Providencia	:	Sentencia del 10 de Julio de 2012
Radicación Nro.	:	66001-31-05-004-2010-00585-01
Proceso	:	ORDINARIO LABORAL
Demandante	:	ROSA ELENA CALDERÓN ÁLZATE
Demandados	:	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y Olga Liliana Torres Carvajal
Juzgado de Origen	:	Cuarto Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda) – Segundo Adjunto
Magistrada ponente	:	Dra. ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Tema	:	**COMPAÑERA(O) PERMANENTE TIENE DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE CUANDO EXISTE CONVIVENCIA SIMULTÁNEA CON LA (EL) ESPOSA(O).** Si bien el texto del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, excluye a la compañera/o permanente y le otorga la pensión de sobreviviente a la (el) esposa (o) cuando exista convivencia simultánea en los últimos 5 años, dicho aparte de la norma fue declarado exequible por nuestro máximo tribunal constitucional de manera condicionada mediante Sentencia C-1035 del 22 de octubre de 2008, con ponencia del magistrado, Dr. Jaime Córdoba Triviño, "*en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido".*

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

ACTA No. ____
(Julio 10 de 2012)

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

En Pereira (Risaralda), a los diez (10) días del mes de julio del año dos mil doce (2012), siendo las cinco y cincuenta minutos de la tarde (5:50 p.m.), fecha y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente Audiencia, se reunieron los Magistrados que integran la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN** *–quien actúa como Ponente-,* **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** y **HUMBERTO ALBARELLO BAHAMÓN**, en asocio de la Secretaria, doctora **Mónica Andrea Jaramillo Zuluaga,** se declara abierto el acto y la Sala se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento, en el presente proceso ordinario laboral instaurado por la señora **ROSA ELENA CALDERÓN**

ÁLZATE en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y la señora **OLGA LILIANA TORRES CARVAJAL**, quien a su vez presentó demanda de reconvención contra la demandante y el ISS.

En sesión previa que se hizo constar en la mencionada acta, la Sala discutió y aprobó el proyecto que presentó la Magistrada Ponente, el cual alude a la siguiente:

S E N T E N C I A:

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida el 18 de noviembre de 2011, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda) – Segundo Adjunto, dentro del proceso Ordinario Laboral reseñado atrás.

I. LA DEMANDA

1. Pretensiones:

Solicita la señora Rosa Elena Calderón Álzate, a través de apoderado judicial, que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su esposo Francisco Javier Arce Montoya, fallecido en Pereira el 3 de junio de 2009, en consecuencia, se condene al Instituto de Seguros Sociales a pagarle la pensión en la cuantía que corresponda junto con los demás beneficiarios, desde la fecha de fallecimiento de su esposo, más las costas del proceso.

2. Hechos Relevantes:

Se informa que la señora Rosa Elena Calderón Álzate fue casada por los ritos católicos con el señor Javier Arce Montoya el 30 de junio de 1984, que el domicilio y residencia que tenía la pareja era el municipio de Dosquebradas, manzana 7 casa 13 del barrio Júpiter, donde convivieron por más de 20 años hasta la fecha de fallecimiento del causante.

Agrega que se presentó ante el Instituto de Seguros Sociales a reclamar la pensión de sobreviviente de su esposo, quien laboraba al servicio de la Universidad Tecnológica de Pereira, pero le fue negada mediante la Resolución No. 00202 de 2010, argumentando que también se había presentado a reclamar dicha prestación la

señora Olga Liliana Torres Carvajal. Sin embargo, afirma que estuvo conviviendo como esposa y madre de los hijos del señor Arce Montoya desde el matrimonio hasta su fallecimiento y estuvo pendiente de su salud y de los tratamientos médicos a los que se vio sometido en los últimos 3 años, viviendo en la residencia común antes referida, donde además recibían la correspondencia.

En la resolución que le negó la pensión a la actora, la entidad demandada le reconoció la pensión a las hijas del matrimonio NATALIA y DIANA MASSIEL ARCE CALDERÓN (omite informar que también le fue reconocida al menor ROBINSON ARCE TORRES).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La codemandada Olga Liliana Torres Carvajal, a través de apoderado judicial, contestó la demanda aceptando los hechos relacionados con el matrimonio de la demandante y el señor Arce Montoya y la convivencia de la pareja, pero aclarando que ésta fue hasta 1993 cuando él inició la convivencia permanente con ella en la manzana 5 casa 28 del barrio Las Brisas de Pereira; admite la reclamación pensional por parte de la actora, la negativa del Instituto de Seguros Sociales y el reconocimiento de la pensión a los hijos del causante. Respecto de los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Se opuso a las pretensiones de la demanda, propuso como excepciones las de “FALTA DE CAUSA” y “PRESCRIPCIÓN” y, presentó demanda de reconvención.

Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales, a través de apoderado judicial, contestó la demanda aceptando los hechos relacionados con el matrimonio de la demandante y el causante, la solicitud de pensión de sobreviviente y la respuesta negativa y el reconocimiento de la pensión a las hijas del señor Arce Montoya. Respecto de los demás hechos manifestó que no le constan. No se opone a las pretensiones de la demanda, indicando que se atiene a lo probado en el proceso y aclara que la entidad ha venido pagando el 50% de la pensión a las hijas reconocidas y ha dejado el 50% en suspenso a la espera de que la justicia ordinaria dirima la controversia entre la esposa y la compañera que reclamaron la prestación. Propuso como excepciones las de “PRESCRIPCIÓN”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “BUENA FE” y la denominada “GENÉRICA”.

III. DEMANDA DE RECONVENCIÓN

1. Pretensiones:

La señora Olga Liliana Torres Carvajal solicita que se declare que el Instituto de Seguros Sociales es responsable del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor, como compañera del señor Francisco Javier Arce Montoya, a partir del 3 de junio de 2009, fecha de fallecimiento de aquel, en consecuencia, se condene a la codemandada ISS a pagarle la pensión de sobrevivientes, más los intereses moratorios y las costas del proceso.

2. Hechos Relevantes:

Se informa que el 3 de junio de 2009 falleció el señor Francisco Javier Arce Montoya, quien en vida laboró en la Universidad Tecnológica de Pereira en el oficio de mantenimiento; que el señor Arce Montoya sostuvo una relación marital de hecho con la señora Olga Liliana Torres Carvajal desde el mes de septiembre de 1993 hasta el 3 de junio de 2009, fecha de su fallecimiento y que le prodigó todo el cuidado y asistencia necesarios y requeridos por él, por lo que por ley tiene derecho a la pensión de sobrevivientes. Agrega que el 13 de agosto de 2009 presentó al Instituto de Seguros Sociales la solicitud de pensión, que también reclamó la señora Rosa Elena Calderón Álzate, pero el ISS, mediante la Resolución No. 00202 de 2010 decidió "dejar en suspenso el trámite de dichas solicitudes hasta tanto se acredite mediante sentencia debidamente ejecutoriada a cuál de las dos partes le corresponde el derecho", y le concedió la pensión al hijo menor de edad, Robinson Arce Torres.

Manifiesta que ostenta la calidad de compañera permanente y por tanto es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

IV. CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La codemandada en reconvención Rosa Elena Calderón Álzate, a través de apoderado judicial, contestó la demanda aceptando los hechos relacionados con la reclamación pensional por parte de las dos actoras y la negativa del Instituto de Seguros Sociales. Respecto de los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención y propuso

como excepciones las de “CADUCIDAD” y “PRESCRIPCIÓN”.

Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales, no contestó la demanda de reconvención, razón por la cual se le impuso la sanción procesal correspondiente mediante providencia del 15 de septiembre de 2010 (fl. 192), esto es, tener esta omisión como un indicio grave en su contra.

V. LA SENTENCIA APELADA

Clausurado el debate probatorio, el juez de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de la sentencia objeto de apelación en la que resolvió declarar que la señora Rosa Elena Calderón Álzate -en calidad de esposa- y, la señora Olga Liliana Torres Carvajal –como compañera permanente-, tienen la calidad de beneficiarias del cotizante Francisco Javier Arce Montoya, en consecuencia, condenó al Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagarles la suspendida pensión de sobrevivientes desde el 3 de junio de 2009, en la cuantía que corresponda y en el equivalente al 60% y 40% respectivamente, y se abstuvo de condenar en costas procesales.

Para llegar a tal determinación el *a-quo* concluyó que el causante dejó acreditado el derecho a la pensión de sobrevivientes, la cual le fue reconocida en un 50% a los hijos y el 50% restante debe ser pagada a la esposa y a la compañera permanente, ésta última porción en un 60% y 40% respectivamente, por haberse demostrado que existió una convivencia simultánea entre las partes enfrentadas.

