

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA VIRGELINA OCHOA PEREAÑEZ** contra **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), al cual se dispuso vincular en calidad de interviniente excluyente a la señora **BERTA LUCÍA SALDARRIAGA SERNA**, y de LITISCONSORTE NECESARIO al joven **DUBER SALDARRIAGA OCHOA**, tramitado bajo el radicado único nacional No. 05001-31-05-016-2015-01512-01, venido a esta instancia en apelación de la sentencia de primera instancia.

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:

Tanto la demandante principal como la Interviniente excluyente pretenden en el presente proceso, se condene a PORVENIR S.A. a reconocerles y pagarles pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente y esposo NICOLÁS DE JESÚS SALDARRIAGA SALDARRIAGA con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como **fundamento factico de las pretensiones** expone la demandante principal que convivió con el causante NICOLÁS DE JESÚS SALDARRIAGA SALDARRIAGA desde el 31 de diciembre de 2006 hasta el 17 de noviembre de 2014, fecha del fallecimiento de este.

Expone que procreó con el causante un hijo de nombre DUBER SALDARRIAGA OCHOA, nacido el 07 de marzo de 1999.

Indica que en su calidad de compañera permanente supérstite presentó reclamación de pensión de sobrevivientes ante PORVENIR S.A. el 19 de enero de 2015 y mediante oficio del 29 de abril de 2015, dicha AFP reconoció la pensión en un 50% a su hijo DUBER SALDARRIAGA OCHOA y le comunicó además que, teniendo en cuenta que adicionalmente se presentó a reclamar pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge la señora BERTA LUCÍA SALDARRIAGA SERNA, al no existir claridad en relación con el tiempo de convivencia, tal situación le impedía determinar los porcentajes en que debía ser distribuido el monto de la pensión solicitada, ya que en los términos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 el mismo se determina en función del tiempo convivido con el causante.

Por su parte, la Interviniente excluyente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA SERNA, indica en su demanda que contrajo matrimonio con el causante NICOLÁS DE JESÚS SALDARRIAGA SALDARRIAGA el 29 de enero de 1983 y que convivió con él por espacio de 31 años hasta el 17 de noviembre de 2014, fecha de su fallecimiento, compartiendo techo, lecho y mesa, que de dicha unión procrearon 5 hijos de nombres OSCAR FELIPE, NINI JOHANA, DIEGO LEÓN, FABER JHOJAN y MARÍA ALEJANDRA SALDARRIAGA SALDARRIAGA.

Expone que nunca solicitaron la cesación de los efectos jurídicos del matrimonio, ni la liquidación de su sociedad conyugal, que siempre estuvo afiliada al sistema de seguridad social en salud en calidad de cónyuge y beneficiaria del causante, que el causante falleció el 17 de noviembre de 2014 en horas de la noche tras sufrir un infarto cuando se encontraba en su residencia en su compañía, siendo llevado inmediatamente por ella y por sus hijos a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL donde finalmente falleció.

Manifiesta que el causante tuvo un hijo extramatrimonial con la señora MARÍA VIRGELINA OCHOA de nombre DUBER SALDARRIAGA OCHOA, nacido el 7 de marzo de 1999, pero que entre el causante y la señora MARÍA VIRGELINA OCHOA nunca existió unión marital de hecho, nunca convivieron de forma singular y permanente, sino que simplemente tuvieron amoríos para la época en que se procreó al joven DUBER SALDARRIAGA OCHOA.

Finalmente aduce que el 19 de febrero de 2015 le solicitó a PORVENIR S.A., el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y dicha AFP negó la prestación reclamada argumentando que la señora MARÍA VIRGELINA OCHOA también había presentado la misma reclamación y que, en consecuencia, el 50% de la pensión de sobrevivientes quedaría en reserva hasta que la jurisdicción ordinaria resolviera el conflicto, reconociendo el otro 50% al joven DUBER SALDARRIAGA OCHOA, quien a la fecha de presentación de la demanda de intervención ostenta la mayoría de edad y no se encuentra estudiando.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de la primera instancia despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demandante principal MARÍA VIRGELINA OCHOA PEREAÑEZ, y accedió al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la Interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA SERNA, argumentando que las declaraciones de los testigos resultan contradictorias entre sí para determinar la convivencia con el causante a partir del año 2006 y hasta la fecha de su fallecimiento, pues los deponentes traídos al proceso por una parte y otra, afirmaron en idéntico sentido, que el causante mantuvo con la cónyuge y con la compañera permanente una convivencia permanente y singular, que no simultánea, lo cual, a su juicio no resulta posible, y por tanto debe concluirse que, respecto a una de las partes los testigos están faltando a la verdad, señalando entonces que la prueba testimonial practicada ofrece al despacho más dudas que certezas y que lo único que se logra extraer probatoriamente de dichos testimonios, es que la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA, en su calidad de cónyuge, sí convivió con el causante durante al menos cinco años, teniendo en cuenta que contrajo matrimonio con el causante el 23 de enero de 1983, que procreó con este un total de 5 hijos y que el vínculo matrimonial siempre se mantuvo vigente, y la convivencia se mantuvo al menos hasta el año 2006, por lo que le asiste derecho al pago de la pensión de sobrevivientes en un porcentaje del 50% en atención a que el otro 50% le había sido reconocido al hijo del causante DUBER SALDARRIAGA OCHOA, y pese a que este ya superó la mayoría de edad y no se encuentra estudiando, puede beneficiarse de dicho porcentaje de la pensión hasta los 25 años solo con cumplir el requisito de estudio.

Por otra parte, declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por PORVENIR S.A., señalando que la reclamación de la pensión fue resuelta el 29 de abril de 2015 y que la demanda se radicó dentro de los 3 años siguientes a dicha fecha.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por los apoderados de la demandante principal y de PORVENIR S.A., en los términos que se describen a continuación:

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE.

El apoderado judicial de la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA PEREAÑEZ, indica que en la sentencia el Juez pone en duda la veracidad de los testigos traídos por la parte demandante, sin embargo, contrario a lo que considera el despacho, la duda debe propender frente a los testigos de la señora BERTA LUCÍA SALDARRIAGA, pues si se escucha el audio de la diligencia de trámite, al minuto 28 y siguientes, se advierte que la señora BERTA manifestó que don NICOLÁS había fallecido en la vivienda de doña Virgelina, pues manifestó que “él murió por allá” y al ser interrogada que si con ello se refería a la casa de doña Virgelina, esta indicó que sí, y más adelante al minuto 29 y siguientes indicó que se dio cuenta de la muerte de don NICOLÁS porque estaba por allá “en la casa de ella” refiriéndose igualmente a la señora Virgelina.

Indica que más adelante, al ser preguntada cómo era un día normal en su convivencia con el señor Nicolás, la señora BERTA no supo responder pese a haber manifestado que convivía con este, lo cual genera mucha duda con relación a la versión entregada por la interviniente, pues la misma se torna muy contradictoria.

