El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 2 de julio de 2020

Radicación No.: 66001-31-05-003-2018-00126-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Belén Gallego Grajales

Demandado: Protección S.A.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / MULTIVINCULACIÓN / MORA PATRONAL / DEMOSTRACIÓN DEL VÍNCULO LABORAL / DECLARACIÓN DE DEUDA INCOBRABLE / MUERTE PRESUNTA / CONTABILIZACIÓN DE LA DENSIDAD DE COTIZACIONES / DESDE LA FECHA DEL DESAPARECIMIENTO / COMPAÑERA PERMANENTE / CONCEPTO LEGAL DE VIDA MARITAL.**

El fenómeno de la multi-vinculación se presenta cuando un afiliado al sistema, luego de seleccionar uno de los dos regímenes, suscribe formulario de vinculación en el otro régimen o efectúa aportes a uno de los dos regímenes por un periodo significativo, sin esperar el tiempo mínimo de permanencia, el cual es de tres años (3) años en vigencia de la ley 100 de 1993 y de cinco (5) años a partir de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.

En el artículo 17 del Decreto 692 de 1992 se establece expresamente la prohibición de múltiple vinculación, en los siguientes términos: “el afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, es decir, tres (3) años cuando se trata de cambio de régimen y seis (6) cuando el traslado es entre administradoras de un mismo régimen. (…)

Lo primero que debe recordarse es que esta Corporación, acogiendo los lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J…, de tiempo atrás ha sostenido que la mora patronal no debe afectar al afiliado al sistema pensional porque cuando aquella se presenta la entidad de seguridad social tiene la obligación de ejercer las acciones de cobro respectivas…

… cuando se alega la mora patronal, es necesario que la parte actora acredite la existencia del vínculo laboral en el interregno en que presuntamente se presentó la falta de pago de las cotizaciones por parte del empleador, sin perjuicio de que, en algunos eventos, de la propia historia laboral se pueda deducir dicha mora, por ejemplo, por la interrupción de las cotizaciones por parte de un empleador sin que medie la novedad de retiro. (…)

… acorde con el artículo 97 del Código Civil, la fecha presuntiva de la muerte de una persona, con excepción de las personas que sufrieron un accidente o herida grave, es posterior a 2 años contados desde la última vez que aquel fue visto con vida. Sin embargo, en materia de pensión de sobreviviente, la Corte Constitucional precisó que la fecha que debe tenerse en cuenta para contabilizar la densidad mínima de cotizaciones para acceder a tal prestación, dentro del marco temporal de tres años, es el momento en que la persona (causante) desapareció y no la fecha de la muerte presunta…

… cabe recordar, por último, que el artículo 42 de nuestra Carta Política establece que una familia surge de la decisión libre, espontánea y reciproca de dos personas dispuestas a unir sus vidas a efectos de brindarse auxilio económico y asistencia mutua, de donde se infiere que la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho a la pensión de sobrevivientes, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(10 de julio 19 de 2020)**

**SENTENCIA**

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral  se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **BELÉN GALLEGO GRAJALES**, **ANDRÉS FELIPE GARCÍA GALLEGO** y el menor **ALEJANDRO GARCÍA CONTRERAS**, representado por su madre, LUZ FRANCY CONTRERAS CARDONA, en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **F & M ASOCIADOS Ltda.** -en liquidación-.

**SUSTITUCIÓN DE PODER:** con los alegatos de conclusión se aporta en un folio poder de sustitución otorgado por el apoderado principal de COLPENSIONES a la Dra. MARILUZ GALLEGO BEDOYA, quien acredita sus condiciones profesionales con la respectiva Tarjeta Profesional.

**PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a desatar el recurso de apelación promovido por la parte actora en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el pasado 1º de agosto de 2019, lo mismo que el grado jurisdiccional de consulta, conforme se dispuso en el anterior acápite Para ello se tiene en cuenta los siguientes:

1. **ANTECEDENTES**

Se asegura en la demanda que la señora BELÉN GALLEGO GRAJALES sostuvo una *“relación marital”* con el señor GERMÁN GARCÍA TABARES entre marzo de 1998 y el 26 de noviembre de 2006, de cuya unión nació ANDRÉS FELIPE GARCÍA GALLEGO, el 15 de marzo de 1999.