VI. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandante principal presentó el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado en los siguientes términos:

Considera que los testimonios presentados por la actora fueron claros, precisos y contundentes en demostrar la continua dependencia de la pareja en su hogar ubicado en el barrio Júpiter de Dosquebradas y que la señora Rosa Elena Calderón no se separó de su esposo, ni le conocieron otra mujer, mientras que las declaraciones de los progenitores del difunto son tendenciosas y dan a entender una

especie de antipatía y animadversión en contra de su nuera y de sus nietas. Agrega que las pruebas documentales aportadas con la demanda dan cuenta del cuidado que la demandante le brindó a su esposo y de los controles médicos a los que lo acompañó durante los 3 últimos años de su vida, por lo tanto, asegura que es falso que solo el último mes de su vida hubiera estado conviviendo con su esposa.

Afirma que el fallo no tuvo en cuenta la prueba documental aportada por la demandante, entre las cuales aparece una denuncia ante la Comisaría de Familia presentada por la demandada Olga Liliana Torres en contra de Francisco Javier Arce por falta de alimentos al hijo menor y se pregunta que si estaba conviviendo con él ¿cómo es posible que la citación se la haga llegar al barrio Júpiter en Dosquebradas?.

Por estas consideraciones, solicita que la pensión le sea reconocida en un 100% a la demandante.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de ley, los apoderados judiciales de las partes presentaron alegatos de conclusión en los siguientes términos:

El vocero judicial de la codemandada, Olga Liliana Torres Carvajal, manifiesta que comparte en su integridad la sentencia de primera instancia como quiera que quedó demostrado que se presentó una convivencia simultánea y, por lo tanto, las dos tienen derecho a la pensión de sobrevivientes. Así mismo, cuestiona la sustentación del recurso de apelación en relación con la manifestación hecha por la parte actora en el sentido de que no fueron valoradas las pruebas documentales aportadas por la demandante, especialmente la denuncia ante la Comisaría de Familia presentada por la demandada Olga Liliana Torres contra el señor Francisco Javier Arce por falta de alimentos para su hijo menor, asegurando que ese documento no existe para el proceso pues fue expuesto de manera extemporánea y no puede siquiera considerarse ni valorarse como prueba que pudiese controvertirse, conocerse y evaluarse, por tanto, lo desconoce. Agrega que los argumentos nuevos –sin especificar cuáles-, no pueden acogerse y solicita que se confirme la sentencia.

El apoderado de la actora insiste en que el señor Francisco Javier Álzate (sic) debido a la enfermedad que padecía permaneció mucho tiempo en la casa de su

esposa y de sus hijas legítimas, quienes debían cuidarlo y llevarlo a los controles médicos, así permaneció cerca de 4 a 5 años y como estaba convaleciente no podía realizar mucho esfuerzo físico, razón por la cual se alejó por completo de su concubina y nunca volvió a su casa en el barrio las Brisas, ni le volvió a pasar dinero, de manera que ella procedió a demandarlo y asegura que las pruebas documentales y los testimonios demuestran que fue la señora Rosa Elena Calderón Álzate quien lo cuidó durante sus últimos años de vida, mientras que los testimonios presentados por la demandada, a su juicio, no aclaran en donde fue atendido y quien era la persona que estaba atenta a su cuidado, en consecuencia, considera que se deben desestimar esas pruebas y revocar el fallo impugnado para que se le conceda la pensión completa a la esposa.

VIII. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos Procesales:

Sirve la revisión del informativo para determinar que los requisitos esenciales para su formación y desarrollo normal (*Competencia, requisitos formales, capacidad para ser parte y comparecer a juicio)*, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite decidir con sentencia de mérito. Por otra parte, tampoco se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado.

2. Problema jurídico por resolver:

El asunto bajo estudio plantea a la Sala el siguiente problema jurídico:

- ¿Quedó probada la convivencia simultánea en los últimos 5 años antes del fallecimiento del causante con su esposa y su compañera permanente?

3. Caso concreto:

No existe discusión alguna en el presente asunto respecto a la fecha de fallecimiento del señor FRANCISCO JAVIER ARCE MONTOYA -3 de junio de 2009-, tampoco que dejó acreditados los requisitos legales para que sus beneficiarios accedieran a la pensión de sobreviviente y que el 50% de esa gracia pensional fue reconocida por el Instituto de Seguros Sociales -mediante la Resolución No. 00202 del 20 de enero de 2010 (fls. 6 al 9), pero retroactivamente desde la fecha de

fallecimiento del causante-, a sus tres hijos, NATALIA ANDREA y DIANA MASSIEL ARCE CALDERÓN y ROBINSON ARCE TORRES.