Por otra parte, aduce que en lo que tiene que ver con los testigos de la señora BERTA, todos manifestaron que el señor Nicolás había fallecido en la casa de la señora Berta, quien a su vez dijo que este había fallecido en casa de la señora Virgelina, declaraciones que generan muchas dudas pues resultan entonces contradictorias incluso con la declaración de la propia señora Berta, mientras que, contrario a ello, si se escucha a los testigos traídos por la señora Virgelina, es claro que a dichos testimonios debe dársele toda la validez, en tanto son personas que

viven en la zona donde vive doña Virgelina, además manifestaron que sus respectivos esposos viajaban a trabajar con el causante, pese a haber señalado que no siempre coincidían en los mismos horarios, señalaron además que estaban todos en una natillera.

Frente al señor Zapata, testigo de la señora Berta, indica que este manifestó inicialmente que tuvo una relación con una hija de la señora Berta y más adelante manifestó que tiene una relación con otra de las hijas de esta, pero, sin embargo, al preguntarle sobre el conocimiento que tenía de la relación con ellos, ofreció un testimonio demasiado inseguro que denotaba que no estaba diciendo la verdad, pues si bien puede entenderse que las personas pueden estar nerviosas al no estar acostumbrados a asistir a rendir una versión en un despacho judicial, ello no conlleva a que se enrede tanto en una versión cuando manifiestan tener un conocimiento directo de los hechos y máxime cuando el mismo testigo manifestó que el causante iba a trabajar con él en la empresa Titán.

Expone que, si se miran los hechos de la demanda de intervención, en los hechos 2 y 5 se afirma que la convivencia de la señora Berta se extendió hasta el día de la muerte del señor Nicolás, versión que igualmente resulta contradictorio con lo confesado en la audiencia, cuando señaló que el señor Nicolás había fallecido donde la señora Virgelina, y si se mira el hecho 7 manifiesta la señora Berta que convivió con el causante hasta el día de su muerte haciendo vida marital de manera singular y permanente, lo cual igualmente resulta contradictorio con la versión entregada en la audiencia.

Señala que se sustenta entonces el recurso en las versiones contradictorias de la interviniente y sus testigos, aduciendo además que resultaba una cuestión de humanidad que la señora Virgelina les hubiera avisado a los hijos del causante sobre su fallecimiento y también que se hubiera ido a atender el fallecimiento de su señora madre, pues si se mira su declaración, esta señaló que el causante falleció 15 minutos después de la señora madre de doña Virgelina.

Finaliza diciendo que se acepta el hecho del matrimonio del causante con la señora Berta, pues obra en el plenario el registro civil de matrimonio, pero lo que se discute es la convivencia con la señora Virgelina.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A., solicita revocar la sentencia y en su lugar se absuelva a su representada de la totalidad de pretensiones, indicando que si bien los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 establecen que los cónyuges son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cierto es que también establece que estos deben haber acreditado la convivencia con el causante durante al menos 5 años continuos con anterioridad a su muerte, y a su juicio ello no quedó demostrado en el proceso ni por la demandante principal ni por la interviniente, pues no demostraron que haya existido esa convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento del señor Nicolás, lo cual sería del año 2009 al 2014, y por tanto no habría lugar al reconocimiento pensional para ninguna de las dos.

Explica que frente a la señora Berta, de su interrogatorio de parte se generan muchas dudas, pues al preguntársele como era un día normal del causante, no supo indicarlo, señalando además que, como lo manifestó el Juez de primera instancia, no resulta posible que ambas demandantes tuvieran convivencia con el causante al mismo tiempo, y al ser contradictorios los testigos de la demandante y de la interviniente no se genera el derecho pensional en cabeza de ninguna de estas,

Manifiesta que tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional han indicado que el objetivo primordial de la pensión de sobrevivientes es proteger a la familia y en efecto que el cónyuge o compañero o compañera permanente de causante deban cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes constituye una garantía de legitimidad y justicia que favorece a los demás miembros del grupo familiar, busca favorecer económicamente a aquellos matrimonios y uniones de hecho que ha demostrado un compromiso de vida real y con vocación de continuidad y en general evitar la transmisión fraudulenta de la pensión de sobrevivientes, sin embargo en el presente caso no se demostró esa intención de permanencia y de familia por parte de ninguna de las dos demandantes, no habiendo lugar al reconocimiento de la pensión en su favor.

Solicita que en caso de confirmarse la decisión, se condene al pago retroactivo de la pensión pero únicamente en un 50%, en atención a que el joven DUBER

SALDARRIAGA OCHOA eventualmente tendría derecho al otro 50% hasta los 25 años y por ello el porcentaje que está en discusión en este proceso únicamente es de un 50% y que este únicamente podría acrecentarse una vez el joven DUBER SALDARRIAGA cumpla los 25 años.

Finalmente solicita revocar la condena por concepto de indexación, señalando para ello que los fondos de pensiones son patrimonios autónomos conformados por las cuentas de ahorro individual de los afiliados y sus saldos, que por mandato legal deben conservar el valor presente o actualizado de la moneda, razón por la cual se expresan en unidades que representan tanto el capital como los rendimientos y varían de conformidad con el comportamiento del mercado y por tanto no son susceptibles de indexación.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de la interviniente excluyente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA y de PORVENIR S.A., allegaron escritos de alegaciones, en los siguientes términos:

ALEGATOS DE LA INTERVINIENTE.

“Al interior del proceso se acredita:

- Que los señores Nicolás de Jesús Saldarriaga Saldarriaga y Berta LUCÍA Saldarriaga Serna habían contraído matrimonio el día 29 de enero de 1983 en la Iglesia Santa María de la Candelaria del municipio de Bello.
- Que al interior de ese matrimonio nacieron sus hijos Oscar Felipe, Niny Johana, Diego León, Faber Jhojan y María Alejandra Saldarriaga Saldarriaga.
- Que la señora Berta LUCÍA Saldarriaga Serna estuvo afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud como beneficiaria del señor Nicolás de Jesús Saldarriaga Saldarriaga.
- Que el vínculo matrimonial de los señores Nicolás de Jesús Saldarriaga Saldarriaga y Berta LUCÍA Saldarriaga Serna nunca se disolvió y la sociedad conyugal nacida de ese matrimonio nunca se liquidó.

Es claro, como bien lo reconoció el A–quo en la decisión objeto de alzada, que si bien es cierto, no se logró acreditar una convivencia entre la señora Berta LUCÍA

Saldarriaga Serna y el causante en los último 5 años anteriores a su muerte, si está acreditada la convivencia por mucho más de 5 años entre el momento en que inicio el vínculo matrimonial y el año 2006; además, la ayuda mutua, lazos afectivos, la comunicación solidaria y los lazos familiares como obligaciones a los cónyuges hasta el momento del fallecimiento del señor Nicolás de Jesús Saldarriaga Saldarriaga no fueron desvirtuados.

En consecuencia, en el presente asunto se debe dar aplicación a la posición adoptada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia CSJ SL 5169-2019, reiterada en la Sentencia SL 2015-2021, confirmando la Sentencia apelada y condenando en costas a los recurrentes.”

