

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS y ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
RADICADO	05001-31-05-014-2016-00006-01 acumulado con 05001-31-05-31-05-021-2017-00588-01.
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Sustitución pensional, convivencia mínima con el pensionado fallecido.
DECISIÓN	Revoca parcialmente

Medellín, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Estudiado, discutido, y aprobado en Sala virtual.

En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, en concordancia con los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y surtido el traslado a las partes en los términos reglados, procede la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro de los procesos ordinarios laborales, promovidos por las señoras **MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS y ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

La Magistrada Sustanciadora, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**, declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 023**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ANTECEDENTES

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación formulados por los apoderados judiciales de ambas demandantes, contra la sentencia absolutoria que profirió el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín - Antioquia, en la audiencia pública celebrada el día 25 de julio de 2019, dentro del proceso referenciado.

II. – HECHOS DE AMBAS DEMANDAS

MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS: Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS contrajo matrimonio católico con el señor DARÍO DE JESÚS ROJAS CARDONA el día 01 de enero de 1963, y de dicha unión se procrearon 6 hijos, ambos cónyuges convivieron en forma permanente e ininterrumpida hasta el año 1985, fecha en que decidieron separarse de hecho, pero sin disolver su vínculo matrimonial ni liquidar la sociedad conyugal.

Aduce también la activa que, en el año 1998 los referidos cónyuges decidieron reanudar su convivencia, y aunque se dio en forma interrumpida, perduró hasta el día de fallecimiento del señor ROJAS CARDONA, hecho ocurrido el día 17 de noviembre de 2003.

Que con ocasión al fallecimiento del señor ROJAS CARDONA, quien detentaba la calidad de pensionado en el riesgo de vejez por parte del ISS hoy COLPENSIONES, la actora elevó solicitud pensional, al igual que la señora ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA, quien adujo ser la compañera permanente del pensionado fallecido; no obstante, la entidad accionada decidió negar el derecho pensional, a través de la resolución N° 4382 de 2005,

aduciendo la no acreditación del requisito de convivencia mínima frente a ambas reclamantes.

ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA: Esta parte aduce haber sostenido una vida marital con el señor DARÍO DE JESÚS ROJAS CARDONA, y haber procreado al interior de la misma, dos hijos en común TATIANA ALEJANDRA y NILTHON FELIPE ROJAS SÁNCHEZ, núcleo familiar por quien el causante recibía un incremento en su pensión, y que a los hijos menores les fue reconocido el derecho pensional luego del fallecimiento del señor ROJAS CARDONA, hecho ocurrido el día 17 de noviembre de 2003.

Señala el libelo genitor, que la unión marital de hecho entre los compañeros permanentes, inició en el año 1985, cuando el causante se separó definitivamente de su cónyuge y aún no había adquirido su estatus de pensionado, que la convivencia se dio en forma permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa, siendo el causante la persona que sostenía económicamente el hogar compuesto de su compañera e hijos.

Que el señor ROJAS CARDONA, padecía una enfermedad terminal (cáncer de estómago), misma que le ocultó a su compañera e hijos durante mucho tiempo, y poco antes de morir decidido revelarles este secreto, e irse a vivir a la casa de sus hermanos, para que estos se encargaran de sus cuidados, y aunque la señora ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA intentó visitarlo en varias oportunidades, uno de los hijos matrimoniales del causante le impedía el ingreso a ese inmueble.

Y finalmente se indica en la demanda que. con ocasión al fallecimiento del señor ROJAS CARDONA, tanto cónyuge como compañera permanente elevaron solicitud pensional; pero esta les fue negada mediante resolución N° 4382 de 2005, acto administrativo donde se le reconoció el derecho pensional a los dos hijos menores del causante.

III. – PRETENSIONES

Ambas demandantes MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS (cónyuge) y ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA (compañera permanente)

reclaman para sí el 100% de la sustitución pensional causada con el fallecimiento del pensionado DARÍO DE JESÚS ROJAS CARDONA, en consecuencia, SE CONDENE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de esta prestación económica en forma retroactiva, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas, y las costas del proceso.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

