***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 30 de noviembre de 2017*

***Radicación No****:**66001-31-05-003-2016-00289-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral*

***Demandante****: Natalia Andrea Gómez Garzón*

***Demandado:*** *AFP Protección*

***Juzgado de origen****: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Cómputo de tiempos en regímenes excluidos para completar semanas para pensión de sobrevivientes.*** *No obstante, tal interpretación en realidad, no se compadece con los principios del sistema de seguridad social, pues es claro que a pesar de contar con regímenes especiales, el sistema está contemplado como una unidad (literal e artículo 2º de la Ley 100 de 1993), además que está diseñado para brindar una protección universal e integral al ser humano (literales b y d ibídem) y como tal protege a todas las personas que presten sus servicios personales, indistintamente de la naturaleza del vínculo laboral que sostenga. Por ello, debe interpretarse que la autorización del literal f del artículo 13, también impone la contabilización de aquellos lapsos laborados en regímenes exceptuados, sin importar si lo fue con posterioridad a la Ley 100 de 1993; encontrando ello, además, como sustento, lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que establece que para efecto del cómputo de semanas se tendrán en cuenta aquellos períodos laborados en un régimen exceptuados (literal b). Pero además, en el caso puntual de los tiempos servidos en la fuerza pública –en el servicio militar obligatorio-, no puede contarse ese período únicamente para efectos de la pensión de vejez, pues ello va en contravía de la integralidad del sistema pensional, lo que implica que su computo también debe aplicarse a la cobertura de las restantes contingencias, esto es, invalidez o muerte.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver los recursos de apelación propuestos por las apoderadas de ambas partes contra la sentencia dictada el 09 de febrero del año que corre por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Natalia Andrea Gómez Garzón*** en su propio nombre y en representación de su menor hijo **Juan Esteban Díaz Gómez** contra la ***Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***ANTECEDENTES***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que persigue la demandante que se le declare a ella y a su hijo menor como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes causada con el deceso del señor José Leonardo Díaz Canaval y, en consecuencia, pide que se condene a la AFP Protección S.A. a reconocerla y pagarla a partir del 07 de septiembre de 2014 más los intereses de mora de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Relata, para así pedir, que el señor Díaz Canaval falleció el 07 de septiembre de 2014, que se encontraba afiliado en ese momento a la AFP Protección S.A., que cotizó más de 50 años en los tres años anteriores a la fecha de fallecimiento, que la demandante era compañera permanente desde febrero de 2009, que de dicha unión se procreó al menor Juan Esteban Díaz Gómez, que el fallecido cotizo en la AFP un total de 18 semanas, que como auxiliar de policía prestó servicios por un tiempo equivalente a 77,28 semanas, que en total cotizó 95,28 semanas y en los tres años previos a su deceso 57.71 semanas, que la actora solicitó el 19 de junio de 2015 la pensión de sobrevivientes, que la entidad negó la prestación por insuficiencia de semanas cotizadas sin tener en cuenta el tiempo de servicio policial.

Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la sociedad demandada la cual allegó respuesta por medio de procurador judicial aceptando la calenda de deceso del afiliado, el número de semanas cotizado por este en la AFP Protección, la solicitud pensional y la respuesta de la entidad. Frente a los restantes no los acepta o indica que no le constan. Frente a las pretensiones manifiesta su oposición y excepcionó de fondo “Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”, “Ausencia del requisito de 50 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha del siniestro”, “Ausencia de prueba del requisito de convivencia”, “Prescripción” e “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”.

***SENTENCIA***

Agotados los ritos procesales, la señora Jueza profirió sentencia en la que declaró que el causante sí dejó causada la pensión de sobrevivientes a favor de su hijo menor, más negó el derecho a la demandante, en su calidad de compañera, por no haber acreditado la convivencia de cinco año exigida en la norma. Para así colegir, encontró que de conformidad con los principios que orientan la ley de seguridad social en pensiones, especialmente el artículo 13, literales f y g, los tiempos servidos por el causante en el régimen exceptuado de la fuerza pública sí pueden contabilizarse y con tales períodos se superan las 50 semanas exigidas en el canon 46 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la calidad de beneficiarios de los demandantes, encuentra que la del hijo menor del fallecido está claramente determinada con el registro civil de nacimiento. Frente a la demandante, en cambio, estima que de conformidad con la prueba testimonial aportada en el infolio, es claro que la convivencia de estos no duró 5 años, pues apenas empezó en el año 2011, cuando ésta se graduó del colegio y que anteriormente sí habían tenido un noviazgo, mas no convivencia. Por lo tanto concede el 100% de la pensión al menor demandante. Frente a los intereses de mora, determinó que los mismos procederían desde la ejecutoria de la sentencia, amén que la entidad se negó, con validos argumentos legales, a reconocer la prestación pensional. Impuso costas a cargo de la entidad demandada en un 60% de las causadas.