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

“Sea lo primero precisar que la solicitud que se eleva a lo largo del presente documento es que se revoque la sentencia dada por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, a mi representada el pasado 3 de febrero de 2020 en el proceso de la referencia, mediante la cual se condenó a mi representada a reconocer y pagar a la señora Berta Lucía Saldarriaga Serna una pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor Nicolás de Jesús Saldarriaga, con un retroactivo de \$ 39.626.572 que comprende la liquidación causada entre el 17 de noviembre de 2014 y el 31 de enero de 2020, precisó el despacho que el evento de que el joven Duber Saldarriaga Ochoa, le demuestre al fondo de pensiones que empezó a estudiar con el lleno de los requisitos de ley, reconocerá en su favor el derecho pensional en un porcentaje igual al 50% y hasta el que culmine sus estudios o adquiera la edad de los 25 años, también se condenó a Porvenir S.A. a reconocer y pagar a la señora Berta Lucía Saldarriaga la indexación de las mesadas pensionales ordenadas, a partir de noviembre de 2014, indexación que cause hasta la fecha en que se produzca el pago de tal obligación y finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A. Fijándose agencias en derecho en la suma equivalente a \$ 2.500.000 y en favor de la parte demandante.

Se solicita igualmente a los Honorables magistrados, confirmar las declaraciones que dan probadas las excepciones inexistencia de la obligación con respecto de la señora María Virgelina Ochoa Pereañez y la de improcedencia de intereses moratorios.

En el presente caso no puede desconocerse que la norma aplicable para cada caso en concreto es la vigente al momento de la estructuración de la contingencia esto es los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, (este último con relación al RAIS), modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y es que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Como se indicó en los alegatos de conclusión, y en el recurso de apelación en sede del A Quo dentro del debate probatorio, con las afirmaciones de los testigos la señora Ana Rosa Saldarriaga Arboleda y el señor Jorge Alirio Zapata Tapias, no quedó demostrada la convivencia efectiva de la demandante y el señor Nicolás de Jesús Saldarriaga de por lo menos 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del mismo.

En el caso concreto, en el interrogatorio de parte la señora Berta Lucía Saldarriaga Serna manifestó que siempre vivió con su cónyuge pero al cuestionamiento de cómo era un día común y corriente del señor Nicolás de Jesús Saldarriaga, no supo explicarlo, solo afirmó que salía y regresaba; manifestó que nunca se separaron y argumentó que al momento del fallecimiento de su cónyuge este no se encontraba en su casa; en este punto es importante precisar que los señores Ana Rosa Saldarriaga Arboleda y Jorge Alirio Zapata Tapias, en sus declaraciones no son coincidentes con lo dicho por la demandante, toda vez que ambos manifestaron que al momento de la enfermedad y posterior traslado al hospital del afiliado fallecido, éste se encontraba con su esposa y sus hijos, manifestó la señora Ana Rosa que el señor Nicolás cubría la alimentación del joven Duber, hijo que tuvo por fuera del matrimonio, explicó que las veces en que visitaba a la señora Berta, el señor Nicolás no siempre encontraba allí, manifestó que era muy cercana a la señora Berta, pero no sabe quién llevó al causante al hospital cuando se enfermó, porque no estaba en la casa de la señora Berta; por su parte el señor Jorge Alirio manifestó que no sabe hasta que fecha hubo convivencia por parte de la señora Berta Saldarriaga y el señor Nicolás, señaló además que no estaba al momento del fallecimiento del causante pero que tiene conocimiento de que fue la familia que lo llevó al hospital, que visitaba la casa del señor Nicolas pero con anterioridad a al años 2008, es decir previo a los últimos cinco años de anteriores al fallecimiento del señor Nicolás.

Por consiguiente, de la prueba testimonial, se logra concluir que los testigos se constituyen en un testigo de oídas a los que no les consta de manera directa y presencial las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se dieron los hechos que se expusieron a lo largo del proceso, por ende no aportan declaraciones que generen certeza para señalar que existió una convivencia de 5 años con anterioridad al fallecimiento del señor Saldarriaga.

Por lo anterior, no se logró la demostración de la convivencia en los términos anteriormente referidos pues se evidencian respuestas que se contraponen y que no permiten concluir que efectivamente la convivencia fue conforme a lo que exigen las disposiciones legales vigentes al momento del fallecimiento.

Por lo tanto, al tenor del artículo 167 del C.G.P. la demandante tenía la carga de la prueba y con la arrimada al despacho, además de la practicada en primera instancia, se logró demostrar que no cumple los presupuestos legales de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para acceder a la prestación económica deprecada.

Debe indicarse que respecto de la condena al retroactivo pensional que en el caso en que se llegue a confirmar la sentencia del juez de primera instancia, se debe tener en cuenta que la liquidación del mismo solo debe obedecer en un 50% de la mesada pensional hasta que el Joven Duber cumpla los 25 años de edad y siempre y cuando acredite debidamente su condición de estudiante, y que solo hasta dicha fecha es posible pagar una mesada pensional en favor de la señora María Virgelina Ochoa Zapata en un 100%.

En este sentido, le solicito muy respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Medellín:

- (i) Revocar la decisión tomada por el juez de primera instancia y en consecuencia absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte actora, teniendo en cuenta para ello tanto los argumentos de hecho y derecho expuestos a lo largo del presente escrito como en la sustentación del recurso de apelación en sede de primera instancia, pues como ya se manifestó, no se logró demostrar que la demandante y el afiliado fallecido hayan convivido por los menos 5 años anteriores a su deceso.

- (ii) Igualmente; revoque y absuelva a mi representada de la condena a indexar las mesadas retroactivas, dado que los Fondos de Pensiones son patrimonios autónomos compuestos por las cuentas de ahorro pensional de sus afiliados, cuyas cotizaciones son representadas en unidades que son valoradas diariamente por lo que están en permanente actualización, conforme a las reglas dinámicas de los mercados financieros.
- (iii) Y finalmente revoque la condena en costas a mi representada, toda vez que el actuar de la AFP ha estado justado a derecho, no siendo competente Porvenir S.A. para decidir de manera oficiosa lo pretendido por la parte actora.”

5. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe a establecer si con la prueba que obra en el expediente, la demandante y la interviniente logran o no acreditar el requisito de convivencia marital con el causante NICOLÁS DE JESÚS SALDARRIAGA SALDARRIAGA para ser consideradas beneficiarias de la pensión de sobrevivientes que deprecen.

Por otra parte, en caso de confirmarse la sentencia de primer grado, habrá de establecerse si los términos en que fue reconocida la pensión de sobrevivientes a la señora BERTA LUCÍA SALDARRIAGA son correctos o si deben ser modificados como lo solicita la apoderada de PORVENIR S.A. y finalmente si debe ordenarse o no la indexación de las mesadas pensionales que sean objeto de condena.

6. CONSIDERACIONES:

La Sala se ocupará del estudio de los recursos de apelación, 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”*.

Sea lo primero manifestar que como quiera que el causante de la pensión de sobrevivientes demandada falleció el 17 de noviembre de 2014, como se prueba con el registro civil de defunción obrante a folio 7 del expediente, las normas legales a aplicar para definir el derecho que tengan o no los posibles beneficiarios de la

pensión de sobrevivientes, es la vigente para la fecha del deceso del causante, es decir, los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, norma esta última, que dispone en el literal a), que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, 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, 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.

Más adelante señala la mencionada norma legal, que, si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) de dicho artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

A pesar de lo anotado en precedencia, se debe poner de presente que desde el año 2011, la Sala de Casación Laboral (en adelante SCL) de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia 40055 del 29 de noviembre de 2011, M.P. Dr. GUSTAVO JOSÉ GENEKO MENDOZA, posición que ha sido ratificada en posteriores sentencias, al interpretar el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, ha precisado que los 5 años de convivencia cuando se trate de esposos, es decir, de personas que contrajeron matrimonio, para hacerse acreedor a la pensión de sobrevivientes, no debe haber ocurrido necesariamente en los últimos cinco (5) años, sino en cualquier tiempo siempre que sea continua durante 5 años.