La entidad accionada, a través de sus apoderados judiciales dio respuesta a ambas demandas, según consta a folios 25 al 30 del cuaderno N° 1 y 56 al 59 del cuaderno N°2, manifestando frente a los supuestos fácticos allí narrados, que son ciertos los hechos relativos al vínculo matrimonial del causante con la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS, la existencia de hijos en común entre el causante y la señora ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA, así como el fallecimiento del señor DARÍO DE JESÚS ROJAS CARDONA, la solicitud pensional presentada, y la respuesta dada por la entidad en la resolución N° 4382 de 2005, sin que le consten, los restantes supuestos fácticos, todo lo cual deberá ser objeto de debate probatorio en la litis; se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en ambas demandas, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *“imposibilidad de conceder en sede administrativa; inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios; improcedencia de la indexación de las condenas e intereses moratorios de manera simultánea; prescripción; excepción innominada; imposibilidad de condena en costas; compensación y pago; buena fe de colpensiones; inexistencia de retroactivo, e improcedencia de la indexación”*.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En el fallo objeto de apelación, el juez A Quo en audiencia pública de juzgamiento, celebrada el 25 de julio de 2019, decidió no acoger las pretensiones formuladas por las señoras MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS y ÁNGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA, absolviendo a

COLPENSIONES de todas las pretensiones y cargos formulados por ambas demandantes, a quienes les fueron impuestas las costas del proceso en la primera instancia, fijándoles como agencias en derecho a cada una, la suma de \$200.000.

Como fundamento de su decisión, estimó el juez de primer grado que a ninguna de las reclamantes le asiste el derecho a la sustitución pensional deprecada, al no haber logrado acreditar el requisito de convivencia mínima con el causante en los 5 años anteriores a su fallecimiento, conforme lo reglado en la Ley 797 de 2003, dejando en claro, que si bien a la cónyuge separada de hecho pero con vínculo matrimonial vigente se le permite demostrar esa convivencia mínima de 5 años en cualquier tiempo, la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS no probó en el sub lite, la existencia de un vínculo actuante con el causante para el mes de noviembre de 2003.

VI. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Apelación de MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS (cónyuge): su apoderada judicial señala que es equivocada la conclusión del a quo, pues en su sentir sí se demostró un vínculo actuante entre los cónyuges para la fecha en que el causante falleció, pues de lo dicho por la demandante en el interrogatorio de parte y relatado por los testigos, el causante entre los años 2001 y 2003, visitaba con frecuencia la casa de su esposa y se quedaba con ella algunos días, además no puede perderse de vista que la señora GUTIÉRREZ DE ROJAS cuidó al causante durante su enfermedad, y que si bien el causante falleció en la casa de sus hermanos, ubicada en el municipio de Caldas, esto obedeció a la facilidad de suministrarle el oxígeno en dicho lugar, pues en la vereda “Popalito” del municipio de Barbosa, donde convivía con la cónyuge, era más complicado.

También expone esta recurrente, que a la compañera permanente no le asiste derecho a la pensión que reclama, por cuanto esta confesó abiertamente durante el interrogatorio de parte, que la convivencia con el causante había cesado en el año 1999, no reuniendo así las exigencias de la Ley 797 de 2003.

Apelación de ÁNGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA (compañera permanente): su apoderado judicial, refiere no estar de acuerdo con la sentencia de primer grado, por cuanto la compañera permanente sí logró demostrar la existencia de una vida marital con el causante hasta la fecha de su fallecimiento, y que si bien este infortunio acaeció cuando el señor ROJAS CARDONA se encontraba viviendo en la casa de sus hermanos, su estadía en dicho lugar, se dio por problemas de salud, derivados de la enfermedad terminal que padecía, circunstancia que les impidió seguir conviviendo bajo un mismo techo, aunado al hecho que algunos familiares del causante le impedían a la señora SÁNCHEZ GARCÍA visitar al causante en dicho inmueble.

Finalmente resalta la alzada, que para la fecha en que falleció el causante se encontraba percibiendo un incremento pensional por tener a cargo a su compañera permanente e hijos.

Alegatos de conclusión.

La apoderada judicial de la señora MARIA OFELIA GUTIERREZ DE ROJAS, presentó sus alegaciones ante esta instancia, exponiendo básicamente que a su poderdante le asiste el derecho reclamado, pues tratándose de una cónyuge separada de hecho pero con vínculo matrimonial vigente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que a esta beneficiaria solamente le es exigible la existencia de un vínculo matrimonial vigente, la convivencia por cinco (5) años se puede acreditar en cualquier tiempo, sin otro requisito adicional (SL5169-2019 del 27 de noviembre de 2019).