***APELACIÓN***

Ambos extremos litigiosos apelaron la decisión, lo que hicieron con el siguiente tenor.

La parte actora se mostró inconforme con la decisión al encontrar que de conformidad con la prueba testimonial, sí existió en la pareja una convivencia de cinco años, pues se fueron a vivir juntos desde principios del año 2009, sin que dicha vida en común se interrumpiera porque el causante se fuera a prestar servicio militar. Por tal motivo, persigue que se revalore la declaración de parte rendida por la demandante y los testimonios practicados.

Por su parte la sociedad demandada indica que las certificaciones expedidas por la Policía, si bien acreditan la prestación de servicios, no evidencian a que fondo o caja se hicieron las cotizaciones o si las mismas se hicieron, por lo que es inviable el cómputo de dichos tiempos.

***ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

Con el fin de desatar las alzadas propuestas, resolverá la Sala los siguientes problemas jurídicos:

*¿Para efectos de acceder a una pensión de sobrevivientes del régimen de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, pueden contabilizarse períodos laborados en regímenes exceptuados?*

*¿Acreditó la señora Gómez Garzón las condiciones para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Díaz Canaval?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Para resolver el primero de los interrogantes planteados, se tiene que la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Díaz Canaval, claramente está regida por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, norma que exige para generar la prestación de sobrevivientes que el afiliado haya cotizado 50 semanas en los tres años previos a su deceso. Por regla general, se tiene que tal densidad de cotizaciones se debe completar con tiempos cotizados a las administradoras de cualquiera de los dos regímenes de pensiones, tal como lo señala el literal g del artículo 13 de la referida ley. Pero además, por autorización del literal f de la misma norma, también es posible que se tengan en cuenta períodos cotizados o servidos a otras cajas o fondos o en entidades del sector público, cotizados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Puntualmente, entratándose del régimen de las fuerzas militares y de policía, existe norma específica, esto es, la Ley 48 de 1993 que establece que el tiempo en que se presta el servicio militar se computara para efectos de la pensión de vejez y de jubilación.

Lo anterior, por cuanto, no se compadecería con los principios del sistema de seguridad social, la exclusión de aportes o tiempos laborados en los regímenes especiales, dado que el sistema está contemplado como una unidad (literal e artículo 2º de la Ley 100 de 1993), además que está diseñado para brindar una protección universal e integral al ser humano (literales b y d ibídem) y como tal protege a todas las personas que presten sus servicios personales, indistintamente de la naturaleza del vínculo laboral que sostenga. Por ello, el literal b del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 impone la contabilización de aquellos lapsos laborados en regímenes exceptuados, creados con la Ley 100 de 1993, sin importar que tal norma este ubicada en el capítulo de la pensión de vejez, implicando ello que los tiempos servidos en la fuerza pública también se deban computar para efectos pensionales, lo que no es –entonces- óbice para que se aplique a la cobertura de las restantes contingencias, esto es, invalidez o muerte, por cuanto las disposiciones referentes a estos, no regulan el tema de ahí que se acuda tanto a los artículos 13 y 33 de la Ley 100.

Puntualmente, la aplicación de los tiempos de servicio militar obligatorio en la cobertura de las contingencias diferentes a las referidas en el canon 40 de la Ley 48 de 1993, ha ocupado la jurisprudencia nacional, siendo pertinente para un mejor sustento de la decisión, citar apartes de uno de dichos pronunciamientos:

*“Particularmente, son dos principios los que entran en juego al momento del análisis del art. 40 de la L. 48/1993, a saber: el principio de universalidad y el de integralidad; el primero de orden constitucional y legal, y el segundo de desarrollo legal. Así, de acuerdo con el art. 2º de la L. 100/1993, el sistema de seguridad social es universal en la medida que dispensa una protección, por igual, a todas las personas, y es integral, en tanto cobija todas las contingencias que afectan la salud, condiciones de vida y capacidad económica de los habitantes.*

*En concreción del principio de universalidad del sistema general de pensiones, el literal f) del art. 13 de la L. 100/1993 consagró la posibilidad de sumar y darle valor a todas «las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio». Conforme a esto, las fronteras impuestas por los anteriores regímenes pensionales, que coexistían dispersamente y condicionaban la validez de los tiempos laborados a situaciones tales como que hubieran sido objeto de aportes, laborados en determinados sectores o entidades, cotizados a específicos entes previsionales, entre otros, son eliminadas, para, en su lugar, tomar como referente de construcción de la pensión la prestación del servicio en cuanto tal.*

*De ahí que, al suprimir estas barreras, que obstaculizaban la adquisición del derecho pensional, la L. 100/1993 se erija en un estatuto normativo inclusivo, anti clasista y unificador de regímenes pensionales, como se expresa en su art. 6º, al prescribir que «el Sistema de Seguridad Social Integral está instituido para unificar la normatividad».*

*Por consiguiente, frente a esta clara pretensión de universalidad, integración e inclusión, donde todos los tiempos de servicio suman para «el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes» (art. 13 L. 100/1993), en la actualidad la limitación impuesta en el art. 40 de la L. 40/1993, carece de una justificación objetiva y valorativa que la respalde.*

*…*

*Adicionalmente, no puede pasarse por alto que en el marco de las prestaciones fundamentales del sistema de seguridad social, las interpretaciones normativas que realicen las instituciones y los jueces, deben atender, primordialmente, a dos principios: (i) pro homine, en cuya virtud el intérprete debe acoger el sentido más extensivo de un texto normativo, cuando se trata de la realización y efectivización de derechos fundamentales; y (ii) de integralidad, que presupuesta que la seguridad social brinda «cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población» (art. 2º L. 100/1993).*

*Lo anterior quiere decir que las lagunas axiológicas que susciten los textos normativos, cuandoquiera que éstos se enfrenten a problemas de incompatibilidad entre su contenido y determinados valores o principios de un sistema, como ocurrente en este asunto, donde se presenta una divergencia entre el art. 40 de la L. 48/1993 y los principios fundantes del sistema general de seguridad social, deben resolverse a través de un ejercicio hermenéutico amplio o extensivo.*

*Desde este punto de vista, a juicio de la Sala, la mejor solución interpretativa es aquella según la cual el art. 40 de la L. 48/1993, no solo cobija las pensiones de jubilación o vejez, sino también las de sobrevivencia e invalidez, en el entendido que la protección en pensiones que ofrece la L. 100/1993 abarca tres ámbitos: vejez, invalidez y muerte; de manera que, no es apropiado limitar la norma a solo uno, como si el ser humano pudiera fraccionarse en su integridad”. (Sentencia SL 11188 de 2016).*

Así las cosas, es evidente que el tiempo prestado en regímenes exceptuados sí puede contabilizarse para efectos de completar las semanas exigidas para causar la pensión de sobrevivientes.

En el caso que se estudia, se tiene que existe constancia de que el señor Jorge Leonardo Díaz Canaval prestó su servicio militar entre el 14 de diciembre de 2010 y el 14 de junio de 2012 (fl. 36), lapso que equivale a 77,14 semanas y en la AFP Protección cotizó entre agosto de 2012 y octubre de 2013 un total de 18 semanas (fl. 113), lo que permite colegir que el causante en su vida laboral alcanzó a cotizar un total de 95,14 semanas. Atendiendo que falleció el 07 de septiembre de 2014, conforme se colige en el registro civil de defunción –fl. 20-, debe verificarse cuantas cotizaciones alcanzó a completar el fallecido entre el 07 de septiembre de 2011 y la misma fecha de 2014. En ese tiempo el afiliado alcanzó a cotizar 57,71 semanas, suma que claramente supera las 50 exigidas por la normatividad aplicable. Así las cosas, es claro para la Sala que el señor Díaz Canaval sí dejó causado el derecho pensional para sus causahabientes, debiendo la AFP realizar los trámites pertinentes para obtener el bono pensional que corresponda, sin que ello afecte el reconocimiento pensional.

Para desatar el segundo de los cuestionamientos planteados, ha de decirse que la normatividad que rige la calidad de beneficiarios en el caso puntual no es otra diferente a la Ley 100 de 1993 en su artículo 47, el cual fue modificado por la regla 13 de la Ley 797 de 2003.

Los literales a y b de dicha norma regulan la vocación de beneficiario que tiene el cónyuge o el compañero permanente, la cual está supeditada a que se evidencie que hubo una convivencia de –mínimo- los cinco años que antecedieron al deceso del afiliado o del pensionado.

Contempló el legislador varias hipótesis fácticas que se pueden dar, ajustadas a la realidad social y que regulan casos de convivencia simultanea o de la existencia de varios beneficiarios de la prestación: (i) cuando existan dos o más compañeros permanentes con vocación de beneficiarios, la pensión se repartirá entre ellos, a prorrata del tiempo de convivencia (inc. 2 lit. b); (ii) cuando exista convivencia simultánea de un cónyuge y un compañero permanente, según el texto legal, la pensión se otorgaría al cónyuge, sin embargo, tal consecuencia jurídica fue revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008, encontrándose que no puede excluirse al compañero permanente que acredite haber tenido convivencia con el causante en el mismo tiempo, razón por la cual la consecuencia es que se divida la pensión en proporción al tiempo convivido y (iii) se contempla la posibilidad de que no exista convivencia simultánea, que el vínculo marital siga vigente, pero se haya roto de hecho la convivencia y, además, exista una convivencia del afiliado o pensionado con otro compañero permanente, caso en el cual le corresponderá a éste una parte de la pensión en proporción al tiempo de convivencia y el resto le corresponderá al cónyuge.

De todas estas hipótesis, lo que se extracta es que la pensión de sobrevivientes, premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad o el ánimo de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia. No puede llamarse convivencia a aquella ayuda material o económica que por cualquier circunstancia una persona brinda a otra, pues el concepto de vida en pareja trasciende lo meramente económico y engloba conceptos afectivos, espirituales, morales y físicos, que ineludiblemente permitan colegir que dos personas hacen o hicieron una vida en común.

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió, en los términos antes anotados, con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años. Y como la norma exige convivencia, no importa si se dio en el marco de una relación matrimonial o una relación de hecho, pues ambas tienen igual tratamiento por la ley, pudiendo incluso darse la convivencia una parte, en el marco de una unión de hecho y otra por vínculos jurídicos o viceversa.

En el sub judice, se tiene que la prueba aportada es testimonial, puntualmente los dichos de Antonio José Gómez Gómez y Deivis Jaramillo, quienes relatan que entre Natalia Andrea y Jorge Leonardo empezó una relación desde que estaban en el colegio, en el año 2008, que se desarrolló en Caramanta, Antioquia inicialmente, que tal relación fue muy estrecha y permanente hasta el año 2014 cuando fue asesinado éste, que tal relación se extendió al municipio de Marmato, Caldas y esporádicamente en la ciudad de Pereira y que se caracterizó por la unicidad de la misma, no presentarse rompimientos y ser constante en el tiempo. Sin embargo, los testigos dan cuenta de que la convivencia, que es lo que genera la calidad de beneficiario de la prestación pensional, no se dio desde los albores de la relación, sino apenas para el año 2011. En efecto, el señor Gómez Gómez padre de la demandante, relata que ellos se fueron a vivir juntos apenas se graduaron del colegio, lo que ocurrió en el año 2011 y si bien refieren que los fines de semana mientras estudiaban, se iban a estar juntos donde los padres de uno u otro, en realidad tales períodos no pueden tenerse como convivencia, sino como episodios propios ocurridos dentro del noviazgo, puesto que en semana cada uno retornaba a su hogar y seguían con su noviazgo en el colegio. Por tal motivo, se puede colegir que la convivencia real y efectiva apenas data del año 2011, por lo que apenas convivieron por espacio de tres años, lapso que es claramente inferior al exigido por la norma, que es de cinco años. Por lo tanto, la demandante no alcanzó a acreditar las condiciones exigidas en la ley para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, tal como lo determinó la a-quo.

Frente a la condena por intereses moratorios y costas procesales que pide la AFP se le exonere, ha de decirse que, frente a los primeros, se fijó su imposición desde la ejecutoria de la providencia, en caso de que no se cumplan las órdenes dadas, decisión que es la indicada en este caso y que en realidad no se observa contraria a los intereses de la parte demandada. En cuanto al tema de las costas procesales, se tiene que las mismas proceden por la imposibilidad de defender en el curso de un proceso judicial, la tesis expuesta en el escrito de demanda o en la contestación y, en caso de que la defensa de la posición sostenida apenas haya sido parcial, es posible que el Juez le fije costas parciales a la parte vencida. Es precisamente eso lo que ocurrió en este caso, cuando la sociedad demandada sacó airosa su defensa frente a la calidad de beneficiaria de la demandante, mas no logró desvirtuar la existencia del derecho pensional, lo que generó que al a quo, atinadamente, le impusiera costas parcialmente.

Así las cosas se observa que la sentencia de primera instancia es acertada y por lo tanto habrá de confirmarse.

Sin costas en esta sede, por no haber prosperado ninguno de los recursos planteados.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

***1. Confirmar*** la sentencia proferida el 09 de febrero de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

***2. Sin costas*** en esta instancia.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrada Magistrada