El anterior criterio jurisprudencial, ha sido ratificado invariablemente por la citada Corte entre otras en las sentencias SL-359 de 2021, SL-997 de 2021 y SL-2015 de 2021 y SL4321-2021 entre otras. En esta última esto anotó la Corte:

“En tal entendido, la controversia planteada se contrae a establecer si a la luz de dicho precepto legal, el cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, tiene la calidad de beneficiario y puede aspirar a la sustitución pensional, aunque no demuestre que hubiera permanecido hasta el momento del deceso del pensionado un auxilio, socorro y ayuda mutua.

Al respecto, se debe citar lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación realizada por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que señala quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

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;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente serán la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

A propósito del alcance del inciso 3º del literal b) del artículo en comento, esta Corporación ha indicado que tal disposición le dio preeminencia al concepto de «*unión conyugal*» y otorgó el derecho del (de la) cónyuge a recibir la pensión de sobrevivientes, no obstante que estuviera separado (a) de hecho del (la) causante, siempre y cuando acredite una convivencia real y efectiva durante el tiempo legal establecido de cinco (5) años, en cualquier época.”

Ahora, para el caso de la compañera o compañero permanente supérstite, en un principio, la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que debía acreditarse, que estuvieron haciendo vida marital con él o la causante hasta su muerte y haya convivido con él o la fallecida no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, sin importar que él o la causante fuera pensionado o afiliado.

De otra parte, si bien la jurisprudencia de la citada Corte, sobre el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes al cónyuge que haya convivido 5 años en cualquier tiempo, sin convivencia en los últimos 5 años anteriores al deceso del causante, no era clara sobre cuáles son los requisitos para ello, pues si bien en algunas

sentencias ha expresado que además del vínculo matrimonial vigente y la separación de hecho se requiere que haya continuado un vínculo actuante, consistente en relación de afecto, solidaridad y ayuda mutua, que denote que los lazos familiares siguieron vigentes y actuantes, en otras sentencias no ha hecho mención tales requisitos, sino a la sola existencia del vínculo matrimonial vigente, pero sin ocuparse de pronunciamiento sobre el referido vínculo actuante.

No obstante, lo anterior, la Corte en comentario en las Sentencias SL 2010 del 05 de junio de 2019 y SL 5169 del 27 de noviembre de 2019, en la que estudió como razón para decidir, el referido requisito del vínculo actuante, expresó lo siguiente en la Sentencia, SL 5169 del 27 de noviembre de 2019 antes citada:

“Pues bien, de la normativa transcrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido. (Subraya la Sala).

(...) Justamente, esa es la teología y alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se reitera, no dejar desamparado(a) al(la) cónyuge supérstite separado(a) de hecho que mantiene el vínculo marital vigente, quien en su momento aportó a la construcción del derecho pensional del causante; pero, además, su contenido encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto, esto es, no invisibiliza las diferentes circunstancias que generalmente rodean la dejación de la vida en comunidad entre esposos.

En efecto, no es ajeno al conocimiento colectivo que la decisión de separarse de hecho del cónyuge, comúnmente proviene de problemas estructurales que aquejan la relación de pareja, que, debido al impacto emocional que aquellos generan en los consortes, terminan por convertirse en causas de distanciamiento.”

En el mismo sentido antes mencionado, de no exigencia del vínculo actuante entre los cónyuges separados de hecho, se ha pronunciado la Corte en las Sentencias SL- 359 de 2021, SL- 997 de 2021, SL- 2015 de 2021 y SL2257-2022 entre otras.

Bajo esta perspectiva jurisprudencial, atendiendo que el ataque de PORVENIR S.A. contra la decisión del a quo de reconocer la pensión de sobrevivientes a la interviniente excluyente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA, la sustentó en que para esta hacerse acreedora a la pensión, debía probar haber convivido con el causante

de manera interrumpida los últimos cinco años anteriores al deceso de este, la apelación de PORVENIR S.A. no puede prosperar, sin que se haga necesario auscultar si se probó o no en el proceso la convivencia durante los cinco años en cualquier tiempo, pues este aspecto no fue cuestionado en la apelación de PORVENIR S.A.

Respecto del cuestionamiento en la apelación de PORVENIR S.A., del otorgamiento de la pensión a la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA, en relación con la falta de demostración de un compromiso de vida real con vocación de continuidad e intención de permanencia entre esta y el causante, como ya se expresó en precedencia, este requisito que en un principio lo había traído la jurisprudencia de la CSJ bajo la denominación de “*vínculo actuante*”, en las últimas sentencias sobre este asunto ya referidas, dejó claro que tal vínculo actuante no lo exige la Ley, por lo que este segundo aspecto de la apelación de PORVENIR S.A. tampoco puede prosperar.

Respecto del tercer punto de apelación de PORVENIR S.A., se pronunciará la Sala una vez haya resuelto la apelación de la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA, en cuyo recurso tampoco se encuentra oposición a que el juez haya decidido que la interviniente tiene derecho a la pensión por el hecho de la acreditación de los cinco años de convivencia marital en cualquier tiempo, pues los cuestionamientos que realiza a los testigos de la interviniente son sobre aspectos insulares que no atacan la conclusión de la prueba de la convivencia antes mencionada.

Nótese que el juez dedujo probada la convivencia marital de la interviniente con el causante durante cinco años en cualquier tiempo, y al menos hasta el año 2006, del hecho que contrajeron matrimonio el 23 de enero de 1983, en el que procrearon 5 hijos vínculo matrimonial que siempre se mantuvo vigente, por lo que los cuestionamiento que hace el apoderado de la demandante a las contradicciones de los testigos de la interviniente, no tiene la virtud de desquiciar la decisión de haberle otorgado la pensión a esta, pues la decisión no esté edificada esencialmente en los testigos de la interviniente, sino en la prueba del matrimonio y la procreación de los cinco hijos dentro del mismo, asunto que no se controvierte en la apelación de la demandante ni de PORVENIR S.A.

Conforme lo expuesto en precedencia, se confirmará la decisión de primera instancia de otorgarle la pensión de sobrevivientes a la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA, haciéndose necesario decidir eso sí, si la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA también puede tener derecho a la pensión, por vía de la consulta de la sentencia de primera instancia a su favor, pues la apelación de su apoderado, no iba encaminada a probar la convivencia de esta con el causante en los últimos cinco años anteriores a su deceso, sino a cuestionar las contradicciones de los testigos de la interviniente, lo que no necesariamente conduce a que se acredite el derecho que tenga la actora a la pensión.