Señalando igualmente que esa posibilidad de acreditar una convivencia mínima de 5 años en cualquier tiempo, no se puede predicar frente a la compañera permanente, pues a esta beneficiaria si le corresponde la demostración de este requisito legal, en los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado.

A su turno, la apoderada judicial de COLPENSIONES, Dra. MARÍA CAMILA MESA MONTOYA portadora de la T.P. 217.094 del C.S. de la J.,

allegó su escrito de alegaciones, solicitando se confirme la absolución impartida en la primera instancia, toda vez que ninguna de las aquí demandantes, se encontraba conviviendo con el causante para el 17 de noviembre de 2003, fecha de su fallecimiento, tal como lo exige el art. 13 de la Ley 797 de 2003. A la referida a apoderada judicial, se le reconoce personería para actuar en los términos del memorial de sustitución poder allegado al plenario.

VI. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. -Sustitución pensional, convivencia mínima. Teniendo en cuenta los recursos de apelación presentados por los apoderados judiciales de ambas demandantes, la controversia jurídica que debe resolver la Sala, consiste en determinar, si las señoras MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS y ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA acreditan o no los requisitos legales para ser consideradas beneficiarias de la sustitución pensional que reclaman, en sus calidades de cónyuge y compañera permanente supérstite del pensionado fallecido DARÍO DE JESÚS ROJAS CARDONA, y en caso afirmativo, se resolverán las demás pretensiones consecuenciales, relativas al retroactivo pensional, intereses moratorios, e indexación de las condenas.

Procede la Sala a resolver lo pertinente dentro de su competencia, advirtiendo que para el análisis del caso y en los términos del artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual precisa que las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato, la disposición llamada a regir el presente asunto es la contenida en el art. 11 de la Ley 776 de 2002, que a su vez hace una remisión al art. de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Valga la pena advertir que en el presente asunto no resultan objeto de controversia los hechos relativos a:

- i) El fallecimiento del señor DARÍO DE JESÚS ROJAS CARDONA, insuceso acaecido el 17 de noviembre de 2003 (fls. 14 cuaderno N° 1).*
- ii) El vínculo matrimonial entre los señores DARÍO DE JESÚS ROJAS CARDONA y MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS, hecho ocurrido el día 01 de enero de 1963, según consta en el registro civil de matrimonios visible a folios 13 del cuaderno N° 1, el cual no contiene nota marginal de disolución y/o liquidación de sociedad conyugal.*
- iii) La existencia de dos (2) hijos en común entre los señores DARÍO DE JESÚS ROJAS CARDONA y ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA, según consta en los registros civiles de nacimiento de los señores NILTHON FELIPE y TATIANA ALEJANDRA ROJAS SÁNCHEZ, visibles a folios 32 y 33 del cuaderno N° 2.*
- iv) También está probado, que con ocasión al fallecimiento del pensionado DARÍO DE JESÚS ROJAS CARDONA, se presentaron a reclamar sustitución pensional las señoras MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS (cónyuge) y ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA (compañera permanente), los días 15 y 16 de enero de 2004 respectivamente, y que esta última solicitante lo hizo en nombre propio y en representación de sus hijos menores NILTHON FELIPE y TATIANA ALEJANDRA ROJAS SÁNCHEZ, solicitud que fue resuelta a través de la resolución N° 4382 del 10 de marzo de 2005, mediante la cual el entonces ISS, decidió negar la prestación económica a las señoras MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS y ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA, pues según la entidad, ninguna se encontraba conviviendo con el causante para la fecha de su fallecimiento en los términos del art. 13 de la Ley 797 de 2003, y por ello la prestación económica fue reconocida únicamente a favor de los menores NILTHON FELIPE y TATIANA ALEJANDRA ROJAS SÁNCHEZ, en cuantía mensual de \$561.100 repartido en partes iguales.*

Ahora bien, no existiendo discusión frente a la causación del derecho pensional como tal, por tratarse del fallecimiento de un pensionado y que esta prestación ya había sido reconocida a los hijos menores el causante, la problemática qua pasará a analizar la Sala consiste en determinar si las demandantes lograron acreditar el requisito legal de convivencia mínima, para ser consideradas beneficiarias del derecho pensional que reclaman en forma exclusiva o compartida en proporción al tiempo de convivencia con el causante, al tenor de lo dispuesto en el literal a) del art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la ley 797 de 2003, que era la normatividad vigente para el 17 de noviembre de 2003, en que falleció el señor ROJAS CARDONA, veamos:

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra *itálica* **CONDICIONALMENTE** *exequibles*>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- 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) (...)”