En ese mismo acto administrativo, el Instituto de Seguros Sociales dejó en suspenso el 50% de la pensión reclamada por las señoras ROSA ELENA CALDERÓN ÁLZATE y OLGA LILIANA TORRES CARVAJAL, como esposa y compañera permanente respectivamente, hasta tanto se decidiera judicialmente quien derecho, que es precisamente el objeto de este proceso.

Retomando los antecedentes, el juez de primera instancia concluyó que las dos, como esposa y compañera permanente, tienen derecho a la pensión proporcionalmente al tiempo de convivencia con el causante, para lo cual, determinó que les correspondía el 60% y 40% respectivamente. La parte demandante, en calidad de esposa, considera que tiene derecho al 100% de dicha prestación, aclarándose que es de la mitad de la pensión que quedó en suspenso, pues la otra mitad ya la disfrutan los hijos.

Para el efecto, lo primero que se debe recordar es que si bien texto del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003[1], excluye a la compañera(o) permanente y le otorga la pensión de sobreviviente

---

[1] "ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 2003: 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) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

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

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

a la (el) esposa (o) cuando exista convivencia simultánea en los últimos 5 años, dicho aparte de la norma fue declarado exequible por nuestro máximo tribunal constitucional de manera condicionada, mediante Sentencia C-1035 del 22 de octubre de 2008, con ponencia del magistrado, Dr. Jaime Córdoba Triviño, *"en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido".*

Por lo tanto, debe determinarse, con el material probatorio obrante en el expediente, si se presentó una convivencia simultánea en el presente caso, como lo dispuso el juez de primer grado, o si por el contrario, solamente la esposa recurrente convivió con el causante los últimos 5 años para que la pensión no sea compartida.

Dicho análisis debe partir del hecho cierto de que el causante durante por lo menos 2 ó 3 años antes de su fallecimiento tuvo que soportar una enfermedad que lo fue disminuyendo físicamente de manera notable, según se advierte de las declaraciones de las personas que rindieron sus testimonios en el proceso, entre ellas la auxiliar de enfermería que lo atendió, María Rosalba Marulanda (fl. 210 y ss), lo planteado por la demandante, lo aceptado por la demandada y las fotografías obrantes en el expediente en las cuales se advierte el deterioro que sufrió su cuerpo (fls. 15 y 16) y que efectivamente los últimos días de su vida los pasó en el domicilio que tenía con su esposa en el barrio Júpiter de Dosquebradas, al punto que allí fue donde murió, según lo aceptado por las partes y la certificación expedida por la empresa que le prestó el servicio funerario (fl. 17).

Sin embargo, mientras la demandante asegura que siempre vivió allí, que nunca se separaron, la demandada indica que con la esposa solo pasó el último mes de su vida, pues antes convivía con ella en el barrio Las Brisas de Pereira.

Las pruebas obrantes en el proceso se clasifican en dos grupos, las testimoniales y las documentales.

Revisado el primer grupo, es decir, las testimoniales, se puede concluir lo siguiente:

últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (…)" (Negrillas nuestras).

1º. Las testigos de la parte demandante, señoras MARÍA ROSALBA MARULANDA BERMÚDEZ (fls. 210 y 211), ALCIRA BERNAL MÉNDEZ (fls. 212 y 213), y SOLÁNGEL MARÍN DE FRANCO (fls. 214 y 215), todas ellas vecinas de la pareja conformada por la señora Rosa Elena Calderón y el señor Francisco Javier Arce Montoya en el barrio Júpiter, coinciden en afirmar que nunca se separaron hasta el deceso de él, aunque la primera de ellas solo tiene conocimiento del hecho en relación con los 2 últimos años (de 2007 a 2009). Esta versión la ratifica la testigo NATALIA ANDREA ARCE CALDERÓN (fls. 213 y 214), que es una de las hijas de la demandante.

