Radicación: 66001-31-05-004-2019-00142-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Noralba Tapasco Valencia

Demandado: Porvenir S.A.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrado: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, veinticuatro [24] de marzo de dos mil veintitrés [2023].

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el día 25 de marzo de 2022, debió ser revocada.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia, se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso, partiendo de la necesidad de resolver como problema jurídico, si:

**PROBLEMAS JURÍDICOS**

¿Efectuó la juez de primer grado una adecuada valoración de los medios de prueba que fueron recopilados en la actuación?

Con base en la respuesta al interrogante anterior ¿Cumplió la señora Noralba Tapasco Valencia los requisitos exigidos en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003 y la jurisprudencia, a fin de que fuera tenida en cuenta como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión al deceso del afiliado fallecido Alcides de Jesús Ladino Rojas, en calidad de cónyuge supérstite separada de hecho?

En caso positivo ¿Resulta procedente condenar a la compañía aseguradora recurrente al pago del retroactivo pensional y las costas procesales impuestas en sede de primer grado?

Para resolver los interrogantes formulados propuse hacer las siguientes precisiones:

**“1. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE AL DERECHO DE LOS CÓNYUGES SUPÉRSTITES A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN VIGENCIA DE LA LEY 797 DE 2003.**

En un primer momento, en sentencia de 5 de abril de 2005 radicación Nº22.560 rememorada en providencia de 20 de mayo de 2008 radicación Nº32.393, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expresó que el nuevo texto introducido por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 a los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, la llevó a conservar la postura que venía sosteniendo frente al tema, consistente en que, para acceder al derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto los cónyuges supérstites como los compañeros permanentes deben acreditar el requisito de convivencia con el causante de por lo menos cinco años continuos e ininterrumpidos inmediatamente anteriores a la fecha del deceso del pensionado o afiliado.

Posteriormente, en sentencia de 4 de noviembre de 2009 radicación N°35809 reiterada en providencias de 28 de octubre de 2009 con radicación N°34899, 1° de diciembre de igual año, radicación N°34415 y 31 de agosto de 2010 radicación N°39464, la Corte puntualizó que cada caso concreto debe analizarse particularmente, en consideración a que puede suceder que la interrupción de la convivencia obedezca a una situación que no conlleve la pérdida del derecho, pues puede ocurrir que ella se interrumpa en razón de la ausencia física de alguno de los dos, pero por motivos de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros; eventos en los que deberá reconocerse la pensión de sobrevivientes cuando se acrediten cinco años de convivencia con anterioridad al deceso, a pesar de esa ausencia física durante ese lapso o parte de éste.

Poco tiempo después, más concretamente en sentencia de 29 de noviembre de 2011 radicación N°40055, la Sala de Casación Laboral amplió el anterior criterio, expresando que cuando concurran a reclamar la pensión de sobrevivientes el cónyuge supérstite separado de hecho y el compañero permanente, la convivencia de cinco años para el primero puede ser cumplida en cualquier tiempo, siempre y cuando a la fecha del deceso se encuentre vigente el lazo matrimonial.

Pero en decisiones de 24 de enero y 13 de marzo de 2012, radicados Nos.41637 y 45038 respectivamente, la Corte extendió la mencionada interpretación, en el sentido de que tal situación también debe aplicarse en aquellos casos en los que no concurran compañeros permanentes y se presente a reclamar el cónyuge supérstite separado de hecho con vínculo matrimonial vigente para el momento del deceso, a quien como se dijo atrás, le bastará demostrar que convivió con el causante durante un periodo no inferior a cinco años continuos e ininterrumpidos en cualquier tiempo.

No obstante, la Alta Magistratura en sentencia SL12442 de 15 de septiembre de 2015 radicación Nº47.173, sostuvo que, para otorgar el derecho a la pensión de sobrevivientes, al cónyuge supérstite separado de hecho no le basta con acreditar cinco años de convivencia ininterrumpida en cualquier tiempo, pues el operador judicial debe realizar una interpretación sistemática que involucre lo previsto en el artículo 46 ibidem, en el que se exige que quien alega la condición de beneficiario de la pensión pertenezca al grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido. Explicó en la providencia en cita que:

“… el amparo se concibe en la medida en que quien reivindica el derecho merezca esa protección, en cuanto forma parte de la familia del causante en la dimensión en que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sala, referida en el caso de los cónyuges, a quienes han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia…”.