Convivencia con el causante

En relación con el requisito de convivencia al que alude el literal a) de la citada normativa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL12442, con radicación 47.173, M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, adoctrinó lo siguiente:

“...Al respecto se ha de precisar que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo tanto al cónyuge como al compañero (a) permanente demostrar convivencia al momento de la muerte, y en los dos años anteriores a ésta en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993 (salvo cuando en ese lapso hubieren procreado hijos comunes, que suple el requisito de convivencia de los dos años anteriores, pero no al momento de la muerte), y en los cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado. (Sentencia CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393).

Sin embargo, la anterior postura fue variada en relación con el (la) cónyuge a partir de la sentencia CSJ SL, 20 nov. 2011, rad. 40055, donde en un nuevo examen del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aplicable al sub lite, esta Corporación precisó que dicho requisito no podía exigirse en casos de convivencia no simultánea entre el afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite del que estaba separado de hecho, y un compañero (a) permanente, pues el inciso tercero del artículo 13 en comento, le confirió también «la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus», **siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco (5) años en cualquier tiempo**.

*Más tarde, en la sentencia CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 41637, la Sala amplió la interpretación de ese mismo inciso tercero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y estimó que **para efectos de que el cónyuge separado de hecho pudiera acceder como beneficiario a la pensión de sobrevivientes, no era menester la presencia de una compañera (o) permanente con convivencia no simultánea, pues dicha exigencia no resultaba proporcional ni justificada de cara a los principios y objetivos de la seguridad social, y no***

realizaba la protección al vínculo matrimonial que el legislador incorporó en dicha reforma, por lo que en esos eventos la esposa o esposo podía reclamar la prestación a condición de demostrar que hizo vida marital con el de cujus durante un término no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

Esa hermenéutica en palabras de la Corte, hace efectiva la finalidad de la norma que:

equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.

Por último, en fallo CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, se estableció por parte de esta Corporación, siempre en interpretación del inciso tercero del artículo 13 objeto de estudio, que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (a la) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, porque la voluntad del legislador fue proteger la «unión conyugal» y el artículo 42 de la Constitución Política señala que «los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil». La protección debe otorgarse eso sí, mientras se demuestre vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.»

Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial que antecede, resulta claro para esta colegiatura que la cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, queda relevada de acreditar esa convivencia mínima a la que alude el literal b) del art. 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, en los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado, por el contrario, esa convivencia mínima se puede satisfacer en “cualquier tiempo”, no ocurriendo lo mismo con la compañera permanente a quien se le sigue aplicando al exigencia legal en forma literal.

Sobre este último tópico, concretamente respecto de los cónyuges separados de hecho, es pertinente resaltar lo dicho por la Corte en la Sentencia del 27 de Noviembre de 2019, N° SL-5169 de 2019 con radicación 79.539 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en el sentido que la separación de cuerpos no es un obstáculo para que el consorte acceda a la prestación, como tampoco la separación de hecho pues esta circunstancia fáctica no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial, agregando que 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 (o) de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b), del artículo 13 de la Ley 797 de 2003

Lo expuesto, si se tiene en cuenta que, por regla general, las separaciones de hecho generan problemas estructurales en las relaciones matrimoniales que terminan con el distanciamientos de los cónyuges, cuyas múltiples hipótesis no pueden ser previstas por el legislador, por lo que corresponde a los jueces hacer una lectura de las normas según las realidades de cada caso, teniendo en cuenta que el artículo 176 del Código Civil, que alude a las obligaciones entre los cónyuges, no establece dentro de ellas el mantener vínculo familiar y afectivo hasta su deceso (SL1251-2021 del 23 marzo de 2021 con radicación 85.757)

“...Se rememora lo anterior, porque de ello se colige que el Tribunal incurrió en el error interpretativo que se le increpa, al darle un alcance restrictivo al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, toda vez que, conforme a lo explicado, la cónyuge separada de hecho, que hubiese convivido con el causante por más de cinco años en cualquier época, como lo halló demostrado en el caso, puede acceder a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución pensional, sin exigírsele el denominado vínculo actuante....”

CASO CONCRETO

En la presente litis, y de las pruebas recaudadas, se logró probar que la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS, convivió en forma permanente e ininterrumpida con el causante DARIO DE JESÚS ROJAS CARDONA desde la fecha de su matrimonio - 1º de enero de 1963 y hasta el año 1980, tal y como lo confesó la propia demandante en su interrogatorio de parte, y si bien esta parte también le aseguró al despacho que la convivencia con el causante se había reactivado entre los años 1998 y 2001, en el Municipio de Caldas - Antioquia, los testigos por ella presentados, los señores MARÍA DORIS CARDEÑO AVENDAÑO, y GABRIEL JAIME VANEGAS, no corroboran lo dicho en este sentido, por el contrario el testigo GABRIEL JAIME VANEGAS le relató al despacho que la señora MARÍA OFELIA sí convivió en el municipio de caldas con el causante, pero a partir del año 2001, aclarando que nunca los llegó a visitar en dicho municipio, contrariando así a la demandante en cuanto a

los extremos temporales, y poniendo en evidencia, que todo cuanto conoce frente a este tópico, obedece a simples comentarios, mas no a un conocimiento personal y directo de los hechos.

Y la otra testigo MARÍA DORIS CARDEÑO AVENDAÑO, no tiene conocimiento que los cónyuges hubiesen convivido en el Municipio de Caldas, siempre los vio conviviendo en el Municipio de Barbosa, en el barrio “pepe sierra”, y luego en la vereda “popalito”, señalando que el causante si vivió un tiempo en el Municipio de Caldas – Ant., en la casa de una hermana, pero que cada 15 o 20 días regresaba a la vereda “popalito” del Municipio de Barbosa – Ant., a la casa de la señora MARÍA OFELIA, presentándose así una contrariedad de versiones, que le impiden a la Sala dar por probada la reanudación de la convivencia entre los cónyuges entre los años 1998 y 2001.

Sin embargo, esos 17 años iniciales de convivencia entre los cónyuges, analizados bajo el actual panorama jurisprudencial del órgano de cierre en la especialidad laboral, le permiten a la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS acceder a la sustitución pensional deprecada, por haber mantenido vigente el vinculo matrimonial con el causante DARIO DE JESÚS ROJAS CARDONA, sin ninguna otra exigencia adicional, derecho que disfrutará en un 100%, toda vez que esa posibilidad de acreditar convivencia mínima de 5 años en cualquier tiempo, no se hace extensiva a la compañera permanente del pensionado fallecido.

Y es que en la presente litis, la señora ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA confesó durante el interrogatorio de parte practicado que la separación definitiva con el causante ocurrió en el año 1999, y que, si bien el señor DARIO DE JESÚS ROJAS CARDONA le siguió suministrando un apoyo económico, este solo tenia por finalidad el sostenimiento y la manutención de los jóvenes NILTHON FELIPE y TATIANA ALEJANDRA ROJAS SÁNCHEZ, habidos al interior de la unión marital, pues ella tenia su propio trabajo así como su propia afiliación a una entidad promotora de salud como cotizante.

La señora ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA, también le aseguró al despacho, que después del año 1999, ella intentó reactivar la convivencia con el causante bajo un mismo techo, pero un hijo matrimonial del causante se lo

impidió, con amenazas, pues no estaba de acuerdo con esa relación, pero que aún así, el causante, seguía frecuentando su casa a diario, y allí le suministraban el desayuno, almuerzo y comida, y era el causante quien llevaba los hijos al colegio.

Sin embargo, la supuesta fuerza mayor que pretende introducir la señora ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA en su interrogatorio de parte para justificar la no convivencia con el causante bajo un mismo techo entre el año 1999 y el 17 de noviembre de 2003 fecha de fallecimiento del señor DARIO DE JESÚS ROJAS CARDONA, no tiene ningún respaldo probatorio en la litis, pues esta versión ni siquiera fue corroborada por su único testigo MARÍA SALOME SALDARRIAGA.

En vista de lo anterior, estima la Sala que en el sub lite no se logró acreditar que la unión marital de hecho entre los señores ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA y DARIO DE JESÚS ROJAS CARDONA, se encontrará vigente para el 17 de noviembre del año 2003, y si bien está probado que al causante le fue reconocido judicialmente y con posterioridad a su deceso, un incremento pensional por compañera permanente e hijos menores a cargo, según se desprende de la resolución N° 06380 de 2008 (fls.18 y 19 del cuaderno N°2), lo declarado en aquel proceso judicial tramitado ante el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, no puede anteponerse a lo confesado en la presente litis por la señora ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA, y menos aún, si se tiene en cuenta que no se decretó una prueba trasladada en este sentido en los términos del art. 174 del Código General del Proceso, motivos por los cuales se confirmará la sentencia absolutoria proferida en primera instancia frente a la compañera permanente, al encontrarse acorde con la realidad fáctica vertida en la presente Litis.

Prescripción y retroactivo pensional

Al respecto estima la Sala que a la demandante MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS le asiste derecho al disfrute de la sustitución pensional a partir del 17 de noviembre de 2003, fecha de fallecimiento del señor ROJAS CARDONA, y si bien esta reclamó su derecho pensional oportunamente el día 15 de enero de 2004, antes de que transcurriese el término prescriptivo de 3

años al que aluden los arts. 488 del CPTSS y 151 del CPTSS, según lo reconoce el ISS en la resolución N° 4382 del 10 de marzo de 2005, dicha reclamación interrumpió la prescripción por una sola vez, sin embargo, la prescripción reinició un nuevo computo, y, por ello. para la fecha de presentación de la demanda ordinaria laboral, esto es, el día 16 de diciembre de 2015 (fls.8), ya se encontraban prescritas las mesadas pensionales causadas tres años atrás, afectando el retroactivo causado con anterioridad al 16 de diciembre de 2012.

Advierte la Sala, que al encontrarse prescrito el retroactivo pensional, causado con anterioridad al 16 de diciembre de 2012, no se presenta ninguna incompatibilidad o un pago superior al 100% de la mesada pensional, pues si bien esta pensión se reconoció administrativamente en favor de los dos hijos menores del causante, el último de estos hijos NILTHON FELIPE ROJAS SÁNCHEZ, la disfrutó hasta el año 2008, en que cumplió la mayoría de edad, pues según lo indicó la señora ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA, ninguno de sus hijos continuó estudiando luego de haber alcanzado la mayoría de edad, y ambos sobrepasan los 25 años de edad en la actualidad.

Así las cosas, el retroactivo pensional adeudado a la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS entre el 16 de diciembre de 2012 y el 30 de abril de 2021, asciende a la suma de **CIENTO DIECINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$119.845.243)**, teniendo como punto de partida la mesada pensional reconocida por el ISS en la resolución N° 4382 de 2005, y 14 mesadas anuales, por tratarse de un derecho pensional causado con anterioridad al 31 de julio de 2011, conforme lo previsto en el acto legislativo 01 de 2005, sobre el anterior retroactivo, se autorizará a COLPENSIONES a efectuar la deducción del porcentaje de cotización obligatoria al subsistema de salud, al ser esta una obligación legal de todo pensionado, según lo previsto en el art. 143 de la Ley 100 de 1993.

Año	IPC	Valor Mesada	Mesadas	Subtotal
2003	6,49%	\$ 561.100,00		prescripción
2004	5,50%	\$ 597.515,39		prescripción
2005	4,85%	\$ 630.378,74		prescripción
2006	4,48%	\$ 660.952,11		prescripción

2007	5,69%	\$	690.562,76		prescripción
2008	7,67%	\$	729.855,78		prescripción
2009	2,00%	\$	785.835,72		prescripción
2010	3,17%	\$	801.552,43		prescripción
2011	3,73%	\$	826.961,65		prescripción
2012	2,44%	\$	857.807,31	1,5	\$ 1.286.710,97
2013	1,94%	\$	878.737,81	14	\$ 12.302.329,39
2014	3,66%	\$	895.785,33	14	\$ 12.540.994,58
2015	6,77%	\$	928.571,07	14	\$ 12.999.994,98
2016	5,75%	\$	991.435,33	14	\$ 13.880.094,64
2017	4,09%	\$	1.048.442,86	14	\$ 14.678.200,08
2018	3,18%	\$	1.091.324,18	14	\$ 15.278.538,46
2019	3,80%	\$	1.126.028,28	14	\$ 15.764.395,98
2020	1,61%	\$	1.168.817,36	14	\$ 16.363.443,03
2021		\$	1.187.635,32	4	\$ 4.750.541,28
				\$	119.845.243,38

A partir del 1° de mayo de 2021, COLPENSIONES deberá continuar pagando a la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS, una mesada pensional en cuantía mensual de \$1.187.635, en razón de 14 mesadas anuales, y sin perjuicio de los incrementos que decrete el gobierno nacional.