2º. Los testigos de la demandada, señores ÁLVARO LINARES REAL (fls. 216 y 217) y NORBEY GALICIA RUÍZ (fls. 217 y 218), que eran compañeros de trabajo del causante en la Universidad Tecnológica, dan cuenta de la relación de compañeros permanentes que sostenían el señor Francisco Javier Arce y la demandada Olga Liliana Torres Carvajal y que se extendió por más o menos 15 años, según sus dichos. Esa versión es confirmada además por los señores CAMILO ANTONIO ARCE GIRONZA (fls. 218 y 219) y MARÍA JUDITH MONTOYA DE ARCE (fls. 219 al 222), quienes son los padres del causante, pero de sus dichos se puede destacar además que ambos coinciden en afirmar que realmente había una convivencia simultánea, pues al ser consultados expresamente sobre el tema, el primero indicó que "*Él vivió con las dos al mismo tiempo, él estuvo así como 15 años*" y, la segunda, lo confirmó aclarando que estaba *"... unos días donde una y otros días donde la otra...*".

De otro lado, de las pruebas documentales podemos se puede concluir:

1º. Evidentemente existen actuaciones del actor que indican que para unos efectos, vivía en el barrio Júpiter de Dosquebradas, es decir, con la señora Rosa Elena Calderón Álzate, como: La correspondencia de un seguro adquirido con ACE Seguros del 16 de julio de 2007 (fl. 14); el contrato de obra civil efectuado con la arquitecta Alba Luz Ramírez Giraldo del 29 de octubre de 2004 (fls. 17 al 20); y, el extracto del mes de abril de 2007 de una tarjeta de crédito que había adquirido con una reconocida superficie (fl. 21).

2º. También existen actuaciones del causante en las que se advierte que

declaraba que su domicilio era en el barrio Las Brisas de Pereira, es decir, que vivía con la señora Olga Liliana Torres Carvajal, tales como: La solicitud de crédito a la Cooperativa de Empleados FAVI UTP de noviembre de 2006 (fl. 80); el contrato de compraventa de una motocicleta de diciembre de 2006 (fl. 81); la correspondencia remitida por el Instituto de Tránsito y Transporte de Pereira de octubre de 2009 (fl. 90); y la factura del servicio públicos de gas de octubre de 2009 (fls. 92), las cuales si bien son posteriores a su fallecimiento, demuestra que en esas entidades tenía registrada esa dirección; y, el seguro obligatorio de su motocicleta (fl. 93). Además existe una póliza de seguro de exequias de noviembre de 2005 en la que el señor Arce Montoya registró como beneficiaria a la señora Torres Carvajal (fl. 221).

3º. Tanto la parte demandante como la demandada han aportado sendas copias parciales de la historia clínica del señor Francisco Javier Arce y de algunos de los tratamientos que se hizo, las cuales se encuentran dentro de los últimos 5 años anteriores a su fallecimiento, pero se advierte que las más recientes, o más cercanas a su deceso son las aportadas por la actora, la última de ellas data del 28 de mayo de 2009 (fl. 30) –el óbito fue el 3 junio de 2009-, pero la mayoría son de los años 2007 y 2008 (fls. 22 al 29); mientras que, las de la codemandada van desde el año 2004 hasta el 2008 (fls. 59 al 75).

En este punto vale la pena aclarar que -contrario a lo manifestado por el apoderado judicial de la demandada Olga Liliana Torres Carvajal-, la prueba documental relacionada con la solicitud presentada por ésta ante la Comisaría de Familia contra el señor Francisco Javier Arce por alimentos para su hijo menor, sí existe en el proceso, de hecho se encuentra visible a folio 34 y es una prueba válida por haber sido aportada oportunamente –con la presentación de la demanda- y fue decretada como tal en la Audiencia del 26 de octubre de 2010 (fl. 194), momento procesal en el que no hizo ninguna manifestación de oposición o desconocimiento de la misma.

Sin embargo, revisada la misma prueba, aunque fue aportada por la parte actora, tampoco existe certeza de que como lo afirma la demandante en la sustentación del recurso, dicha citación haya sido remitida al señor Francisco Javier Arce al domicilio del barrio Júpiter en Dosquebradas, pues la casilla “Dirección” (del solicitado) aparece en blanco, por lo tanto, tampoco podría decirse –como lo afirma

el recurrente- que la misma demuestra que no vivía con la señora TORRES CARVAJAL sino con CALDERÓN ÁLZATE. Es más, para efectos de la convivencia en los últimos 5 años nada aporta puesto que data del 21 de noviembre del 2000.

4º. En relación con el material fotográfico, se infiere como un hecho notorio que el aportado por la parte actora (fls. 15 y 16), es el más reciente y podría ser de los últimos meses o del último año de vida del causante, pero el aportado por la demandada (fls. 95 al 104), da cuenta de la vida en común desarrollada por el señor Arce con la señora Olga Liliana y, aunque puede ser más antiguo como lo refiere el apoderado judicial de la actora en la sustentación del recurso, una de esas fotografías es de mayo del 2005 (fl. 102), es decir, hace parte de las actividades de los últimos 5 años de su vida, aunque también debe aclararse que en ella no hay nada que indique que para ese momento mantenía la relación con la señora Torres Carvajal.