Se dejó allí dicho también, que aun en los eventos en los que no se mantenga vivo y actuante el vínculo en los términos expuestos anteriormente, podrá aspirar el cónyuge supérstite a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando demuestre que el alejamiento se produjo por situaciones ajenas a su voluntad.

Sin embargo, luego de revisar nuevamente lo dispuesto por el legislador en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral emitió la sentencia CSJ SL5169-2019, reiterada en providencias CSJ SL1707-2021, CSJ SL2015-2021, CSJ SL2464-2021 y CSJ SL4321-2021, en la que se rectificó la postura asumida en la sentencia SL12442-2015, manifestando que no resulta correcta la condición impuesta a los cónyuges supérstites separados de hecho, consistente en acreditar para el momento de la muerte del causante un vínculo vivo y actuante con él, para poder acceder al derecho pensional, al concluir que ese era un requisito adicional que la ley no contempla, lo cual explicó de la siguiente manera:

“Pues bien, de la normativa trascrita 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.”.

Añadiendo más adelante que:

“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.

Cada una de esas situaciones, por supuesto, no pueden ser previstas por el legislador; y es precisamente, en ese contexto, en el que el juez entra a jugar su rol de intérprete de la norma a efectos de zanjar la necesidad de que el ordenamiento jurídico cubra esos escenarios. Así lo reconoció, por ejemplo, esta Corporación en un reciente pronunciamiento en el que explicó que la convivencia no se puede descartar por la pura y simple separación de cuerpos de la pareja y, en dicho caso, otorgó la pensión de sobrevivientes a la cónyuge supérstite del causante pese a no convivir con él, ni mantener lazos de afecto, pues determinó que la renuncia a la cohabitación estaba justificada por los malos tratos a que era sometida y obedecía al ejercicio legítimo de protección de sus derechos a la vida e integridad personal (CSJ SL2010-2019).

Por ello, es totalmente desafortunado entender que el derecho no ampare a la cónyuge separada de hecho que concluyó su relación de convivencia de tal forma, que no tiene en su perspectiva continuar manteniendo lazos de afecto con su esposo.

De hecho, aun cuando el artículo 176 del Código Civil establece obligaciones a los cónyuges, entre aquellas no están las de mantener los «lazos afectivos», la «comunicación solidaria» y los «lazos familiares» hasta el momento del fallecimiento de uno de ellos.

Precisamente, la no existencia de lazos de afecto frente a una persona con la que convivió, pero que por alguna circunstancia ya no forma parte de su vida, no puede convertirse en una causal para negar un derecho, máxime cuando la ley a cuya interpretación se apela para tal desconocimiento, no contempla ese requisito. Incluso si estableciera como exigencia tal paradigma decimonónico, que sería absolutamente contrario a los principios de igualdad y de equidad de género que establece nuestro ordenamiento constitucional, se haría más imperiosa la necesidad de su adecuación judicial a través de la interpretación para ampliar las categorías de protección a aquellas situaciones que no contempla la norma.”.

Con base en lo expuesto, concluyó que, cuando quien reclama el derecho es un cónyuge separado de hecho con vínculo matrimonial vigente a la fecha del deceso, le bastará acreditar una convivencia continua e ininterrumpida con el pensionado o afiliado fallecido de por lo menos cinco años en cualquier tiempo, para acceder a la pensión de sobrevivientes.

**2. SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD C-515 DE 2019.**

En sentencia C-515 de 30 de 2019, la Corte Constitucional declaró la **EXEQUIBILIDAD**de la expresión “con la cual existe sociedad conyugal vigente” contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la ley 797 de 2003 que modificó los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993.

 En su análisis, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional recordó que el legislador cuenta con amplias facultades de configuración normativa en materia pensional, en desarrollo de las cuales priorizó la convivencia como requisito esencial para la consolidación del derecho a la pensión de sobrevivientes sobre cualquier vínculo formal, pero creó una excepción frente a los cónyuges supérstites separados de hecho, a quienes les atribuyó la condición de beneficiarios siempre y cuando acrediten la vigencia de la sociedad conyugal al momento del deceso, abriéndoles la posibilidad de llenar el requisito de convivencia por un lapso no inferior a cinco años en cualquier tiempo, esto es, sin que deban ser acreditados en los cinco años inmediatamente anteriores al deceso; dejando de ese modo, por fuera de cualquier estudio, la presencia de requisitos adicionales a cargo de ese grupo de beneficiarios, como los exigidos en ese momento por la Sala de Casación Laboral  relativos a la permanencia de lazos de familiaridad a la fecha de la muerte del afiliado o pensionado del sistema general de pensiones.