Seguidamente, se indica que el hogar así conformado se mantuvo unido en relaciones de convivencia, afecto y acompañamiento moral, espiritual y económico hasta la desaparición del señor GERMÁN GARCÍA TABARES.

Se indica igualmente, que el señor GERMÁN GARCÍA TABARES sostuvo una relación sentimental furtiva y ocasional con la señora LUZ FRANCY CONTRERAS CARDONA, de cuya unión nació ALEJANDRO GARCÍA CONTRERAS, actualmente menor de edad.

De otra parte, se anota que el causante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, entre el 24 de octubre de 1989 y el 03 de abril de 1995, vinculándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) del 03 de abril de 1995 al 31 de agosto de 1998, fecha en que, según indica la AFP demandada, al parecer suscribió formulario de traslado de retorno al RPM. Pese a lo anterior, registra cotizaciones en el RAIS hasta el 13 de marzo de 2002, teniendo como último empleador a F&M Asociados Ltda.

Se agrega que con esta última empresa mantuvo el causante relación laboral hasta su desaparición el 26 de noviembre de 2006. Finalmente se advierte que el señor GERMÁN GARCÍA TABARES desapareció el 26 de noviembre de 2006, según se declara en sentencia proferida por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda) del 13 de junio de 2013, en la que declaró la muerte presunta por desaparecimiento, con efectos desde el 26 de noviembre de 2008.

Con sustento en lo anterior, solicita que se declare que el señor GERMÁN GARCÍA TABARES, al momento de su desaparición, el 26/nov/2006, se encontraba válidamente afiliado al RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A. y que se declare igualmente que la señora BELÉN GALLEGO GRAJALES y los menores ANDRÉS FELIPE GARCÍA GALLEGO y ALEJANDRO GARCÍA CONTRERAS son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes originada con ocasión de la muerte presunta del señor GERMÁN GARCÍA TABARES.

Consecuencia de las anteriores declaraciones, pide igualmente que se condene a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a favor de las anteriores personas la pensión de vejez en cuantía no inferior a un salario mínimo legal mensual vigente o, de manera subsidiaria, se condene *“al pago de la devolución de los aportes con sus rendimientos financieros y el bono pensional a las citadas personas”*.

En respuesta a la demanda, **PROTECCIÓN S.A.** se opuso a todas las pretensiones de la demanda, señalando: 1) que no le constan las circunstancias relativas al ámbito familiar e íntimo del señor GARCÍA TABARES, en la cual no tenía injerencia alguna, en razón de lo cual no tiene como afirmar o negar que la relación de convivencia alegada en la demanda; y, 2) que no es llamada al pago de la prestación reclamada, como quiera que el causante no estaba afiliado a PROTECCIÓN S.A. desde el 1º de septiembre de 1998, fecha en que se perfeccionó el traslado al ISS (hoy COLPENSIONES) mediante formulario de afiliación suscrito el 16 de julio de 1998. Como fórmula de la defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: falta de legitimación en la causa por pasiva, responsabilidad de un tercero, cobro de lo no debido y prescripción. Solicitó la vinculación de COLPENSIONES al proceso, por considerar que esta es la entidad llamada a responder por la cobertura del sistema general de pensiones para el caso del causante, al estar válidamente afiliado a la misma para la fecha de su deceso.

La sociedad **F & M ASOCIADOS LTDA. -EN LIQUIDACIÓN-** a través de curador ad-litem, indica que no se cuenta con prueba formal que demuestre la existencia de un vínculo laboral entre el señor GARCÍA TABARES y la sociedad demandada y en todo caso la llamada a responder por las obligaciones reclamadas es la AFP, pues ninguna pretensión se dirige en contra la empresa demandada.

La jueza accedió a la vinculación de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** – **COLPENSIONES** mediante auto del 19 de junio de 2018 (Fl. 81). Una vez notificada la entidad, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y prescripción.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza primera instancia declaró que el causante, al momento del deceso, se encontraba válidamente afiliado al sistema de seguridad social en pensiones en el régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales –hoy COLPENSIONES– y que allí efectuó cotizaciones hasta el mes de febrero de 2002. Declaró igualmente que el deceso en este caso no daba origen a la pensión de sobrevivientes reclamada, como quiera que el causante no dejó causada 50 semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la declaración de su muerte presunta y tampoco es beneficiario del principio de condición más beneficiosa.