Es así entonces, para probar la convivencia con su esposo, la demandante, presentó como testigo a ANA ROSA SALDARRIAGA ARBOLEDA (minuto 00:56:45 del CD #1) la que al respecto manifestó, que es vecina de la vereda el Totumo del Municipio de Girardota, que conoce a la señora Berta porque era la esposa de Nicolás Saldarriaga quien era pariente suyo. Que a la señora María Virgelina solo la conoce de vista porque la ha visto en el Municipio de Girardota y sabe que es la mamá de un muchacho Duber hijo del causante Nicolás Saldarriaga. Que sabe que Nicolás era el esposo de Berta porque los conoce de toda la vida porque también son vecinos en la misma vereda y sabe que tuvieron cinco hijos, que la casa donde vivían queda en la vereda el Totumo y era de los padres de Berta. Que Nicolás falleció el 17 de noviembre de 2014, que lo recuerda porque el domingo 16 estuvieron celebrando el cumpleaños de Oscar uno de los hijos de Nicolás, luego todos se fueron a las casas y luego ocurrió que al otro día que era lunes festivo Nicolás se enfermó, fue llevado al Hospital y a la madrugada del martes les dijeron que había fallecido. Que cuando Nicolás se enfermó estaba en la casa en Girardota Vereda el Totumo con su esposa y sus cinco hijos y que de ahí fue llevado al Hospital de Girardota. Que Nicolás y Berta siempre vivieron juntos, que ella dependía económicamente de Nicolás porque nunca ha trabajado, Nicolás trabajaba como empleado en una empresa ubicada en la autopista norte llamada Titandol. Que Nicolás no tenía convivencia con María Virgelina pero si pagaba los gastos de su hijo, y Virgelina había demandado a Nicolás por los gastos de Duber, y no sabe si Nicolás frecuentaba a María Virgelina. Que la distancia entre su casa y la de Berta es de aproximadamente 10 minutos, que la visitaba habitualmente por ahí cada ocho días y estaba invitada siempre a las reuniones familiares. Que cuando iba en ocasiones o en fechas especiales estaba Nicolás y otras veces estaba trabajando o había salido. Que no le consta que Berta y Nicolás se hayan separado,

que le consta que para el día 31 de diciembre de 2013 Nicolás estaba compartiendo en un negocio grande que hay en la vereda y estaba con Berta la esposa y con los hijos, lo que le consta porque ella también estaba ahí. Que los gastos de entierro de Nicolás lo pagaron los hijos que eran los que lo tenían afiliado a la funeraria, y quienes llevaron al Hospital a Nicolás fueron los hijos pero no recuerda quien salió primero con él y quien llegó después al Hospital porque eso fue en la noche y pues ella no estaba allá, pero que sí tiene conocimiento que todos estuvieron con él en el hospital de Girardota donde falleció. Que sabe que la convivencia de Nicolás y Berta inició hace muchos años, que los hijos ya están muy mayores pero que no recuerda la fecha del matrimonio, que recuerda que inicialmente convivieron y luego cuando ya iban a tener la segunda hija se casaron.

Al ser preguntada por el Juez cómo deduce que entre la pareja de Berta y Nicolás existía una convivencia contestó que cuando iba pues siempre los veía juntos, o a veces Nicolás estaba comiendo y Berta le llevaba la comida o le preguntaba que quería tomar, y en general veía que estaban muy pendientes el uno del otro, porque en una ocasión ella se enfermó y Nicolás la llamó para decirle que necesitaban donantes de sangre para Berta, y por eso considera que estaba muy al pendiente de la situación.

Igualmente, la interviniente hizo comparecer como testigo al señor **JORGE ALIRIO ZAPATA TAPIAS** (minuto 01:30:55 del CD #2), quien manifestó que vive en la vereda El Totumo del Municipio de Girardota, que conoce a la interviniente Berta Lucía Saldarriaga porque han sido vecinos toda la vida en la vereda El Totumo, y actualmente él (el testigo) convive con una hija de Berta. Que no distingue a María Virgelina, que también conoció a Nicolás de toda la vida porque eran vecinos en la Vereda El Totumo, que Nicolás vivía en dicha vereda con doña Berta Saldarriaga y los hijos, no sabe en qué tiempo se casaron pero sabe que convivieron juntos, que tampoco sabe hasta qué época convivieron. Que sabe que Berta y Nicolás tenían convivencia por su cercanía en la vereda y porque fue en esa casa donde conoció a su su esposa desde pequeña y antes de frecuentarla, también frecuentó a la hija mayor de Berta, que con su actual esposa lleva cinco años y medio. Que no se dio cuenta que Berta y Nicolás se hubieran separado, y Nicolás trabajaba en la empresa Titandol, que salía de la casa como a las 4 de la mañana, que lo sabe porque también trabajó en esa empresa un tiempo y se iban caminando, y se demoraban 55 minutos hasta la autopista donde queda la empresa, que eso fue

hace unos 25 años y que fue el mismo Nicolás el que lo ayudó a colocar en Titandol. Que Nicolás después continuó trabajando en Titandol, y se enteró que Nicolás murió el 17 de noviembre de 2014, y el día que se enfermó estaba en la casa con doña Berta y los hijos, que fue llevado al Hospital por los hijos. Que sabe que Nicolás tuvo cinco hijos con doña Berta y uno por la calle, que nunca se enteró que Nicolás viviera en una parte diferente a su casa en la Vereda el Totumo, que aunque viajaba hacia el trabajo con Nicolás este nunca le comentó nada sobre otra relación. Que cuando frecuentaba a la hija mayor de Berta y Nicolás iba unas 2 o 3 veces por semanas a esa casa pero que dichas visitas fueron antes del año 2008. Que sabe que Nicolás era quien cubría los gastos del hogar porque doña Berta no trabajaba, y la última Navidad Nicolás estuvo con la familia, es decir con Berta y los hijos, que lo sabe porque a algunas de esas fiestas también le tocaron a él. Finalmente indicó que no recuerda si el domingo anterior a la muerte de Nicolás hubo una celebración de cumpleaños en esa casa.

En el proceso, también rindió testimonio la señora **ANA MARÍA OCHOA JARAMILLO** (minuto 00:41:34) testigo convocada por la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA, quien afirmó ser vecina de la Vereda Loma de los Ochoa en el Municipio de Girardota. Que es prima de la señora María Virgelina Ochoa, y ha visto a la señora Berta Saldarriaga en Girardota pero no la conoce. Que conoció al señor Nicolás Saldarriaga porque fueron vecinos, y este vivía con Virgelina, y que vivieron alrededor de 8 años, y sabe de la convivencia porque lo veía en la casa de ella frecuentemente y porque ella tiene una natillera familiar y Nicolás era socio de esa natillera. Que igualmente su esposo viajaba para el trabajo con Nicolás porque trabajan en la misma empresa, señaló que igualmente se veía con Nicolás en reuniones familiares o en los eventos o fiestas que hacían en la vereda, indica que los últimos años de vida de Nicolás los pasó con virgelina y que de la casa de ella fue que lo sacaron muerto, que sabe que murió allí porque la mamá de virgelina era tía suya y Nicolás recibió la noticia de que la tía se había muerto y a los 15 minutos murió él y en ese momento que lo sacaron de la casa ya todos los vecinos se dieron cuenta fueron a colaborar con la causa, expone que visitaba la casa de Virgelina por ahí cada quince días y cuando iba a visitarla veía allá a Nicolás, y vio que la ropa y las cosas de Nicolás estaban en esa casa, además que Nicolás trabajaba con su esposo y por ende lo veía salir con él todas las mañanas a trabajar, indica que los gastos de la casa de Virgelina los cubría Nicolás.