Fue con base en lo anterior que el fondo del asunto propuse resolverlo como lo señalo a continuación.

**“**Se encuentra fuera de todo debate que el señor Alcides de Jesús Ladino Rojas, quien falleció el 17 de enero de 2018, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por haber cotizado más de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a su deceso. Así mismo, que la AFP Porvenir S.A., por vía administrativa reconoció la prestación pensional en proporción del 50% a cada uno de los hijos del causante, esto es, a Gerson Santiago Ladino Guzmán y María Yasmín Ladino Tapasco, quien devengó la pensión hasta el mes de marzo de 2019, dado que por haber cumplido 25 años perdió la calidad de beneficiaria, acrecentándose así la cuota de su hermano menor en un 100%.

De igual manera, está demostrado que la señora Noralba Tapasco Valencia solicitó ante Porvenir S.A. la pensión de sobrevivientes en mención, alegando la calidad de cónyuge supérstite del afiliado fallecido, sin embargo, le fue negada por la entidad de seguridad social al considerar que no demostró la convivencia necesaria con el afiliado a la fecha de su deceso (pág. 68 archivo 10 del expediente digital).

Dicha calidad de cónyuge supérstite del afiliado fallecido quedó probada con el registro civil de matrimonio expedido por la Notaría Única del Círculo de Quinchía (R/da), que da cuenta que la demandante contrajo matrimonio con el señor Alcides de Jesús Ladino Rojas el 18 de abril de 1998, vínculo que se mantuvo vigente al igual que la sociedad conyugal conformada entre ellos, hasta el 17 de enero de 2018 cuando se produjo el deceso del aquel, pues no obran notas marginales que evidencien que hubo cesación de los efectos civiles del matrimonio católico o liquidación de la sociedad conyugal, de manera que, se cumplen las exigencias tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, para que a la cónyuge separada de hecho le bastase demostrar cinco años de convivencia en cualquier tiempo con el causante para acceder al derecho pensional reclamado.

Ahora bien, la sociedad recurrente alega que la prueba testimonial sobre la cual la a-quo fundó su decisión, es contradictoria entre sí y no se acompasa a la información contenida en el formulario de afiliación suscrito por el causante, por lo que, a su juicio, la demandante no demostró que haya convivido con el causante por un lapso igual a 5 años en cualquier tiempo.

En ese orden, le corresponde a la Sala definir si la a-quo se equivocó al establecer que la actora era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión al deceso del causante Alcides de Jesús Ladino Rojas, para lo cual procederá al análisis de dichos medios de prueba.

Del interrogatorio de parte de la demandante se extrae lo siguiente: manifestó que procreó 3 hijos con el causante, con quien se casó el 18 de abril de 1998 haciendo vida marital en la finca la Miranda, ubicada en la vereda Matecaña, en Quinchía (R/da), donde residieron hasta el 2001, pues luego se trasladaron al pueblo, en Quinchía, al barrio la Unión, donde vivieron alrededor de un año, agregando que para ese periodo su esposo trabajaba en fincas. Indicó que para el año 2002 partieron hacia Pereira, con su hijo menor, y convivieron en el barrio 2.500 lotes, en la comunidad Villa Rocío, hasta el 12 de julio de 2004, fecha en que decidieron separarse; que para ese momento su esposo hacía trabajos informales, pues no tenía contrato de trabajo, sin embargo, posteriormente, al inquirírsele nuevamente indicó que no recordaba bien pero que en el 2004 cuando se separaron, su esposo tenía un contrato de trabajo estable con una empresa, donde laboraba como guarda de seguridad. Refirió que, ante la separación, ella se regresó a Quinchía y su esposo se quedó en Pereira y que continuaron en comunicación porque él le colaboraba económicamente; que sabe que consiguió otra pareja y que para el momento de su deceso vivía con su mamá en el barrio el dorado en Cuba.