De otra parte, declaró que la señora **BELÉN GALLEGO GRAJALES** no acreditó el requisito de convivencia ininterrumpida y durante últimos cinco (5) años anteriores a la muerte presunta del causante y por tanto los únicos beneficiarios de la indemnización sustitutiva por muerte del afiliado son sus hijos ANDRÉS FELIPE GARCÍA GALLEGO y ALEJANDRO GARCÍA CONTRERAS, quienes a la fecha del deceso eran menores de edad.

Consecuencia de la anterior declaración, accedió a la pretensión subsidiaria condenando a COLPENSIONES a pagar y reconocer a los citados hijos del causante la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, conforme a las previsiones del artículo 49 de la Ley 100 de 1993, en cuantía equivalente a $11.186.780, en proporción equivalente al 50% para cada uno; exoneró de toda responsabilidad a PROTECCIÓN S.A. y a la sociedad F & M ASOCIADOS Ltda. Condenó en costas procesales a los demandantes y a favor de estas últimas codemandadas y exoneró del pago de las mismas a COLPENSIONES.

1. **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**

Contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación el apoderado judicial de la parte actora, para que se revoque la sentencia en su totalidad y se acceda a las pretensiones principales, sin perjuicio de que se confirmen las pretensiones subsidiarias, en el evento en que no prosperen aquellas.

Empezó por señalar que la *a-quo* incurrió en varios errores de valoración de la prueba, al tergiversar todo lo dicho por la deponente CECILIA TABARES, pues si se escucha detenidamente su testimonio, ésta indicó tajantemente no recordar ni saber cómo era la relación laboral del causante con la empresa de abogados que lo afilió como empleado suyo, pues sobre este punto se limitó a indicar que lo conoció como abogado, pero no sabía nada más allá de eso, de modo que no hay manera de establecer a partir de dicho testimonio que el causante no era empleado dependiente de dicho empleador.

En relación con el traslado y el fondo en el que realmente se encontraba afiliado el causante al momento de su desaparición, indica que nada nuevo se dijo, por cuanto la jueza omitió esta discusión, ya que lo único que hizo fue satanizar el interés económico legítimo de las partes de querer obtener una mayor utilidad con la devolución de saldos, como si fuera una falla ética o moral que los demandantes pretendan que se declare que la afiliación válida era en el RAIS y no en el régimen de prima media. Agrega que se echan de menos los argumentos que llevaron a la jueza a no acceder a esta pretensión, en la que se insiste, dado que, si se aplica al caso de marras el Dto. 3800/2002, se llegaría fácilmente a la conclusión de que el compañero permanente de su prohijada se encontraba válidamente afiliado a PROTECCIÓN S.A. al momento del deceso, pues no podía estar afiliado a ambos regímenes, ya que son incompatibles.

En cuanto a la vinculación laboral del causante con F&M Abogados y Asociados, considera que la *a-quo* desconoce la distinción entre personas jurídicas y naturales al atribuirle la obligación de pago de aportes al demandante por el simple hecho de haber sido el representante legal de dicha empresa, pero además se equivoca al indicar que la empresa no era sujeto de obligaciones a la fecha de la muerte presunta del causante, puesto que había dejado de renovar su matrícula mercantil, desconociendo que las empresas sólo dejan de existir cuando se encuentra debidamente finiquitada su liquidación, hecho este que incluso hasta la fecha no se ha dado.

En cuanto a la determinación de la fecha a partir de la cual debe realizarle la contabilización de las semanas, para la existencia del derecho a la pensión, destaca que en este caso el despacho se fue hasta el 2008, fecha de la muerte presunta del causante, desconociendo la abundante jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que se debe contabilizar la densidad de cotizaciones para la pensión de sobrevivientes desde la fecha de desaparición del presunto fallecido, puesto que de ahí en adelante estaba en incapacidad física de realizar los aportes.