Aduce que no recuerda exactamente en qué fecha iniciaron la convivencia Virgelina y Nicolás, pero se basa por la fecha en que nació su hija en marzo de 2007. Que sabía que Nicolás era casado y tenía hijos porque ella (la testigo) estudiaba con una hija de Nicolás, pero que no sabe cuántos hijos tenía, que no sabía cómo se llamaba la esposa de Nicolás, pero sabía que vivía en el Totumo por la hija que estudiaba con ella. Que no sabe si Nicolás visitaba a los hijos o cada cuanto los visitaba, que sabe que Nicolás trabajaba en Titandol, que los turnos en esa empresa eran de 6 a.m. a 6 p.m. y de 6 p.m. a 6 a.m., que su esposo y Nicolás no siempre estaban en el mismo turno porque a veces los rotaban, que Nicolás se trasportaba a pie para la empresa, indica que para las festividades de diciembre de 2013 Nicolás las pasó con virgelina y que lo sabe porque ella también estaba compartiendo con ellos.

Finalmente, rindió testimonio la señora **NINI JOHANA LONDOÑO** (minuto 01:15:16) testigo convocada por la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA, quien afirmó que es vecina de la vereda Loma de los Ochoa ubicada en el Municipio de Girardota, que ha vivido allí toda su vida, que conoce a la demandante María Virgelina porque son vecinas, que no tiene ninguna relación con Berta LUCÍA Saldarriaga. Que también conoció al señor Nicolás Saldarriaga porque eran vecinos, que sabe que Nicolás y la señora Berta eran esposos porque se lo contaron, pero que sabe que en los últimos años no convivieron juntos porque Nicolás vivía cerca de su casa y convivía con Virgelina Ochoa, que lo sabe porque eran vecinos, y lo veía diariamente en el sector, también lo veía llegar del trabajo y entrar a la casa, y sabe que no se iba después para otra parte en la noche porque Nicolás viajaba con su esposo muchas veces en la mañana, que aunque no era diario si coincidían algunas veces para bajar la loma juntos. Que ella también entraba a la casa de Nicolás y Virgelina y muchas veces veía a Virgelina organizándole la comida antes que él llegara, otras veces Virgelina le decía que se tenía que ir porque tenía que organizarle los uniformes a Nicolás. Que sabe que Nicolás no vivía con la esposa legítima, pero que no recuerda la fecha exacta en la que empezó a vivir con Virgelina, solo recuerda que su hijo mayor nació en el 2006 y Nicolás fue el que la ayudó a llegar a su casa, pues para ese tiempo ya vivía en la vereda junto a ella. Que no sabe dónde vive la señora Berta, que se dio cuenta del momento de la muerte de Nicolás, que recuerda que para ese momento la mamá de Virgelina estaba hospitalizada y cuando recibieron la noticia que había fallecido fue que Nicolás sufrió un infarto según el dictamen médico, que se enteró de ese dictamen

porque virgelina se lo contó. Que sabe que en el momento en que Nicolás se enfermó estaba en la casa de Virgelina y que lo trasladaron hacia el Hospital, pero afirma que no sabe a ciencia cierta si murió en la casa o en el hospital, y sabe que estaba allí donde Virgelina porque al momento en que se enfermó se formó el revuelo para conseguir el transporte para bajarlo al hospital porque en donde viven no llega el carro hasta la propia vivienda, que a Nicolás lo llevaron al hospital Virgelina y un hijo de ella.

Manifestó que no sabe si Nicolás ayudaba en la casa de Virgelina, que ella solo veía que salían a merchar y veían que entraban después con el mercado pero tampoco le consta que Nicolás fuera el que lo pagara. Que sabe que María Virgelina era la persona que se encargaba del arreglo de la ropa de Nicolás, de la comida y de los quehaceres de la casa. Que no tiene conocimiento que Nicolás y Virgelina se hayan separado entre 2008 y 2014, que ella visitaba de vez en cuando la casa de Virgelina pero que tampoco se mantenía mucho allá, que en ocasiones ella estaba en la casa de Virgelina y Nicolás llegaba de trabajar, que su casa está a una distancia de aproximadamente seis casas de la de Virgelina. Que no sabe ni le consta si Nicolás visitaba a la señora Berta, o si visitaba a sus hijos, o si le ayudaba económicamente, y tiene entendido que María Virgelina no estaba afiliada a salud como beneficiaria del señor Nicolás porque él tenía afiliada era a la esposa, y que no recuerda en diciembre de 2013 con quien compartió Nicolás las fechas especiales.

Además de los anteriores testimonios, rindieron interrogatorio de parte tanto la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA como la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA, quienes realizaron algunas confesiones que encuentra la Sala relevantes.

La demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA, cuya declaración se encuentra grabada a partir del minuto 00:11:43, manifestó que el 7 de marzo de 1999 procreó con el causante a DUBER SALDARRIAGA, y cuando el niño nació a ella le tocó demandarlo para que le respondiera por él, y que sabía que el señor Nicolás era casado y que tenía 5 hijos con la esposa. Que en el año 2006 él (el causante) la llamó y le dijo que había encontrado la ropa empacada y que si se podía ir para su casa. Que nunca estuvo afiliada como beneficiaria del señor Nicolás a la seguridad social porque él le dijo que ella era muy aliviada y que en cambio la esposa se mantenía muy enferma y por eso la tenía afiliada, que cuando Nicolás se fue a vivir

con ella, él vivía en Girardota en la Vereda el Totumo y que en el año 2008 Nicolás se regresó para la casa de la esposa aproximadamente un mes y medio.

Por su parte la interviniente **BERTA SALDARRIAGA** (minuto 00:24:47) manifestó en el interrogatorio de parte, que conocía a Virgelina, que supo que él se veía con Virgelina, que se dio cuenta de la muerte de Nicolás porque ese día Nicolás estaba en la casa de Virgelina, que él la llamó y le dijo que ya iba para la casa, pero estaba donde Virgelina.

Valorados los anteriores testimonios e interrogatorios de parte, como bien lo adujo el juez, hay un grupo de los testigos que está faltando a la verdad, pues ambos atestiguan sobre la convención singular del causante tanto con la demandante como la interviniente, de manera continua en los últimos cinco años anteriores al óbito del causante, descartando siquiera una convivencia simultánea.

No obstante, a juicio de la Sala, los testigos de la interviniente no merecen credibilidad sobre la convivencia de esta y el causante en los últimos cinco años anteriores a su deceso, pues se hallan contradicciones y falsedad sobre que cuando se produjo la muerte del causante se encontraba en casa de la interviniente, pues esta confesó en el interrogatorio de parte que se encontraba era en casa de la demandante.

Igualmente, la testigo **ANA ROSA SALDARRIAGA ARBOLEDA**, si bien es enfática en manifestar que el causante, solo convivían maritalmente con la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA, contradictoriamente aduce que no sabe si Nicolás frecuentaba a María Virgelina.

Por su parte el testigo **JORGE ALIRIO ZAPATA TAPIAS** si bien manifestó, que conoce a la interviniente Berta Lucía Saldarriaga porque han sido vecinos toda la vida en la vereda El Totumo, y que convive con una hija de Berta y que nunca se enteró que Nicolás viviera en una parte diferente a su casa en la Vereda el Totumo, también afirmó contradictoriamente que no sabe hasta que época convivieron Berta y Nicolás.

