

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GINA DALIANA MOSQUERA HERNÁNDEZ
DEMANDADO	PORVENIR S.A.
LISTISCONSORTE	YOLANDA SILVIA GARCIA PASCUAL, KEVIN ANDRÉS ORTIZ GONZÁLEZ y JOAN SEBASTIÁN ORTIZ LÓPEZ
PROCEDENCIA	JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-001-2014-00777-02
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN AMBAS PARTES
TEMAS Y SUBTEMAS	- Pensión de sobrevivientes - Conflicto entre beneficiarias y acreditación de convivencia. - Acrecentamiento de mesada – Juez puede definir situación jurídica y económica de los demás beneficiarios.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 108

Santiago de Cali, veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°005 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la **DEMANDANTE** y **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la señora **YOLANDA SILVIA GARCÍA PASCUAL**, respecto de la sentencia No. 294 del 01 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **GINA DALIANA MOSQUERA HERNÁNDEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A.** con el fin de que: **1) Se le reconozca y pague el 50% de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión de la muerte del señor JORGE ORLANDO ORTIZ MONDRAGON**, en su condición de compañera permanente de aquel. **2) En consecuencia, solicita se condene a la AFP demandada al pago del retroactivo pensional generado desde el 25 de septiembre de 2012 hasta la inclusión en nómina.** **3) Igualmente deprecó el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.**

A través de escrito radicado el 24 de febrero de 2015, **PORVENIR S.A.** solicitó vincular en calidad de litisconsortes necesarios a los menores **KEVIN ANDRÉS ORTIZ GONZÁLEZ** y **JOAN SEBASTIÁN ORTIZ LÓPEZ**, hijos del causante, representados

por las madres de cada uno, señoras **JENNIFER VIVIAN GONZÁLEZ RODRIGUEZ** y **MELIDA MARÍA LÓPEZ MENDINA**, respectivamente (f. 148 a 153 Archivo 01 ED).

En respuesta a lo anterior, mediante Auto Interlocutorio No. 726 del 08 de marzo de 2016 el Juzgado de primer grado negó la vinculación de los menores mencionados, y, en cambio, optó por integrar a la señora **YOLANDA SILVIA GARCIA PASCUAL** como cónyuge del fallecido (f. 155 a 157 Archivo 01 ED).

No obstante, en cumplimiento de lo dispuesto por la Sala Laboral del Tribunal de Cali, en Auto No. 2138 del 11 de julio de 2016, el *A quo* vinculó como litisconsortes necesarios a los menores **KEVIN ANDRÉS ORTIZ GONZÁLEZ** y **JOAN SEBASTIÁN ORTIZ LÓPEZ** (f. 165 a 166 Archivo 01 ED).

De otro lado, ante la dificultad presentada para notificar personalmente, el Juzgado de primer grado designó curador *Ad-Litem* para que representara a los vinculados **YOLANDA SILVIA GARCÍA PASCUAL** y **KEVIN ANDRÉS ORTIZ GONZÁLEZ**, y dispuso su emplazamiento (f. 237 a 238 Archivo 01 ED y 1 a 2 Archivo 14 ED).

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible a folios 5 a 10 Archivo 01 ED, así como las contestaciones aportadas a folios 45 a 58 Archivo 01 ED la de **PORVENIR S.A.**, folios 180 a 186 Archivo 01 ED de **JOAN SEBASTIÁN ORTIZ LÓPEZ**, folios 243 a 245 Archivo 01 ED la emanada de **YOLANDA SILVIA GARCÍA PASCUAL**, y la contestación de **KEVIN ANDRÉS ORTIZ GONZÁLEZ** adosada a folios 2 a 3 Archivo 23 ED.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 294 del 01 de diciembre de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por la **AFP PORVENIR S.A.**, respecto de las pretensiones propuestas por la demandante **GINA DALIANA MOSQUERA HERNÁNDEZ**.

Acto seguido, condenó a **PORVENIR S.A.** a acrecentar el derecho pensional de **JOAN SEBASTIÁN ORTIZ LÓPEZ** y **KEVIN ANDRÉS ORTIZ GONZÁLEZ** del 25% al 50% del valor de la mesada pensional para cada uno, desde el 25 de septiembre de 2012 hasta el 26 de junio de 2021. Respecto del último, aclaró que a partir del 26 de junio de 2021 y hasta el 03 de mayo de 2023, percibiría el 100% de la mesada, advirtiendo que también tendrá derecho al pago de la prestación hasta cuando cumpla la edad de 25 años, en el evento de acreditar la condición de estudiante ante la administradora de pensiones.

En consonancia con ello, ordenó el pago de **\$23.448.795** para cada uno de los citados, por concepto de retroactivo pensional generado desde el 25 de septiembre de 2012 hasta el 26 de junio de 2021, autorizando a la demandada a realizar el descuento de lo correspondiente a aportes por salud.

Finalmente, absolvió a la pasiva de las pretensiones formuladas por la señora **GINA DALIANA MOSQUERA HERNÁNDEZ**, así como de cualquier condena respecto de la señora **YOLANDA SILVIA GARCÍA PASCUAL**.

Como sustento de su decisión, la Juez de primer grado señaló que, de un lado, pese a estar acreditado en el proceso la condición de cónyuge del causante de la señora **YOLANDA SILVIA GARCÍA PASCUAL**, la misma no tenía derecho a la prestación económica por sobrevivencia, en atención a que, tanto la Legislación vigente como la Jurisprudencia, exigen

para el reconocimiento pensional que hubiere convivido con el causante por un término de 5 años o más, los cuales no acredita aquella vinculada, pues incluso su matrimonio data del 01 de julio de 2011 y el fallecimiento acaeció el 25 de septiembre de 2012.

Respecto de la accionante **GINA DALIANA MOSQUERA HERNÁNDEZ** precisó que, aunque la actora alegó una convivencia con el causante desde el 25 de febrero de 2007 hasta la fecha del deceso, con las pruebas arrimadas al juicio no logró comprobar que, en efecto, se hubiere desarrollado en este interregno, por cuanto las declaraciones recepcionadas en audiencia, a su juicio, resultaron contradictorias, y no útiles para acreditar los cinco (5) años que ordena la ley a fin de conceder el derecho en favor de la compañera permanente.

Adicionalmente, refirió que en lo atinente a los menores **KEVIN ANDRÉS** y **JOAN SEBASTIÁN**, al no existir más beneficiarios, tenían derecho al acrecimiento de su mesada pensional, la cual pasaría de un 25% a un 50% para cada uno. No obstante, aclaró que, en el caso del segundo, su derecho solo se extendería hasta el 26 de junio de 2021, fecha en que cumplió la mayoría de edad, y a partir de ahí, el primero recibiría el 100% de la pensión de sobrevivientes, hasta los 25 años si acredita su condición de beneficiario en los términos exigidos por el ordenamiento.

En cuanto a las excepciones propuestas, informó que no están llamadas a prosperar, ni siquiera la de prescripción, en atención a que el derecho nació el 25 de septiembre de 2012, y la demanda se interpuso en el año 2014.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la **PARTE DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, alegando, en estricta síntesis, que con las testimoniales recaudadas en el proceso quedó demostrada la convivencia entre su prohijada y el señor Jorge Orlando Ortiz Mondragón, pues considera que las contradicciones en las que incurrieron las declarantes escuchadas no pueden desvirtuar la convivencia, ya que la pareja vivió por un tiempo donde la progenitora del fallecido, y otro lapso en casa de la actora, circunstancias que ambas deponentes fueron enfáticas en manifestar, pero la reiteración de preguntas sobre un mismo punto, hizo incurrir a las declarantes en error.

Por su parte, el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** apeló la providencia solicitando la revocatoria de los numerales 1 a 4 de la sentencia, en tanto argumenta como innecesario que el Despacho condenara a la AFP al acrecimiento de la mesada pensional en favor de los hijos del causante, toda vez que ese aumento opera por ministerio de la ley cuando no hay más beneficiarios.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de **YOLANDA SILVIA GARCÍA PASCUAL**, en los términos del artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 08 de abril de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte DEMANDANTE, el Litisconsorcio Necesario JOAN SEBASTIAN ORTÍZ LÓPEZ y la DEMANDADA PORVENIR S.A., como se advierte en los archivos 04, 05 y 06 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala gravita en establecer si la señora **YOLANDA SILVIA GARCÍA PASCUAL**, en calidad de cónyuge, o, **GINA DALIANA MOSQUERA HERNÁNDEZ**, como compañera permanente, o ambas, acreditan los requisitos establecidos en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para ser beneficiarias del 50% de la pensión de sobrevivientes ocasionada con el deceso del señor Jorge Orlando Ortiz Mondragón.

En caso de que ninguna acredite las exigencias para ser beneficiarias, deberá estudiarse si la prestación económica debe ser reconocida en su totalidad a los hijos del causante **JOAN SEBASTIÁN ORTIZ LÓPEZ** y **KEVIN ANDRÉS ORTIZ GONZÁLEZ**, quienes en la actualidad ya gozan del 50% de la prestación.

Se procede entonces a resolver los planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

A esta altura, no se discuten los siguientes supuestos facticos:

- (i) Que el señor **JORGE ORLANDO ORTIZ MONDRAGÓN** es el progenitor de **JOAN SEBASTIÁN ORTIZ LÓPEZ** y **KEVIN ANDRÉS ORTIZ GONZÁLEZ**, según lo muestran los Registros Civiles de Nacimiento de estos, aportados en los folios 3 a 6 Archivo 46 ED.
- (ii) Que en vida, el señor **JORGE ORLANDO ORTIZ MONDRAGÓN** presentaba afiliación a **PORVENIR S.A.** desde 01 de julio de 2002 (f. 30 Archivo 01 ED).
- (iii) Que el señor **JORGE ORLANDO ORTIZ MONDRAGÓN** y la señora **YOLANDA SILVIA GARCÍA PASCUAL** contrajeron matrimonio el 01 de julio de 2011 (f. 23 a 24 Archivo 01 ED)
- (iv) Que el señor **ORTIZ MONDRAGÓN** falleció el 25 de septiembre de 2012, conforme se desprende del Registro Civil de Defunción visible a folio 25 Archivo 01 ED.
- (v) Que con ocasión de su fallecimiento se presentaron a reclamar pensión de sobrevivientes las señoras **GINA DALIANA MOSQUERA HERNÁNDEZ**, **YOLANDA SILVIA GARCÍA PASCUAL**, y en su momento los menores **JOAN SEBASTIÁN ORTIZ LÓPEZ** y **KEVIN ANDRÉS ORTIZ GONZÁLEZ**, solicitud resuelta por la AFP el 23 de agosto de 2013, reconociendo la prestación en favor de los hijos del causante en porcentajes equivalentes al 25% para cada uno, y dejó en suspenso el otro 50% por existir controversia entre beneficiarias (f. 19 y 65 a 71 Archivo 01 ED).

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

De conformidad con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 9762-2016, SL 9763-2016, SL 1689-2017, SL 1090-2017, SL 2147-2017 y SL3769-2018, entre otras, la norma que gobierna el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes es la vigente al momento del óbito del pensionado o afiliado, de modo que la disposición legal aplicable al caso que nos ocupa es el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 con la modificación introducida por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, por encontrarse vigente al **25 de**

septiembre de 2012 (f. 25 Archivo 01 ED), fecha del fallecimiento del señor **JORGE ORLANDO ORTIZ MONDRAGÓN**.

Es menester resaltar que en el caso de marras no se discute si el señor **ORTIZ MONDRAGÓN** dejó causado el derecho a que sus beneficiarios perciban la pensión de sobrevivientes, puesto que, a través de comunicado del 23 de agosto de 2013, **PORVENIR S.A.** reconoció un porcentaje de esta prestación a los menores **JOAN SEBASTIÁN ORTIZ LÓPEZ** y **KEVIN ANDRÉS ORTIZ GONZÁLEZ**, en su condición de hijos menores del causante.

Así entonces, la controversia se suscita en verificar si la demandante **GINA DALIANA MOSQUERA HERNÁNDEZ**, y la integrada al litigio, señora **YOLANDA SILVIA GARCÍA PASCUAL**, cumplen con los requisitos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para tenerlas como beneficiarias de la pensión solicitada, precisándose, primero, conforme al precepto en mención, si les corresponde o no demostrar que convivieron con el causante por lo menos durante sus últimos cinco (5) años de vida, atendiendo para el efecto lo considerado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las SL1730-2020 y SL5270-2021, y la Constitucional en sentencia SU-149 del 21 de mayo de 2021.

Sobre este requisito pensional, esto es, el tiempo mínimo de convivencia, vale destacar que la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema ha fluctuado en su interpretación, en cuanto a la exigencia para el caso del *afiliado fallecido*, pasando de indicar que sí era un requisito exigido respecto de este tipo de causante - *sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, entre muchas otras* -, a resolver en reciente providencia - *SL 1730 de junio 3 de 2020* -, que la misma no resulta ser una condición prevista para el afiliado fallecido, respecto del cual determinó en el último proveído en mención, que solo basta demostrar que se dio el ánimo de conformar un vínculo marital al momento del deceso, sin determinar un periodo preciso para ello, solo que este se halle vigente al óbito.

Para sostener esta posición la Corte Suprema se remitió a la sentencia C-1094-2003 de la Corte Constitucional y a una interpretación gramatical del contenido del literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, de lo que colige que no se deja lugar a duda en cuanto a que el requisito *“de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado”*., lo que soporta además en un criterio de interpretación histórica, recordando que según la exposición de motivos de la ley en comento, este precepto iba dirigido a la regulación del derecho causado por el pensionado.

Sin embargo, en reciente providencia de unificación – SU 149 de 2021 -, la Corte Constitucional hizo manifiesta su consideración contraria al alcance fijado por el Alto Tribunal de lo laboral en la citada sentencia SL1730 de 2020, la que dejó sin efectos y ordenó emitir nuevo pronunciamiento conforme a los principios constitucionales y lineamientos explicados en su providencia de unificación.

Recordó la Corte Constitucional que ha sido reiterada la jurisprudencia constitucional en indicar que la convivencia de cinco (5) años para el momento de la muerte es un elemento que se requiere para causar el derecho tanto para el pensionado como para el afiliado fallecido, y que no encuentra razonable el cambio de interpretación propuesto por la Corte Suprema en el proveído de junio 3 de 2020, ello con fundamento en las siguientes premisas:

i. Pese a la distinción nominal entre la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, la jurisprudencia constitucional reliva que se trata de una protección que se brinda tanto *“a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte”*, y como lo ha referido en múltiples ocasiones, ambas prestaciones comparten el mismo propósito, esto es, *“evitar ‘que las personas allegadas al*

trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección”

ii. La interpretación prohijada por la Corte Suprema en la sentencia del 3 de junio de 2020 conlleva a la vulneración del derecho a la igualdad, a la establecer un trato diferenciado sin justificación objetiva, desconociendo la finalidad de la pensión de sobrevivientes que se itera, lo es la protección del grupo familiar; e igualmente resulta problemática respecto de la noción misma de matrimonio o unión marital de hecho, que incluyen dentro de sus elementos configuradores la convivencia estable y singular de los miembros de la pareja. A partir de la convivencia efectiva se generan deberes jurídicos de solidaridad y mutua ayuda, los que precisamente tuvo en consideración el legislador al prever válidamente el requisito de convivencia como un medio adecuado encaminado a garantizar que la pensión de sobrevivientes sea reconocida a los beneficiarios, atendiendo sus finalidades.

iv. Se vulnera con la interpretación propuesta por el Alto Tribunal el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, punto que quedó demostrado de manera concreta, y que no corresponde a un mero interés fiscal, sino a un mecanismo que se encuentra dirigido a la consecución de la universalidad y perdurabilidad de la capacidad del sistema pensional de amparar el derecho a la seguridad social de beneficiarios presentes y futuros.

v. Frente a la sentencia C-1094 de 2003 citada por la Corte Suprema como fundamento de la decisión en cuestión reseñó que *“la Sentencia C-1094 de 2003 no es un precedente sobre si los cónyuges o la compañera o compañero permanente supérstite del afiliado deben acreditar el tiempo de convivencia previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.”*, pues no fue el asunto a resolver en ese proveído; y por el contrario, la Sentencia SU-428 de 2016 sí es el precedente de la Corte Constitucional en la materia, de cuya *ratio decidendi* se extrae que *“para que la compañera permanente supérstite del afiliado tenga derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, deberá acreditar la convivencia con el causante por lo menos durante cinco años antes de su fallecimiento. Este pronunciamiento es vinculante para la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia pues es anterior a la Sentencia del 3 de junio de 2020”*.

En síntesis, la Sala Plena concluye que la providencia del 3 de junio de 2020, proferida por la Corte Suprema de Justicia, incorpora una interpretación irrazonable del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que va en contraposición de los principios de igualdad y sostenibilidad financiera del sistema pensional, y que produce resultados desproporcionados respecto de la protección de la familia y las finalidades de la pensión de sobrevivientes, además que desconoce el precedente fijado por la Corte Constitucional sobre la materia, conforme a lo cual le ordena en el numeral tercero de la SU 149 de 2021:

*“TERCERO. ORDENAR a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, en el término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera una nueva sentencia 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**”.*
(Negrillas fuera de texto).

Surge de lo antelado que el precedente obligatorio vigente en el tema del requisito de convivencia del afiliado fallecido es el contenido en la SU-428 de 2016, ratificado en la sentencia SU-149 de 2021, cuya *ratio decidendi* precisa, para que **tanto la compañera permanente como para la cónyuge supérstite del afiliado tengan derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, deberá acreditar la convivencia con el causante por lo menos durante 5 años antes de su fallecimiento.**

Valga aclarar que, en punto de la **compañera permanente**, de vieja data la Jurisprudencia Especializada Laboral ha precisado que el tiempo de convivencia exigido a esta, es el inmediatamente anterior a la muerte del afiliado o pensionado, mientras que, en el caso de la **cónyuge**, es dable demostrar tales años en cualquier tiempo, según lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencias recientes como la SL229-2020 y la SL480-2020 del 19 de febrero de 2020.

Bajo tal panorama, procederá la Sala a verificar si con las pruebas traídas al proceso, logran las señoras **GINA DALIANA MOSQUERA HERNÁNDEZ** y **YOLANDA SILVIA GARCÍA PASCUAL**, acreditar el tiempo de convivencia exigido con el causante, a efectos de alzarse con el derecho por sobrevivencia petitionado.

Con ese propósito, fueron escuchados los testimonios solicitados por la actora, las señoras **LILIANA RAMÍREZ RIVERA** (Min 19:16 a 39:33 Archivo 50 ED) y **MARÍA CELENE PLAZA SÁNCHEZ** (Min 43:14 a 59:57 Archivo 01 ED). La primera, expresó haber conocido a la demandante por razones de vecindad, ya que vive en el barrio la Emilia de Palmira (Valle), de quien dijo, era la esposa del señor Jorge Orlando Ortiz, hecho que alega constarle por encontrárselos en la calle, o asistiendo juntos a reuniones efectuadas en su casa, agregando que vivieron por un tiempo en casa de la mamá de aquel, y luego donde la mamá de ella. Al ser interrogada sobre el periodo de convivencia entre estos, afirmó de manera explícita que inició el **20 de febrero de 2007**, y culminó el día en que falleció, circunstancias de las que tiene conocimiento porque vive cerca de la casa de la mamá de **GINA DALIANA**, e incluso recuerda con precisión por una fiesta realizada allí en esa fecha, mencionando que en ocasiones visitaba a la pareja en la casa de la mamá de la demandante.

Afirmó que el encargado de proveer lo necesario para el hogar conformado era el señor Jorge Orlando Ortiz, y que al momento del fallecimiento **vivía en la casa de la mamá de Gina**, que no tuvieron hijos, y que el citado se casó en el año 2011 con la señora Yolanda García con el único fin de ingresar a España, país al que finalmente no pudo viajar debido a una demanda de alimentos que cursaba en su contra. Expuso que el causante tenía 3 hijos. Por último, informó que labora cuidando adultos mayores por lo que en ocasiones no permanece en el barrio, explicando tener confusión sobre el lugar de habitación de este al momento de su muerte, ya que la pareja mantenía moviéndose entre las casas de los progenitores de cada uno.

A su turno, la testigo **MARÍA CELENE PLAZA SÁNCHEZ** manifestó conocer a la demandante desde su infancia, y a través de ella al causante, con el que señaló, aquella salió, y eran esposos, iniciando su convivencia en la casa de la suegra de ella (mamá del difunto), para después trasladarse a la casa de la mamá de esta. Al igual que la anterior declarante, al preguntársele por los inicios de la convivencia, anunció que comparte techo, lecho y mesa desde el 20 de febrero de 2007, lo cual dijo recordar, porque en esa fecha hubo una fiesta en la casa de la actora.

No obstante lo anterior, **resaltó que no visitaba a la pareja, y que los hechos que adujo conocer, los supo porque se los contó la mamá de Gina**. De igual forma, afirmó que llegó a conversar con la accionante en la casa de su señora madre, exponiendo más adelante, también, contrario a lo ya dicho, que la pareja siempre vivió en la casa de la mamá de Jorge Orlando, aunque algunos días pasaban donde la mamá de ella, a lo cual añadió que esta dependía económicamente del fallecido. Sobre el matrimonio contraído con la señora Yolanda García, aseveró que lo hicieron para que él pudiera viajar a España.

Ahora bien, oficiosamente el Juzgado recepcionó el testimonio de la señora **MELIDA MARÍA LÓPEZ MEDINA** (Min 1:04:17 a 1:22:57 Archivo 50 ED), quien tuvo dos hijos con el causante, uno de ellos el vinculado al proceso **JOAN SEBASTIÁN ORTIZ LÓPEZ** y **LINA JHOANA ORTIZ LÓPEZ**. Sobre la demandante aceptó saber de ella porque vivía en la misma cuadra, y que, si bien esta vivió con el señor Jorge Orlando, no fue por

todo el tiempo señalado, aspecto que dice constarle precisamente porque su hija vivió con el papá entre 2010 y 2011, tiempo en el que no le comentó que Gina viviera en dicha casa. En ese sentido, indicó que la actora y el padre de sus hijos tenían una relación de novios, cada uno vivía en su casa, pues pese a que él dormía en la casa de ella, volvía a la suya, sitio en el que siempre permanecieron sus cosas, considerando que estos vivieron juntos aproximadamente 1 año. En su relato, especificó que el causante falleció en la casa de su progenitora.

Que el señor Jorge Orlando le informó que se iba a casar con una señora de España, aclarando que, desde su separación con el *de cujus*, este se quedó viviendo con su mamá, y ella permaneció en el barrio la Emilia.

Así las cosas, el análisis conjunto de la probanza remembrada, conforme lo establecido en los artículos 60 CPLSS y 176 CGP, deja en evidencia que, contrario a lo señalado por el apelante activo, las narraciones efectuadas por las testigos **LILIANA RAMÍREZ RIVERA** y **MARÍA CELENE PLAZA SÁNCHEZ** no son suficientes para extractar con la suficiencia requerida, aquella convivencia entre la señora **GINA DALIANA MOSQUERA HERNÁNDEZ** y el desaparecido Jorge Orlando Ortiz Mondragón, como lo infirió al *A quo*, pues dentro de su exposición, presentan divergencias que dan al traste con la pretensión pensional de la reclamante.

Lo anterior, pues si bien desde el comienzo de cada una de sus intervenciones se hace notable la intención de querer beneficiar a la parte actora con su relato, siendo enfáticas en señalar que la convivencia de la pareja inició desde febrero de 2007 cuando hubo una fiesta en casa de la mamá de la demandante, al adentrarse en sus deponencias, la aparente contundencia reflejada en un inicio comienza a desvanecerse.

En ese escrutinio, la señora **LILIANA RAMÍREZ RIVERA** señaló que la demandante y el occiso eran esposos, hecho que, en un primer plano, dedujo de verlos juntos en la calle, así como en encuentros sociales a los que asistían, para seguidamente avezarse a decir que la pareja vivía por espacios de tiempo en la casa de la progenitora del fallecido, y en el inmueble de la señora madre ella, lugar en el que contradujo a la demandante al mencionar que se encontraban viviendo al momento del deceso, toda vez que esta fue clara en informar su vivencia justo durante esa época en la casa de su suegra, hecho que genera suspicacia, si se tiene en cuenta la cercanía que dijo tener en un principio la testigo respecto de la pareja, sin que pueda justificarse en la mella de la memoria con el paso del tiempo, en tanto puede recordar el periodo de ocurrencia de suceso mucho más anterior como la citada fiesta, y no el suceso de la muerte de una persona de la cual se consideraba tan allegada, situación que le resta credibilidad a su declaración.

Aunado a ello, la declarante se queda corta a la hora de brindar detalles específicos sobre el desarrollo de la relación de compañeros esbozada con tanto ahínco desde la demanda, ya que reduce su relato a que los veía juntos, y que unos días pernoctaban en casa de familiares de uno y otro.

Luego, la testigo **MARÍA CELENE PLAZA SÁNCHEZ** a pesar de relatar una serie de hechos, entre los que cuenta circunstancias prolongadas en el tiempo como la convivencia de la pareja en varios sitios, refiriendo cierta cercanía a la casa materna de la actora, resaltó más adelante que no visitaba a los compañeros permanentes, y reconoció que su conocimiento sobre la situación esbozada lo obtuvo por conducto de la mamá de la demandante, contradiciéndose a sí misma en cuanto al lugar en que se desarrolló la convivencia, pues en principio dijo que era alternada en la casa de la madre de uno y otro, pero después indicó que siempre convivieron donde la pariente de la accionante, inconsistencias que, además de dejar ver que se trataba de una testigo de oídas, denotan su falta de conocimiento certero respecto de las condiciones fácticas de la convivencia entre las personas citadas.

En contraste con lo anterior, aparece la testimonial rendida por la señora **MELIDA MARÍA LÓPEZ MEDINA**, quien antes fuera pareja sentimental del afiliado, con el que procreó incluso dos hijos, mencionando que, en efecto, su expareja sostuvo una relación con la demandante, en cuyo desarrollo convivieron, pero no durante todo el periodo señalado en el gestor, sino, por un año aproximadamente, lo cual expresó saber porque su hija Lina Jhoana Ortiz vivió en la casa de su abuela con su señor padre en los años 2010 y 2011. Sea del caso anotar que, el tiempo aproximado de convivencia dado por esta testigo, concuerda en parte con el periodo compartido como compañeros de 9 meses, advertido de las entrevistas recaudadas en el trámite de investigación administrativa, condensada en informe del 14 de junio de 2013 (f. 72 a 73 Archivo 01 ED).

Bajo el panorama descrito, en virtud de la serie de contradicciones y dubitaciones halladas en el ejercicio valorativo, para esta Colegiatura las pruebas recaudadas, en especial la testimonial, no ofrecen la contundencia que pretender imprimir la parte apelante, a partir de la cual pueda concluirse sin margen de dudas, que entre la señora **GINA DALIANA MOSQUERA HERNÁNDEZ** y el *de cujus* **hubo una efectiva comunidad de vida, basada en la solidaridad, la ayuda mutua, el apoyo económico, y la realización de un proyecto de vida entre ambos durante el tiempo exigido en la norma**, ya que, se itera no aparece ni siquiera clara la relación de compañeros esbozada en el escrito gestor desde el año 2007.

Y es que, en ese sentir, realmente las pruebas no muestran aquellos rasgos esenciales para acreditar la convivencia de pareja durante los años requeridos, condiciones que entrañan una vida en pareja estable, permanente y firme, de mutua comprensión que “*soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común*”, cuestiones que no logra atisbarse en el presente asunto, por lo menos durante los primeros años de relación entre la señora **MOSQUERA HERNÁNDEZ** y Jorge Orlando Ortiz, en los cuales puede colegirse que su cercanía no pasaba de ser una relación de novios, donde difícilmente identifica la Sala las características propias de un proyecto de vida estable, en la medida en que no se observa como objetivo propio el de concebirse como una familia.

Frente a situaciones como la anotada, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2090-2020 recordó lo señalado en decisión del 27 de junio de 2010 en la que dijo:

“(…) La jurisprudencia parte de la premisa de que la vida en común bajo un mismo techo es la expresión ordinaria y común del deseo de conformar una familia; y no desconoce, sino que reafirma ese supuesto, si admite que en circunstancias excepcionales se justifica la convivencia sin que concurra la vida en el hogar común; y se desvirtúa íntegramente, si de la misma se infiere que esa vida en común es prescindible y que puede ser reemplazada por proyectos de vida separados y paralelos.

La justificación de la no vida en común vale frente a un núcleo familiar conformado, pero no se pueden invertir los términos, como lo hace el Tribunal, de hacer de las circunstancias justificantes de la singular forma de convivencia con techos separados, la prueba de la existencia de una familia auténticamente conformada. (…)” (Subraya y Negrilla de la Sala).

Así las cosas, debe recordarse que quien concurre a la jurisdicción para que se le declare un derecho y se imponga una condena, o aquel que pretende enervar dicha pretensión, sabe que la decisión judicial debe estar fundada en pruebas regular y oportunamente vertidas al proceso, siendo entonces del resorte de las partes demostrar los hechos que sirven de base al derecho invocado, tal como lo prescribe el artículo 167 CGP.

Con dicha actividad probatoria lo que se busca es producir **certeza o convicción** en el operador judicial para decidir, por lo que la facultad que tienen los sujetos procesales de demostrar los supuestos alegados radica en cabeza de quien busca obtener una sentencia

favorable, aclarando que esa responsabilidad no implica una sanción para quien la soporta, pero sí que los efectos de su inobservancia le acarrearán riesgos que pueden derivar en un fallo adverso, como ocurre en el presente asunto, desestimándose los argumentos presentados por el apoderado judicial de la parte demandante en su recurso de alzada

Por consiguiente, no estando probado que la promotora de la litis estuvo haciendo vida marital con el causante no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte, es dable concluir que las pretensiones de la demanda están llamadas al fracaso, tal como lo decidió la Juez de primer grado, imponiéndose la confirmación del fallo en este aspecto.

Ahora bien, en lo concerniente a la señora **YOLANDA SILVIA GARCÍA PASCUAL**, debe anotarse que su participación en el proceso se surtió a través de curador Ad-Litem, y en términos probatorios, el ejercicio demostrativo de este lado es mínimo, pues solo se tiene el registro civil de matrimonio (f. 21 y 138 Archivo 01 ED) y la escritura pública de la Notaría Cuarta de Palmira Valle (f. 17 a 18 y 131 a 132 Archivo 01 ED), documentos en los que se constata que para la época del óbito, la vinculada al litigio se encontraba casada con el fallecido Ortiz Mondragón.

Empero, las documentales referidas no son suficientes para concederle el derecho a la pensión de sobrevivientes, dado que de ellas simplemente se desprende las nupcias contraídas por la señora **SILVIA GARCÍA** y el occiso, sin elemento de prueba que dé cuenta, más allá de lo plasmado en el papel, de una convivencia efectiva en los términos y durante el tiempo señalado en líneas anteriores, máxime que fue un punto donde todos los testimonios escuchados convergen en decir que el vínculo entre estos tuvo como objetivo la posibilidad del causante de obtener el permiso de ingreso a España. De ahí que no estén satisfechos los presupuestos para tenerse como beneficiaria de la pensión estudiada.

DEL DERECHO AL ACRECIMIENTO DE LOS DEMÁS BENEFICIARIOS

En lo referente al desacuerdo presentado por el apoderado de **PORVENIR S.A.**, resulta válido anotar que en la senda judicial se comprobó que las únicas personas llamadas a ser beneficiarios de la pensión ocasionada con la muerte del señor Jorge Orlando Ortiz Mosquera, son los jóvenes **JOAN SEBASTIÁN ORTIZ LÓPEZ** y **KEVIN ANDRÉS ORTIZ GONZÁLEZ**, cuestión que, en criterio de la Sala, posibilitaba a la Juez de primera instancia para ordenar el acrecentamiento de la mesada pensional en favor aquellos, y muy a pesar de que la controversia judicial gravitaba únicamente entorno a la diferencia presentada entre la cónyuge y la compañera permanente del fallecido, una vez desatada esta disyuntiva, era viable esclarecer las condiciones jurídicas y económicas en las que quedaban los demás beneficiarios, en la medida en que, la conclusión a la cual arribó terminaba beneficiándolos.

Además, no puede perderse de vista que, sin perjuicio de la razón que pueda tener el mandatario de la entidad, es una obligación de los Jueces de la República cuando emiten un fallo judicial que va a ser tránsito a cosa juzgada, esmerarse por zanjar o resolver el conflicto lo más claro posible para que en futuro no se presente nuevamente una demanda por cosas que se pudieron resolver en el primer proceso.

Es por todo lo anterior que habrá de confirmarse la sentencia recurrida. Sin costas en esta instancia al haberse despachado de manera desfavorable los recursos de apelación presentados.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 294 del 01 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7º. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
uso judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
07

(AUSENTE CON EXCUSA JUSTIFICADA)
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

Maria Nancy Garcia Garcia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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: **552984517f2173f0898193628fd8cda37822d3b5b7c178a6d63551a9b9aeaa3c**

Documento generado en 27/04/2022 07:44:30 PM

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