Y, finalmente, en relación al cumplimiento de los requisitos para considerar a la demandante como beneficiaria, indicó que los testimonios deben analizarse en su contexto y no se le puede pedir a una testiga como Cecilia Tabares, que solo estudio hasta cuarto de primaria, que entienda y pueda establecer el domicilio del causante. En ese sentido agregó que la jueza no quiso entender que la presencia del demandante en Dosquebradas era meramente circunstancial, por cuestiones de trabajo, pues ahí estaba porque quería facilitar su desplazamiento a otras ciudades, lo cual no quiere decir que ese fuera su domicilio, y además todos los declarantes fueron claros en expresar las razones por las que se encontraba allí y también indicaron que la relación fue continua e ininterrumpida y solo hubo una corta ruptura por los lógicos problemas generados ante el nacimiento de un hijo del causante por fuera de la relación que sostenía con ella. La jueza no tuvo en cuenta que las peleas entre parejas por las relaciones temporales o furtivas por fuera de la relación son absolutamente admisibles y hasta normales en las historias de convivencia.

Ahora, como quiera que COLPENSIONES resultó condenada a pagar una suma de dinero en favor de dos de los codemandados, se analizará el asunto bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN/CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Analizados los alegatos presentados por escrito por la parte demandante y COLPENSIONES, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados, concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa a continuación. Por otra parte, el Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

1. **Problema jurídico por resolver**

Los puntos que corresponde dilucidar a esta colegiatura, se centran en definir: 1) si nos encontramos ante un caso de multivinculación. 2) determinar cuál es el Fondo de Pensiones al cual se encontraba afiliado el causante al momento del desaparecimiento que derivó en la declaratoria de muerte presunta. 3) definido lo anterior, se deberá verificar, si hay lugar a la pensión de sobrevivientes y si los demandantes reúnen los requisitos para acceder a la misma en calidad de beneficiarios.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **TRASLADO DE RÉGIMEN Y AFILIACIÓN VALIDA EN CASOS DE MULTIVINCULACIÓN**

El fenómeno de la multi-vinculación se presenta cuando un afiliado al sistema, luego de seleccionar uno de los dos regímenes, suscribe formulario de vinculación en el otro régimen o efectúa aportes a uno de los dos regímenes por un periodo significativo, sin esperar el tiempo mínimo de permanencia, el cual es de tres años (3) años en vigencia de la ley 100 de 1993 y de cinco (5) años a partir de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.

En el artículo 17 del Decreto 692 de 1992 se establece expresamente la prohibición de múltiple vinculación, en los siguientes términos: *“el afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior*, es decir, tres (3) años cuando se trata de cambio de régimen y seis (6) cuando el traslado es entre administradoras de un mismo régimen.

En el mismo artículo se previene que el cambio de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, invalidará el respectivo traslado, pues solo *“será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria”.*

Cabe precisar que con posterioridad se expidió el Decreto 3800 de 2003, en el que se establece un periodo de gracia para que aquellos afiliados a quienes que les faltaba menos de 10 años para pensionarse y se encontraran en situación de multivinculación, pudieran retornar, por una única vez, al régimen anterior al que se encontraban afiliados.

Teniendo en cuenta que apenas a finales del año 2007 las administradoras de pensiones pudieron culminar el proceso de actualización y cruce de base de datos para prevenir casos de múltiple vinculación, lo que impidió el cumplimiento oportuno de la obligación de informar a sus afiliados y cotizantes la incursión en situaciones de múltiple vinculación o de cotizante no vinculado, el gobierno se vio conminado a establecer una solución definitiva en la cual, por una única vez, se resolvieran los casos de manera masiva, privilegiando la voluntad de los cotizantes, teniendo en cuenta los tiempos de las cotizaciones efectuadas para todos los efectos y preservando el derecho de la libre escogencia bajo parámetros claros que permitan establecer la verdadera situación de los afiliados al Sistema. Fue así como se expedió el Decreto 3995 del 16 de octubre de 2008, del cual interesa a este proceso la primera parte de su artículo quinto, que al tenor reza: *“(…) en aquellos casos en que el traslado de Régimen Pensional se haya efectuado atendiendo el término de permanencia mínima pero no se hayan hecho cotizaciones a la entidad seleccionada, por una única vez, para aquellas situaciones presentadas hasta 31 de diciembre de 2007, la persona se entenderá vinculada a la administradora a la cual ha realizado las cotizaciones”.*