Se escuchó también en interrogatorio a María Yasmin Ladino Tapasco, quien, en su condición de hija de la actora y el causante, relató que su nacimiento se produjo en el año 1994; que vivió con sus padres en la finca la Miranda, de propiedad de éstos, ubicada en la vereda matecaña, hasta cuando ella tenía 7 años; que después se fueron a vivir a Pereira únicamente con su hermano menor y estuvieron por fuera 3 años, agregando que ella y su otro hermano se quedaron con los abuelos en la referida finca, donde ella permaneció hasta que cumplió 16 años; que sus padres iban a visitarlos dos veces al año; que en dos ocasiones fueron juntos, pero después iba cada uno solo; sostuvo que sus padres estuvieron juntos hasta cuando ella empezó la secundaria, es decir, cuando tenía alrededor de 10 años, pues recuerda que la demandante regresó sola a la finca cuando ella ya tenía 11 años, y le comentó que se había separado de su padre.

A su turno, la señora Leidy Johana Guzmán Mejía, relató en su interrogatorio que inició una relación de pareja con el causante en junio de 2010, procrearon a Gerson Santiago en el 2012 y convivieron hasta el 2013. Narró que el causante le habló de la demandante y le dijo que se había separado de ella hacía unos 10-12 años, sin embargo, no precisó en qué momento le fue suministrada esa información, esto es, en los inicios o al final de la relación, de manera que, no es posible establecer un punto de referencia que permita delimitar de su testimonio hasta cuando perduró la convivencia entre el causante y la actora.

De otra parte, se escucharon a instancias de la actora las declaraciones de Ludivia Ladino Tapasco y Luz Amparo Tapasco Valencia.

La primera, refirió que conoció a la demandante porque ambas vivían en la vereda Matecaña; que sabe que convivió en unión libre con el causante desde 1991-1992, que tuvieron 3 hijos y después se casaron; que en la finca vivieron hasta el año 2001, pues para ese momento toda la familia junta salió de la vereda con destino hacia Quinchía, por problemas de orden público, enunciando a la demandante, al causante y sus hijos. Relató además que para ese momento la mamá de la actora no estaba viviendo en la vereda porque se encontraba muy enferma; que no sabe quiénes quedaron en la finca la miranda ni quienes llegaron a vivir allí. Manifestó además que después del año 2001 no volvió a tener contacto con la familia, hasta más o menos el 2010-2011 cuando volvió a entablar comunicación con la actora; que ella -la testigo- permaneció en la vereda hasta el 2007, y que no tuvo conocimiento de que la demandante hubiese regresado a la finca antes de ese año, agregando con posterioridad que sí escuchó algunos comentarios de que en el 2004 la familia había regresado a vivir de nuevo a la vereda.

Finalmente, la testigo Luz Amparo Tapasco Valencia, hermana de la demandante, relató que la relación entre esta y el causante empezó en el año 92, en unión libre y que luego se casaron en el 98; que vivieron en la finca la miranda hasta el 2001; que toda la familia, incluyendo los tres hijos de la pareja, se trasladó hacia Pereira al barrio 2.500 lotes, donde permanecieron hasta el 2004 y que tiene conocimiento de esa circunstancia porque los visitaba de vez en cuando y porque ella vivió en ese barrio y siempre ha residido en Pereira. Posteriormente, dijo que únicamente se fueron su hermana, el causante y uno de los hijos, puesto los otros dos hijos quedaron con la abuela; que en el año 2004 la familiase regresó a la vereda Matecaña, y que con el tiempo se enteró que la pareja se había separado, desconociendo cuándo.

De la valoración conjunta de los medios de convicción antes referidos, considera la Sala que, en efecto, como lo alega la sociedad recurrente, las declaraciones presentan múltiples imprecisiones que impiden dar credibilidad a sus dichos y tener por sentada la convivencia exigida en la norma, conforme pasa a explicarse:

La hija de la pareja, María Yasmín Ladino Tapasco, ninguna información brindó respecto a que la familia durante el 2001 hubiese fijado su residencia en el pueblo de Quinchía, aun cuando la propia demandante refirió en su interrogatorio que la familia se trasladó en ese año al barrio la unión en Quinchía, donde residieron alrededor de un año. De otra parte, el hecho de que la testigo no hubiese viajado con sus padres a la ciudad de Pereira, pues según lo manifestó, ella se quedó en compañía de su hermano en la finca “La Miranda” con su abuela, impide que se le de credibilidad a sus afirmaciones en torno a que sus padres convivieron en la ciudad de Pereira hasta el 2004, fecha en que indica que la actora regresó sola a la finca y le comentó sobre la separación, de manera que, al no estar presente con sus padres en el lugar de los hechos, no pudo tener conocimiento directo de la convivencia efectiva entre ellos.