Intereses moratorios

Finamente en relación con la pretensión consecuencial de los intereses moratorios, del artículo 141 de la ley 100 de 1993, estima esta corporación que los mismos no están llamados a prosperar en el sub lite, dado que el motivo por el cual se negó la prestación económica de sobrevivientes no fue otro distinto que la no acreditación del requisito legal de convivencia mínima con el pensionado fallecido DARÍO DE JESÚS ROJAS CARDONA, pues para la fecha en que le fue negada la sustitución pensional (año 2005), la jurisprudencia nacional no permitía la acreditación de la convivencia mínima de 5 años en cualquier tiempo para la cónyuge supérstite, que estado separada de hecho, mantenía vigente el vínculo matrimonial con el causante, y es solo mediante este proceso judicial, que se logró la demostración del derecho pensional acudiendo a la valoración probatoria y la hermenéutica jurisprudencial, facultad interpretativa que solamente le está conferida al administrador de justicia para la resolución de los conflictos que tiene bajo su competencia, y al ser ello así la pasiva tenía elementos de ley suficientes para negar el derecho pensional, razones por las que la Sala considera que en el caso planteado no hay lugar a condena a intereses moratorios, sin embargo accederá a la INDEXACIÓN DE

LAS CONDENAS como mecanismo para, además de mantener el poder adquisitivo constante de las mesadas pensionales, subsanar el retardo de la entidad demandada en pagar la pensión, indexación que debe ser calculada por COLPENSIONES a partir del 16 de diciembre de 2012, mes a mes y sobre cada una de las mesadas que componen el retroactivo pensional adeudado hasta el momento en que se produzca su pago efectivo, Para liquidar la indexación la pasiva tendrá en cuenta la siguiente formula:

$$\frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}} \times \text{VALOR A INDEXAR} - \text{VALOR A INDEXAR}$$

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida, y la prosperidad del recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS las costas procesales en ambas instancias estarán a cargo de COLPENSIONES y a favor de la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS, en esta instancia, se fijan como agencias en derecho la suma de \$908.526, equivalente a 1 SMLMV para el año 2021, las de primera instancia deberán ser reliquidadas por el juzgado de origen, también se mantendrá la condena en costas a cargo de la señora ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA y a favor de COLPENSIONES, y en esta instancia al no haber prosperado el recurso de apelación formulado, se le fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

VIII. – DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia objeto de apelación de origen y fecha conocidos en cuanto declaró que a la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS no acreditó judicialmente los requisitos legales para ser considerada beneficiaria en calidad de cónyuge supérstite del 100% de la sustitución pensional causada con el fallecimiento del pensionado DARÍO DE

JESÚS ROJAS CARDONA, para en su lugar declarar el derecho pensional en este sentido, según lo expuesto precedencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **SE CONDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS la suma de **CIENTO DIECINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$119.845.243)**, a título de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2012 y el 30 de abril de 2021, teniendo en cuenta las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad, y declarando parcialmente probada la excepción de prescripción, frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 16 de diciembre de 2012.

A partir del 1° de mayo de 2021, COLPENSIONES deberá continuar pagando a la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS, una mesada pensional en cuantía mensual de \$1.187.635, en razón de 14 mesadas anuales, y sin perjuicio de los incrementos que decreta el gobierno nacional.

TERCERO: Se autoriza a COLPENSIONES a deducir del retroactivo pensional adeudado, y de las mesadas que se causen a futuro, el aporte obligatorio destinado al subsistema de salud, y se **CONDENA** a esta misma entidad a INDEXAR cada una de las mesadas que componen el retroactivo pensional adeudado, mes a mes a partir del 16 de diciembre de 2012, y hasta la fecha en que se efectuó el pago, según lo expuesto en precedencia.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación de origen y fecha conocidos.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES y a favor de la señora MARÍA OFELIA GUTIÉRREZ DE ROJAS, en esta instancia las agencias en derecho se fijan en la suma de \$908.526, equivalente a 1 SMLMV para el año 2021, las de primera instancia deberán ser reliquidas por el juzgado de origen, también se mantendrá la condena en costas a cargo de la

señora ANGELA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA y a favor de COLPENSIONES, en esta instancia se le fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

Se ordena la notificación por **ESTADOS** de esta providencia, y se autoriza su reproducción virtual a las partes del proceso.

Los Magistrados:


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN – SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por
estados N ° **074** del **3 de mayo de 2021.**

Consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>