Cabe precisar que el abogado de la parte demandante insiste en sus alegatos de conclusión que la norma que regula el presente asunto es el Decreto 3800 de 2003, pero en realidad ese decreto, como acaba de explicarse, regula el caso de multivinculación de las personas a las que le **faltaba menos de 10 años para pensionarse a la fecha de su expedición y se encontraban en situación de multivinculación**, situación que no se ofrece en este caso, como quiera que para esa calenda al causante le faltaba mucho de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión. Lo anterior nos lleva a sostener que la norma que regula esta litis es el artículo 5° del Decreto 3995 de 2008, vigente para la fecha en que todavía se presumía vivo el causante, pues los afiliados cuyo conflicto de múltiple-vinculación se encontrara sin resolver al 31/dic/2007 o cuya situación no haya podido decidirse con arreglo a las normas vigentes anteriores a la entrada en vigor del Decreto 3995 del 16 de octubre de 2008 (esto es, con el Decreto 3800 de 2003), se deberán resolver, por una única vez, conforme al artículo 5°, transcrito líneas atrás, situación en la que se encontraba el causante tal como se verá más adelante.

* 1. **MORA PATRONAL EN EL PAGO DE APORTES PENSIONALES**

 Lo primero que debe recordarse es que esta Corporación, acogiendo los lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. –expuestos, entre otras, en la sentencia del 2 de febrero de 2010, Radicado No. 35012, M.P. Dr. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS–, de tiempo atrás ha sostenido que la mora patronal no debe afectar al afiliado al sistema pensional porque cuando aquella se presenta la entidad de seguridad social tiene la obligación de ejercer las acciones de cobro respectivas, de conformidad con lo ordenado en el art. 24 de la Ley 100 de 1993.

 Sin embargo, como también lo ha sostenido el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, para el trabajador dependiente afiliado al sistema la condición de cotizante está dada principalmente por la vigencia de la relación laboral, por lo tanto, es solo durante el tiempo de la prestación efectiva del servicio que se causan las cotizaciones y se adquiere la categoría de cotizante.

 Así pues, cuando se alega la mora patronal, es necesario que la parte actora acredite la existencia del vínculo laboral en el interregno en que presuntamente se presentó la falta de pago de las cotizaciones por parte del empleador, sin perjuicio de que, en algunos eventos, de la propia historia laboral se pueda deducir dicha mora, por ejemplo, por la interrupción de las cotizaciones por parte de un empleador sin que medie la novedad de retiro.

 Más allá de esa prudente exigencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que, si no hay gestión de cobro por parte de la entidad de seguridad social, no puede existir la declaratoria de *«deuda incobrable»* sobre las cotizaciones que se registran en mora, por lo que no se surten los efectos del artículo 75 del Decreto 2665 de 1988, cuales son tener por inexistentes esas cotizaciones. Agrega la alta Corporación que la declaración de incobrable de la deuda por aportes, una vez surtido el trámite del cobro coactivo, tendría como efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 75 ibídem, que las semanas en mora no se tendría como cotizadas, ni se acumularía para efectos de las prestaciones.

 Frente a lo anterior precisó, con meridiana claridad, que mientras falte esa declaración -la de *“deuda incobrable”*- *“las cotizaciones siguen gravitando en la contabilidad de las cotizaciones efectivas del afiliado”***.** Esta línea jurisprudencial se observa sin variación en las sentencias: del 4 Julio 2012, Rad. 42086 y, más recientemente, en la dictada el 24 de septiembre de 2014 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, Rad. No. 45819.

* 1. **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – COTIZACIONES VÁLIDAS PARA EFECTOS DE DETERMINAR EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN EN EL CASO DE MUERTE PRESUNTA**

Conforme al art. 12 de la Ley 797 del 2003, que modificó el art. 46 de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes son las personas dependientes que conforman el núcleo familiar del fallecido. Pero el reconocimiento de ese derecho está sujeto a la condición de que el afiliado haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al momento de su muerte.