Contrario a lo que ocurre con los testigos de la interviniente, a los de la demandante, no se les encuentra contradicciones o ánimo de parcialidad o de favorecer a la actora, pues nótese como la testigo NINI JOHANA LONDOÑO

(minuto 01:15:16) no niega o esconde que el señor Nicolás Saldarriaga fueran esposos, afirmando solo que en los últimos años no convivieron juntos porque Nicolás vivía cerca de su casa y convivía con Virgelina Ochoa, y tampoco niega Nicolás haya convivido inicialmente con su esposa Berta, manifestando solo no recordar la fecha en que empezó la convivencia con Virgelina, pero afirmando que para el 2006 ya convivían porque su hijo mayor nació en el 2006 y Nicolás fue el que la ayudó a llegar a su casa, pues para ese tiempo ya vivía en la vereda junto a Virgelina.

Por su parte la testigo ANA MARÍA OCHOA JARAMILLO convocada por la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA, afirmó ser vecina de la Vereda Loma de los Ochoa en el Municipio de Girardota. Que es prima de la señora María Virgelina Ochoa, y ha visto a la señora Berta Saldarriaga en Girardota. Que conoció al señor Nicolás Saldarriaga porque fueron vecinos, y este vivía con Virgelina, y que vivieron alrededor de 8 años, y sabe de la convivencia porque lo veía en la casa de ella frecuentemente y porque ella tiene una natillera familiar y Nicolás era socio de esa natillera. Que igualmente su esposo viajaba para el trabajo con Nicolás porque trabajan en la misma empresa, señaló que igualmente se veía con Nicolás en reuniones familiares o en los eventos o fiestas que hacían en la vereda, indica que los últimos años de vida de Nicolás los pasó con Virgelina y que de la casa de ella fue que lo sacaron muerto, que sabe que murió allí porque la mamá de Virgelina era tía suya y Nicolás recibió la noticia de que la tía se había muerto y a los 15 minutos murió él y en ese momento que lo sacaron de la casa ya todos los vecinos se dieron cuenta

Aduce que no recuerda exactamente en qué fecha iniciaron la convivencia Virgelina y Nicolás, pero se basa por la fecha en que nació su hija que nació en marzo de 2007. Que sabía que Nicolás era casado y tenía hijos porque ella (la testigo) estudiaba con una hija de Nicolás, pero que no sabe cuántos hijos tenía, que no sabía cómo se llamaba la esposa de Nicolás, pero sabía que vivía en el Totumo por la hija que estudiaba con ella. Que no sabe si Nicolás visitaba a los hijos o cada cuanto los visitaba, que sabe que Nicolás trabajaba en Titandol, que los turnos en esa empresa eran de 6 a.m. a 6 p.m. y de 6 p.m. a 6 a.m., que su esposo y Nicolás no siempre estaban en el mismo turno porque a veces los rotaban, que Nicolás se transportaba a pie para la empresa. Que para las festividades de diciembre de 2013 Nicolás las pasó con Virgelina y que lo sabe porque ella también estaba compartiendo con ellos, testimonio al que no se le aprecia contradicciones o ánimo

de favorecer a la actora para perjudicar a la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA.

Ahora, aunque esta testigo afirma que no tiene conocimiento que Nicolás y Virgelina se hayan separado entre 2008 y 2014, y MARÍA VIRGELINA OCHOA, manifestó en el interrogatorio de parte que en el año 2008 Nicolás se regresó para la casa de la esposa aproximadamente un mes y medio., tal separación al no haber sido sino de algo más de un mes, no es exigible que la testigo la tuviera que conocerla por su corta duración.

Por las razones antes expuesta a juicio de la Sala con los testigos presentados por la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA, se prueba que esta convivió maritalmente con el causante al menos desde el año 2006, y si bien hubo una transitoria separación da algo más de un mes en el año 2008 como lo confesó en su interrogatorio de parte, por su corta duración no puede catalogarse como una dejación definitiva de la convivencia, y en todo caso con posterioridad a esta separación, volvieron a convivir por más de los cinco años que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 por lo que a la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA, le asiste derecho al menos a un porcentaje de la pensión de sobrevivientes en proporción a el tiempo de convivido con el causante.

De esta manera, como el juez decidido que la convivencia marital de la interviniente con el causante fue desde el matrimonio el 23 de enero de 1983 y al menos hasta el año 2006, aspecto sobre el que no hubo oposición de la demandante, al tenerse como acreditado que desde este mismo año 2006 el causante convivió maritalmente con la actora, sin que se conozca fechas exacta de la dejación de la convivencia con la esposa, y el inicio con la demandante en el año 2006, se tomara como convivencia del causante con la interviniente desde el matrimonio (el 23 de enero de 1983) hasta el 31 de diciembre de 2005, y de la actora desde el 1 de enero de 2007 hasta el fallecimiento del causante el 17 de noviembre de 2014.

Conforme lo anterior la convivencia del causante con la actora MARÍA VIRGELINA OCHOA perduró por 7 años, 10 meses y 17 días equivalente a 405.28 semanas y con la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA, por 21 años y 7 días equivalente a 1.081 semanas, y debido a ello, le corresponde a la demandante un

porcentaje del 27,27% de la pensión, y a la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA un 72,73%.

De otra parte, se dispondrá, que la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA PEREAÑEZ debe aportar del retroactivo pensional que se le pague, el porcentaje correspondiente de aporte legal 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), con destino a la EPS a la que se encuentre afiliada o a la que se afilie si no estuviere afiliada al momento del pago.

Ahora al contestar la demanda, la apoderada de la entidad accionada propuso la excepción de prescripción (fls. 120). No obstante, dicho fenómeno jurídico no tiene operancia en el presente asunto dado que el derecho a la pensión a la actora le nació el 17 de noviembre de 2014 cuando falleció el causante, y la demanda fue presentada el 21 de octubre de 2015, (fol. 6) por lo que, no alcanzaron a transcurrir los 3 años de prescripción consagrados en los artículos 488 del CST. y 151 del C.P.T.S.S. aplicables al caso, y por ello la excepción no puede prosperar.

Se pasa a resolver los dos últimos aspectos de la apelación de PORVENIR S.A. relacionado con el porcentaje de la pensión a pagar a la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA, y el concerniente a la indexación.

La apoderada de PORVENIR S.A. Solicita en el recurso que en caso de confirmarse la decisión, se condene al pago retroactivo de la pensión pero únicamente en un 50%, en atención a que el joven DUBER SALDARRIAGA OCHOA eventualmente tendría derecho al otro 50% hasta los 25 años y por ello el porcentaje que está en discusión en este proceso únicamente es de un 50% y que este únicamente podría acrecentarse una vez el joven DUBER SALDARRIAGA cumpla los 25 años, argumento en el que no le asiste razón a PORVENIR S.A., si se tiene en cuenta que el juez, solo condenó a pagar la pensión a favor de la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA, en un 50%, desde que le nació el derecho el 17 de noviembre de 2014, hasta el 7 de abril de 2017, y aunque a partir del 8 de abril de 2017 ordenó pagar la pensión en el 100%, claramente el juez indicó en la parte resolutive, que si el joven DUBER SALDARRIAGA OCHOA, le demuestra a PORVENIR S.A., que empieza a estudiar con los requisitos de Ley, le reconozca el porcentaje de la pensión del 50% hasta que culmine los estudios o cumpla los 25 años, que es lo

que legalmente corresponde, sin que durante el tiempo que el joven DUBER SALDARRIAGA OCHOA no ha esté estudiando después de cumplir los 18 años, tenga que pagarse al grupo de la esposa y/o compañera solo en un 50%, pues al no tener derecho el citado joven al 50%, ese porcentaje acrece al grupo de la demandante e interviniente.

A propósito, respecto de la condena a pagar la pensión a la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA PEREAÑEZ, en el porcentaje ya indicado, dispone el Tribunal, que si el joven DUBER SALDARRIAGA OCHOA, acredita ante PORVENIR S.A., haber empezado a adelantar estudios en la forma que establece el literal c) del Art. 13 de la Ley 797 de 2003, se le pagara el 50% de la pensión y hasta que culmine los estudios o cumpla los 25 años de edad.

En cuanto a los intereses moratorios pretendidos por la demandante, no hay lugar a su imposición, pues la entidad de seguridad social se encontraba en la obligación legal de suspender el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes por existir controversia entre posibles beneficiarios, debiendo la justicia ordinaria laboral definirla y no el fondo de pensiones, conforme lo establece el Art. 6 de la Ley 1204 de 2008.

En ese sentido, la Corte Suprema de justicia, ha enseñado en sentencia del 14 agosto de 2007 rad. 28910, lo siguiente:

[...] si en caso de controversia entre beneficiarios el empleador no puede dirimir esa diferencia y por lo tanto está habilitado para abstenerse de efectuar algún pago mientras no exista una decisión judicial o un acuerdo entre las partes, es claro que si esa controversia ha sido llevada al conocimiento de la justicia para que la dirima, no puede considerarse que ese empleador ha incurrido en mora en el reconocimiento y pago del derecho debatido, pues no existe certeza jurídica acerca del verdadero titular, certeza que sólo puede otorgar con carácter vinculante el Juez.

En este mismo sentido en sentencia, CSJ SL18638-2016, se explicó:

[...] las mesadas a favor de la accionante serán objeto de indexación, en atención a que en este asunto no son procedentes los intereses de mora consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto, el Instituto de Seguros Sociales, al percatarse de la existencia de dos posibles beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, esto es la demandante, en su condición de compañera permanente y la señora Piedad Elena Londoño Madrid como cónyuge supérstite, no accedió al pago de esa prestación a

ninguna de las reclamantes, posición que encuentra sustento en el artículo 34 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Así las cosas, al existir controversia entre la demandante y la interviniente como posibles beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, no es posible considerar que PORVENIR S.A. incurrió en mora en el pago de mesadas pensionales, por lo que se negará la pretensión del reconocimiento de los intereses moratorios.

Respecto de 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 de causación de cada mesada en que debió hacerse el pago.

En cuanto a la solicitud de la apelación de PORVENIR S.A. que se revoque la condena por concepto de indexación, señalando que los fondos de pensiones son patrimonios autónomos conformados por las cuentas de ahorro individual de los afiliados y sus saldos, que por mandato legal deben conservar el valor presente o actualizado de la moneda, razón por la cual se expresan en unidades que representan tanto el capital como los rendimientos y varían de conformidad con el comportamiento del mercado y por tanto no son susceptibles de indexación, no le asiste razón a PORVENIR S.A., pues la orden en la sentencia no es de indexar los dineros existentes en el fondo de la cuenta de ahorro pensional que financia la pensión, sino de indexar las mesadas pensionales, lo que es procedente por razones de justicia y equidad, si se tiene en cuenta que la indexación obedece a la necesidad de acoplar un fenómeno económico como lo es la depreciación constante

del dinero, que se genera por el simple paso del tiempo, constituyendo la indexación antes que un tratamiento sancionatorio, un mecanismo resarcitorio o restaurativo del valor de la moneda, en tanto, no se está pagando más de lo debido, sino la misma suma causada tiempo atrás y traída al valor presente.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia de primera instancia, será confirmada, modificada y revocada en los términos ya explicados.

Costas en esta instancia a favor de la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA SERNA y a cargo de PORVENIR S.A. por haber por haber resultado vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000.

Costas en primera instancia a favor de la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA PEREAÑEZ y a cargo de PORVENIR S.A. por haber por haber resultado vencida en el proceso, las que serán fijadas por el *a quo*. Sin costas en esta instancia por haberse conocido el proceso en el grado de consulta.

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: CONFIRMAR, la sentencia del 18 de mayo de 2018, proferida por el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **MARÍA VIRGELINA OCHOA PEREAÑEZ** contra **PORVENIR S.A.**, al cual se vinculó en calidad de interviniente excluyente a la señora **BERTA LUCÍA SALDARRIAGA SERNA**, y como litisconsorte necesario al joven **DUBER SALDARRIAGA OCHOA**, en cuanto le otorgó el derecho a la pensión de sobrevivientes a la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA SERNA, pero se modifica en el sentido que solo le asiste derecho a un porcentaje del 72,73% de dicha prestación, por lo que del porcentaje del 50% que se condenó a pagar entre el 17 de noviembre de 2014, y el 7 de abril de 2017, se le reduce al

36,3%. A partir del 8 de abril de 2017, se le pagará el 72,73%, sin perjuicio de lo dispuesto por el *a quo*, en relación con el joven DUBER SALDARRIAGA OCHOA sobre el pago del 50% de la pensión si acredita estudios.

SEGUNDO: REVOCAR, la sentencia de primera instancia, en cuanto le negó el derecho a la pensión de sobrevivientes a la demandante **MARÍA VIRGELINA OCHOA PEREAÑEZ**, para en su lugar CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar dicha prestación a esta demandante, en un porcentaje del 13.6% del salario mínimo legal mensual vigente, desde el 17 de noviembre de 2014 hasta el 7 de marzo de 2017.

A partir del 8 de marzo de 2017, le corresponde a la actora, un porcentaje del 27,27%, sin embargo, si a partir de esta fecha el el joven DUBER SALDARRIAGA OCHOA, acredita ante PORVENIR S.A., haber estado adelantando estudios en la forma que establece el literal c) del Art. 13 de la Ley 797 de 2003, se le pagará el 50% de la pensión hasta que culmine los estudios o cumpla los 25 años de edad.

El porcentaje de la pensión que se le pague a la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA PEREAÑEZ, deberá ser indexado en la forma explicada en la parte motiva de este fallo de segunda instancia.

TERCERO: ORDENAR que de cada una de las mesadas pensionales retroactivas que le sean canceladas a la demandante, se descuente el porcentaje legal para el sistema de salud, con destino a la EPS a la que se encuentre afiliada o a la que se afilie si no estuviere afiliada al momento del pago.

CUARTO: Costas en esta instancia a favor de la interviniente BERTA LUCÍA SALDARRIAGA SERNA y a cargo de PORVENIR S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.000.000.

Costas en primera instancia a favor de la demandante MARÍA VIRGELINA OCHOA PEREAÑEZ y a cargo de PORVENIR S.A., las que serán fijadas por el *a quo*. Sin costas en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes por **EDICTO**.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, por quienes en ella han intervenido, 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: **071e1c37c46ac1833c9ba94205ce8e08bc261ecbe2ae0eba38f667d85671275a**

Documento generado en 11/08/2022 11:47:23 AM

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