Ahora, al hacer el análisis de todas las pruebas en su conjunto, esta Corporación concluye que, tal y como lo determinó el a-quo, existe suficiente evidencia para asegurar que existió una convivencia simultánea del señor Francisco Javier Arce Montoya con la señora Rosa Elena Calderón Álzate –en calidad de esposa y en el domicilio del barrio Júpiter de Dosquebradas- y con la señora Olga Liliana Torres Carvajal –como compañera permanente en el domicilio del barrio Las Brisas de Pereira-, por lo menos durante los 5 años anteriores a su fallecimiento, lo que de contera conlleva que las dos sean beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, proporcionalmente.

Sin embargo, lo que si advierte la Sala es que la condena del 60% para la esposa y 40% para la compañera no es proporcional al tiempo de convivencia con el causante, como quiera que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que la primera convivió con él desde el matrimonio, celebrado el 18 de julio de 1984 (fl. 11) hasta el fallecimiento (3 de junio de 2009), es decir, casi 25 años; mientras que la compañera, si bien acreditó una convivencia de más o menos 15 años, de acuerdo con los testimonios de los señores Álvaro Linares Real (fl. 216), Norbey Galicia Ruiz (fl. 217) y Camilo Antonio Arce Gironza (fl. 219), quienes coinciden en manifestar que la relación de pareja comenzó en los años 1993 ó 1994, también es cierto que en el año 2000, como ya se aclaró, la compañera lo demandó

por alimentos a favor del hijo menor, de lo cual se infiere, de acuerdo a las reglas de la experiencia, que no estaba viviendo con él y/o que hubo una interrupción en la convivencia, pues no se compadece que existiendo una comunidad de lecho en la que supuestamente el causante prodigó cuidado y asistencia tanto a la compañera como al hijo –según se afirma en la demanda de reconvención-, aquella se viera obligada a demandarlo por alimentos ante la Comisaría de Familia Nororiental de Pereira el día 21 de noviembre de 2000 (fl. 34), lo que lleva a concluir que el tiempo que se le debe contabilizar para la cuota parte que le corresponde de la pensión es de 9 años (del 2001 al 2009).

En ese orden de ideas, si la esposa convivió 25 años y la compañera permanente 9, la pensión debe ser repartida en un 73% para la primera y un 27% para la segunda, por lo tanto, se modificará el numeral segundo de la sentencia en este sentido, no sin antes aclarar que si bien esta Corporación recientemente cambió su precedente horizontal[2] y adoptó la posición según la cual, en tratándose de la pensión de sobrevivientes que se disputan la esposa y la compañera permanente es necesario que la que haya sido vinculada como litisconsorte necesario presente sus propias pretensiones, pero no con una demanda de reconvención –como en este caso-, sino con su propia demandada bajo la figura de la "*Intervención ad excludendum*", consagrada en el artículo 53 del Código Procedimiento Civil, ese tema no fue objeto de apelación y, por lo tanto, no es posible modificar la sentencia en ese aspecto.

En consecuencia y sin más elucubraciones habrá de confirmarse la fallo apelado con la modificación anotada.

Sin lugar a condena en costas en esta instancia por haber prosperado el recurso, aunque parcialmente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

---

2 Auto del 24 de abril de 2012, Acta No. 065, Radicado No. 66001-31-05-001-2009-01456-01, M.P. Dr. JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ.

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **MODIFICAR** parcialmente el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2011 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira- Segundo Adjunto, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ROSA ELENA CALDERÓN ÁLZATE** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y la señora **OLGA LILIANA TORRES CARVAJAL**, en el sentido de que el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes será en el equivalente al 73% para la primera -en calidad de esposa- y en el 27% restante para la segunda -como compañera permanente-.

SEGUNDO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO.- Sin lugar a condena en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, **CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFICACIÓN EN ESTRADOS: La suscrita Secretaria deja expresa constancia de que la anterior providencia se notificó en estrados a las partes, tal como lo ordena la ley.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma por las personas que en la misma intervinieron.

Los Magistrados,

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ **HUMBERTO ALBARELLO BAHAMÓN**

MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA
Secretaria