Ahora bien, acorde con el artículo 97 del Código Civil, la fecha presuntiva de la muerte de una persona, con excepción de las personas que sufrieron un accidente o herida grave, es posterior a 2 años contados desde la última vez que aquel fue visto con vida. Sin embargo, en materia de pensión de sobreviviente, la Corte Constitucional precisó que la fecha que debe tenerse en cuenta para contabilizar la densidad mínima de cotizaciones para acceder a tal prestación, dentro del marco temporal de tres años, es el momento en que la persona (causante) desapareció y no la fecha de la muerte presunta. En efecto, en la sentencia T-263 de 2017, señaló que establecer que las cotizaciones válidas para determinar el reconocimiento de la prestación en el caso de muerte presunta deben contabilizarse dos años después del desaparecimiento de una persona es un requisito exagerado, dado que, con base en la sana lógica, se infiere que la persona sobre quien se declaró la muerte presunta no ha tenido la posibilidad física ni jurídica de realizar cotizaciones al sistema de seguridad social. Por ello, la data a partir de la cual se cuentan las semanas necesarias para el surgimiento del derecho pensional es la fecha hasta la cual el desaparecido estuvo en posibilidad de efectuar tales aportes.

* 1. **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - COMPAÑERA PERMANENTE- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO LEGAL DE “VIDA MARITAL” PREVISTO EN EL ARTÍCULO 47 DE LA LEY 100 DE 1993.**

Es indudable, como regla general, que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la que se encuentre vigente al momento del fallecimiento del pensionado o del afiliado al sistema de Seguridad Social; y, además, que el cónyuge o compañero o compañera permanente del causante debe cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivencia, lo cual constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar, potencialmente beneficiarios de la misma prestación.

Para el presente caso, dada la fecha del fallecimiento del pensionado (26 de noviembre de 2011), la normatividad a aplicar no es otra que la Ley 797 de 2003, que establece, a la altura del artículo 13, modificatorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, literal a), en lo que interesa al proceso, que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, mayor de 30 años a la fecha del fallecimiento del causante, que acredite que tuvo vida marital con aquel y que se encontraban conviviendo a la fecha del deceso.

Dicho todo lo anterior, cabe recordar, por último, que el artículo 42 de nuestra Carta Política establece que una familia surge de la decisión libre, espontánea y reciproca de dos personas dispuestas a unir sus vidas a efectos de brindarse auxilio económico y asistencia mutua, de donde se infiere que la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho a la pensión de sobrevivientes, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común.

* 1. **CASO CONCRETO**

Con apoyo en las anteriores premisas, en el caso que ocupa la atención de la Sala, sea lo primero definir el Fondo de Pensiones al cual se encontraba válidamente afiliado el señor GERMÁN GARCÍA TABARES a la fecha de su fallecimiento.

##### Con ese propósito, cabe recordar que el causante registra aportes en el ISS (hoy COLPENSIONES) del 24 de octubre de 1989 al 3 abril de 1995 y, según documentos aportados con la contestación a la demanda, se afilió a PROTECCIÓN S.A. el 3º/abr/1995. En ese fondo privado registra aportes por tres meses: diciembre de 2001 y enero y febrero de 2002.

Igualmente, obra en el plenario formulario de afiliación suscrito por el señor GARCÍA TABARES (causante) al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 31 de agosto de 1998, pero no registra ni una sola cotización a dicho fondo posteriores a dicha calenda, pues, se itera, los únicos aportes que aparecen con posterioridad fueron hechos a PROTECCIÓN, esto es, por los ciclos 12 del año 2001 y 1 y 2 de 2002, en total 3 meses.

Del mismo modo, conviene aclarar que las últimas cotizaciones que registra el causante al sistema pensional, las efectuó como trabajador dependiente, vinculado por la empresa F & M ASOCIADOS LTDA –EN LIQUIDACIÓN-, quien, como atrás se dijo, efectuó aportes de diciembre de 2001 a febrero de 2002, sin registrar novedad de retiro con posterioridad a dicha fecha.