Respecto a la declarante Ludivia Ladino Tapasco se observa que sus afirmaciones también contradicen los dichos de la propia demandante y su hija María Yasmín Ladino, pues mientras estas indicaron que, dos de los hijos de la pareja se quedaron viviendo en la finca “La Miranda”, al cuidado de la abuela materna; la testigo, manifestó que para el 2001 la mamá de la demandante no vivía en la vereda y que además en ese año, toda la familia salió junta, manifestando su desconocimiento en torno a las personas que quedaron en la finca o llegaron a vivir allí, lo cual no se explica si se tiene en cuenta que refirió que ella era vecina de la demandante y que permaneció en la vereda Matecaña hasta el 2007. En ese mismo sentido, llama igualmente la atención que la testigo, siendo vecina, tampoco se hubiera percatado de que la actora presuntamente regresó a la finca en el 2004, pero, además, que hiciera alusión a que escuchó comentarios de que la familia había regresado a vivir nuevamente a la vereda en ese año.

Finalmente, en cuanto a la declarante Luz Amparo Tapasco Valencia, se observa que incurre también en varias contradicciones, pues primero indicó que todos los integrantes de la familia, se fueron a vivir a Pereira, haciendo énfasis en la pareja se fue con sus tres hijos, sin embargo, posteriormente de manera sorpresiva cambió su versión para indicar que únicamente lo hizo su hermana, el esposo y uno de los hijos. Aunado a ello, no puede pasarse por inadvertido que la testigo refirió que siempre ha residido en Pereira y que no tuvo conocimiento de la fecha en que la pareja se separó, añadiendo que en el año 2004 la familiaseregresó a la vereda Matecaña, aun cuando la misma actora manifestó que ella retornó sola y que su esposo se quedó en Pereira.

Tales inconsistencias cobran mayor relevancia cuando se repara el contenido del formato de afiliación ante Porvenir S.A. suscrito por el causante el 14 de noviembre de 2000, (pág.10 del archivo 10 del expediente), pues de dicho documento se extrae que el señor Alcides de Jesús Ladino Rojas relacionó como lugar de residencia la calle 19 # 18-76 de Pereira, sin diligenciar ningún beneficiario; así mismo que en el acápite de información laboral señaló como ocupación o cargo actual el de ayudante, ubicando su lugar de trabajo en la peatonalización del tramo 3 en la ciudad de Pereira. Lo anterior, pone en evidencia que para el año 2000 el causante ya se encontraba residiendo en Pereira, de modo que, las afirmaciones que realizaron tanto la demandante como las testigos citadas a instancias suyas, en el sentido de que la pareja convivió en la finca la miranda hasta el 2001, y que, con posterioridad, entre el 2001 o 2002, se trasladaron a Pereira, quedan sin sustento alguno, pues se insiste, para el año 2000 el causante residía en Pereira.

Luego entonces, a juicio de la Sala los medios de prueba recaudados no permiten arribar a la conclusión de que la cónyuge supérstite convivió en tal calidad por lo menos 5 años en cualquier tiempo con el causante, pues no se acreditó que la comunidad de vida hubiese perdurado entre el año 1998 -fecha en que contrajeron nupcias por rito católico- y el año 2004, como se alega en la demanda, máxime que ante las inconsistencias y contradicciones de la prueba testimonial no es posible  establecer la fecha hasta la cual se extendió la eventual convivencia entre los esposos.

Por lo anterior, se revocará la decisión de primer grado, y en su lugar, se negarán las pretensiones formuladas en la demanda.”

Como puede verse, mi análisis de las pruebas que obran en el expediente difiere sustancialmente del que tienen los demás miembros de la Sala y es por eso por lo que salvo mi voto, como acá queda hecho.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado