hijos, vivían en la misma vereda de San Andrés como a 15 minutos de su casa, que los visitaba ocasionalmente o en fechas especiales. Afirma que el señor Francisco era el que se encargaba de los gastos del hogar, que este trabajaba en una empresa, pero desconoce el tiempo que llevaba haciéndolo, que cuando empezaron la convivencia, la señora NURIS trabajaba en casas de familia por días, pero luego de eso, él se encargó de todo.

Igualmente declaró la señora **POLA CRISTINA MONTES CASTRO**, (minuto 27 y 34 segundos), indicando que la señora NURIS es su tía. Que ella conoció al señor Francisco cuando se encontraba en la cárcel y lo conocieron porque allá está otro familiar, que en ese momento lo conoció NURIS y cuando salió de la cárcel se fueron a vivir juntos, que eso fue en el año 2002, conviviendo hasta la fecha del fallecimiento del señor Francisco en el año 2007, lo que duró más de 5 años. Dice que al momento del deceso éste se encontraba trabajando en una empresa de triturado de piedra y

arena. Dice que la pareja no tuvo hijos, nunca se separaron, que el señor Francisco se encargaba de todo en la casa y que cuando murió, su tía NURIS se encargó de los gastos fúnebres con un poco de ayuda que le dio la familia. Dice la declarante que recuerda cuando su tía inició la convivencia con el señor Francisco, porque para ese momento tenían un tío en la cárcel y lo visitaban mucho, que para ese momento su tía trabajaba en casas de familia, pero cuando empezaron a convivir juntos dejó de trabajar porque el señor Francisco empezó a trabajar y hacerse cargo de los gastos del hogar, aunque no recuerda la fecha exacta en que empezó a trabajar el causante. Dice que visitaba la pareja con frecuencia, que incluso en ocasiones ella le llevaba el almuerzo al señor Francisco al trabajo, que también escuchó que éste tuvo hijos pero que nunca los conoció.

También rindió testimonio la señora **CÁNDIDA ROSA GUZMÁN DE GRANDA**, (minuto 37 y 08 segundos), quien indicó que vive en la vereda San Andrés de Girardota. Que conoce a la señora NURIS hace muchos años porque son vecinas, viviendo a 3 minutos de distancia. Refiere que conoció al señor FRANCISCO en el año 2002 y que este convivió con la demandante por más de 5 años. Que nunca se separaron, no tuvieron hijos, él se dedicaba a trabajar en una empresa aunque no recuerda cómo se llamaba o qué hacía. Dice que para el momento del fallecimiento del señor FRANCISCO ambos trabajaban y que él murió de una enfermedad al parecer estomacal y que del funeral se encargó la señora NURIS.

Aunado a lo anterior, en el plenario hay dos declaraciones extrajuicio de la Notaría Única del municipio de Girardota, rendidas el 31 de enero de 2018 por las señoras DIANA CECILIA GARCÍA RIVERA, POLA CRISTINA MONTES CASTRO, CÁNDIDA ROSA GUZMÁN DE GRANDA Y OLGA LUCÍA GRANDA GUZMÁN, en la que declaran al unísono que conocen de vista, trato y comunicación al señor Francisco HINESTROZA aproximadamente cinco años en calidad de amigos y vecinos, fallecido el 10 de septiembre de 2007, y que por tal motivo pueden dar fe y les consta que convivió en unión libre con la señora NURIS MONTES CASTRO, compartiendo techo, lecho y mesa, sin interrupción alguna hasta el momento de su fallecimiento y que la señora NURIS MONTES CASTRO dependía económicamente del señor Francisco.

Valorada la prueba testimonial, a juicio de la Sala, que con ella se prueba la convivencia de la actora y el fallecido FRANCISCO HINESTROZA en los cinco años anteriores al deceso de este, pues las testigos así lo afirmaron y dieron las razones de sus dichos, sin que se denote contradicciones entre ellas, y aunque es cierto como lo afirma el juez, que no dieron mayores detalles, ello no se debió a que no fueran

contestes, sino a lo parco de las preguntas no solo del juez, sino de los apoderados de las partes.

Por las razones antes expuestas, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar condenar a COLPENSIONES, al pago de la pensión a favor de la accionante.

Respecto del monto de la pensión, acorde a los Arts. 21 de la Ley 100 de 1993, no se requiere realizar liquidaciones, para fácilmente concluir que el mismo corresponde al salario mínimo legal mensual, pues como se pude apreciar en la historia laboral del causante, solo cotizó las **57.99** semanas con las que se otorga la pensión a la actora, con ingreso base de cotización del salario mínimo legal, por lo que el monto de la pensión sería inferior al salario mínimo legal, sin embargo conforme al Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, ninguna pensión puede ser inferior a dicho salario.

Como quiera que la pensión de la actora se causó antes del 31 de julio de 2011 y es inferior a los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de causación de la pensión, conforme al parágrafo transitorio sexto del Acto legislativo 01 de 2005, tal prestación, se le pagará al demandante en el número de 14 mesadas al año, conforme al Art. 142 de la ley 100 de 1.993.

Ahora, respecto de la pretensión de los intereses moratorios, los mismos no son procedentes toda vez, que la convivencia entre la demandante y el causante en los cinco años que exige la Ley, solo se vio probada al interior de este proceso, toda vez que en la reclamación administrativa se presentaron dos declaraciones extraproceso, en las que respeto del tiempo de convivencia se anotaba que la actora y el causante convivieron “aproximadamente cinco años” sin indicar extremos algunos, con lo que no se acreditaba los cinco años de convivencia, pues estos tienen que ser completos y no aproximados, por lo que no puede hablarse en este caso de una mora injustificada en el reconocimiento de la pensión.

En lo concerniente a la INDEXACIÓN que igualmente se demanda su reconocimiento, la misma es procedente, por cuanto con esta lo que se pretende es actualizar el valor adquisitivo de la moneda envilecida por el paso de tiempo, lo que es justo y equitativo en una economía inflacionaria como la nuestra. Conforme a lo manifestado cada una de las mesadas pensionales retroactivas, deberán indexarse, utilizando la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

En la que VA (valor actualizado) es igual a la mesada pensional dejada de percibir por la demandante (VH), por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en el mes anterior al pago, por el índice inicial, vigente en el mes en que debió hacerse el pago.

Ahora, COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda, formuló la excepción de prescripción. En lo que atañe con este medio exceptivo, se ha de tener en cuenta lo consagrado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, el cual dispone un término de 3 años para que los derechos no se vean afectados por este medio extintivo.

En este caso, la causación de la pensión ocurre, el 10 de septiembre de 2007 que falleció el causante, y la pensión fue solicitada el **2 de febrero de 2018**, interrumpiendo con ello la prescripción, y como la demanda fue incoada este mismo año 2018, se encuentran afectadas por la prescripción, las mesadas causadas con antelación al 2 de febrero de 2015, por lo que así se declarará.

Respecto de las mesadas pensionales retroactivas que pague COLPENSIONES a la actora, realizará el descuento del porcentaje legal del aportes al sistema de salud, conforme la jurisprudencia de la CSL de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL1195 de 2014, SL16844 de 2015, SL 1064 de 2018 y SL 1169 de 2019 entre otras) y la Corte Constitucional (Sentencia SU-230 de 2015 entre otras), porcentaje sobre el cual no se causa la indexación, pues la misma, deben liquidarse sobre el monto de la pensión que legalmente le pertenece al actor, que es el que en realidad dejó de percibir, y sobre el que se puede causar la devaluación monetaria que se resarce con la indexación, toda vez que si el pensionado recibe indexación sobre el porcentaje del aporte al sistema de salud, que en todo caso no habría recibido aún en el evento que la pensión hubiera sido pagada oportunamente, constituiría un enriquecimiento sin causa.

Conforme las consideraciones, fácticas probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada será revocada, en los términos ya explicados.

Costas en primera instancia a favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES por haber resultado vencida en el proceso, las que serán fijadas por el *a quo*

Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso de apelación.

Sin costas en esta instancia, por haber prosperado el recurso de apelación de la demandante.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 29 de noviembre de 2019 proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por **NURIS MONTES CASTRO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, para en su lugar, CONDENAR a COLPENSIONES, a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, a partir del 10 de septiembre de 2007, en el monto del salario mínimo legal mensual vigente, y en el número de catorce (14) mesadas al año.

SEGUNDO: DECLARAR prescritas las mesadas pensionales causadas con antelación al 2 de febrero de 2015.

TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de la pretensión de los intereses moratorios del Art. 141 e la ley 100 de 1993.

Se CONDENAR a COLPENSIONES, a indexar las mesadas pensionales retroactivas que el cancele a la demandante, en la forma indicada en la parte motiva del presente fallo.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES, descontar de cada mesada pensional que se condena a pagar a favor de SARA y DANIEL BUILES CADAVID, el aporte legalmente correspondiente al sistema de salud, con destino a la EPS a la que se encuentren afiliados.

Costas en primera instancia a favor de la demandante, y a cargo de COLPENSIONES, las que serán fijadas por el *a quo*.

Sin costas en esta instancia.

La presente sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Vuelva el expediente al juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma el acta por quienes intervinieron en la decisión, los Magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8ac9fb10770743ee3bdbdda4d1302e70aae9e2dd6c4b36a09a360cfa6e149027**

Documento generado en 06/10/2023 02:54:37 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>