Pues bien, a la luz de las reglas para resolver los casos de multi-vinculación y cotización sin vinculación, específicamente, el artículo 5 del Decreto 3995 de 2008, aplicable en este caso, como atrás de indicó, el causante se encontraba válidamente afiliado al RAIS, puesto que, aunque suscribió formulario de vinculación al ISS (hoy COLPENSIONES) atendiendo el término de permanencia mínima, lo cierto es que no efectuó ni una sola cotización a la entidad seleccionada (ISS), de modo que se modificará la decisión de primera instancia, en el sentido de declarar que el Fondo de Pensiones al que se encontraba válidamente afiliado el causante a la fecha de su muerte presunta, es PROTECCIÓN S.A. y no COLPENSIONES, como equivocadamente se resolvió en primera instancia.

 Aclarado lo anterior, lo segundo que se debe resolver es si hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o, en su defecto, si procede la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual del causante, conforme se pide subsidiariamente en la demanda.

 En esa línea, recordemos que cuando se trata de un afiliado cuya muerte se presume por desaparecimiento, la fecha que debe tenerse en cuenta para contabilizar la densidad mínima de cotizaciones para acceder a la pensión de sobrevivientes, dentro del marco temporal de 3 años, es el momento en que la persona (causante) desapareció y no la fecha de la muerte presunta. Ello así, en este caso, se debe verificar cuántas semanas cotizadas tiene el causante dentro de los tres (3) años anteriores a la última vez que se le vio con vida, es decir, entre el 26 noviembre de 2006 y la misma fecha de 2003.

 En este caso el causante no registra ni una sola cotización en ese lapso y tampoco se puede afirmar que hubo cotizaciones en mora de marzo de 2002 (fecha del último aporte pagado) y la fecha de su desaparecimiento, pues no hay una sola prueba de que haya continuado laborando para F & A ASOCIADOS LTDA. y el hecho de que no haya novedad de retiro por parte de esta patronal, no significa *per se* que la relación laboral continuó, pues es bien sabido que el trabajador que pretenda que se sumen a su historial de cotizaciones los periodos en mora del empleador, debe demostrar cuando menos que se encontraba laborando durante dicho periodo, lo cual no ocurrió en este caso. Tampoco puede acogerse los argumentos de la parte demandante expuestos en los alegatos de conclusión según los cuales *“al no existir pruebas de un hecho negativo como lo sería que el trabajador no laboraba para la Sociedad, pero sí de la afiliación del causante como empleado de la misma y sus correspondientes cotizaciones, aunque sean parciales, debe reconocerse la existencia del vínculo laboral hasta el deceso, … Porque F&M Asociados nunca reportó la novedad de retiro correspondiente ante la Administradora de Fondos de Pensiones y porque además, estando en la posición ventajosa para demostrar los extremos de la relación laboral con el causante, guardó silencio al respecto”.* Lo anterior por cuanto, si bien en este caso se vinculó al supuesto empleador, aquel estuvo representado por curador ad litem quien desde la contestación de la demanda advirtió que carecía de pruebas, amén de que en su calidad de tal (curador ad litem) no tiene la facultad de confesar en contra de su representado.

 De acuerdo a lo anterior, lo que procede en este caso, de conformidad con el art. 66 de la Ley 100 de 1993, es el reconocimiento y pago de la devolución de saldos, pero solo en favor de **ANDRÉS FELIPE GARCÍA GALLEGO** y **ALEJANDRO GARCÍA CONTRERAS**, hijos del presunto fallecido **GERMAN GARCÍA TABARES**, puesto que la señora BELÉN GALLEGO GRAJALES no acreditó la calidad de beneficiaria como compañera permanente del causante, pues ella misma confesó en interrogatorio de parte, que se había separado del causante unos seis (6) meses en el año 2002, luego de darse cuenta de que este había procreado un hijo con una secretaria del mismo edificio en el que trabajaba y que incluso llevaban un tiempo (dijo meses) separados por una nueva infidelidad con una enfermera casada. Respeto a la prueba de convivencia, la única deponente que concurrió al proceso, fue la señora CECILIA GARCÍA TABARES, hermana del causante, quien incurrió en una serie de imprecisiones que ponen en entredicho sus afirmaciones, por las siguientes razones: **1)** no recordó ni una sola de las separaciones que reconoció la misma demandante, **2)** dijo que su hermano casi nunca se quedaba en la casa de su madre, pese a que la demandante dijo que esta era una práctica habitual de su compañero, quien por cuestiones de trabajo prefería muchas veces quedarse en Pereira y no desplazarse hasta la casa en la Virginia (Risaralda), **3)** aunque afirmó que fue muy cercana a la relación que sostuvo su hermano con la demandante y que los visitó varias veces en la Virginia, no pudo recordar el nombre del padre y de la hija mayor de esta, quienes supuestamente vivían con ella y el causante en la Virginia (Risaralda), **4)** quiso justificar este lapsus indicando que la niña (refriéndose a la hija de la demandante) nunca estaba en la casa cuando ella iba, pues se la pasaba trabajando en el banco, lo cual es poco probable, pues para la época de la desaparición del causante, apenas rondaba por la edad de 18 años. A todo lo anterior cabe agregar que la misma demandante en el proceso de declaración judicial de muerte presunta, afirmó en la demanda que el afiliado se encontraba viviendo en el municipio de Dosquebradas cuando fue visto con vida por última vez, lo que ratifica la conclusión en torno a que la pareja ya no convivía bajo el mismo techo a la fecha de la desaparición.

Por lo anterior, se modificará la decisión de condenar a COLPENSIONES al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, para, en su defecto, condenar a la devolución de saldos (esto es, capital, rendimientos y bono pensional, si hubiere lugar al mismo) a PROTECCIÓN S.A., previa devolución del saldo que dicha AFP le trasladó a COLPENSIONES el 11 octubre de 2010 (Fls. 71 y 74)

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

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala de Decisión Laboral No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia apelada, en el sentido de **DECLARAR** que el señor **GERMÁN GARCÍA TABARES** era afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- administrado por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** **PROTECCIÓN S.A.**

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral **SEXTO** de la citada sentencia y en su defecto acceder a la pretensión subsidiaria, en el sentido de **DECLARAR** que **ANDRÉS FELIPE GARCÍA GALLEGO** y **ALEJANDRO GARCÍA CONTRERAS**, hijos del presunto fallecido **GERMAN GARCÍA TABARES**, son beneficiarios de este y en tal calidad tienen derecho a la devolución del saldo total de su cuenta de ahorro individual en **PROTECCIÓN S.A.**

**TERCERO: CONSECUENCIA** de la anterior declaración, se **ORDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que en el término de 8 días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, reembolse a la AFP PROTECCIÓN S.A. la suma indexada de $14.352.939, que recibió el 11 de octubre de 2010 (FL. 74) por concepto de aportes trasladados de la cuenta de ahorro individual del señor **GERMAN GARCÍA TABARES**

**CUARTO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, que una vez reciba el reembolso señalado en el anterior numeral, proceda de manera inmediata a depositarlo íntegramente en la cuenta de ahorro individual del señor **GERMAN GARCÍA TABARES,** y que, a su vez, dicho saldo se lo devuelva a los señores **ANDRÉS FELIPE GARCÍA GALLEGO** y **ALEJANDRO GARCÍA CONTRERAS**, hijos del presunto fallecido, con sus respectivos rendimientos y bonos pensionales, si a estos últimos hubiere lugar, en la cuantía que corresponda y a prorrata.

**QUINTO: MODIFICAR** numeral **OCTAVO** de la sentencia de la referencia y en su defecto exonerar de la condena única y exclusivamente a la codemandada **F & M ASOCIADOS LTDA.**

**SEXTO: REVOCAR** los numerales **SÉPTIMO** y **NOVENO** de la sentencia atacada y en su defecto declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por **PROTECCIÓN S.A.** En cambio, se declaran probadas las excepciones propuestas por **COLPENSIONES.**

**SÉPTIMO: REVOCAR** el numeral **DÉCIMO** de la sentencia de primera instancia y en su reemplazo **CONDENAR** en costas procesales de primera instancia a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** **PROTECCIÓN S.A.** en favor de los codemandantes **ANDRÉS FELIPE GARCÍA GALLEGO** y **ALEJANDRO GARCÍA CONTRERAS,** a pro rata.

**OCTAVO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a **PROTECCIÓN S.A.** en favor de los codemandantes **ANDRÉS FELIPE GARCÍA GALLEGO** y **ALEJANDRO GARCÍA CONTRERAS,** a pro rata, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen.

**NOVENO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de apelación.

De conformidad al artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, la presente sentencia se notificará por ESTADOS.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado