***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 03 de marzo de 2016*

***Radicación No****:**66001-31-05-002-2013-00367-01 (acumulado 66001-31-05-003-2013-00496-00)*

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

***Demandante****: Luz Dary Pérez Orozco*

***Demandado:*** *Colpensiones*

***Int. Ad Ecludendum:*** *María Amparo Garzón Alzate*

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

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

***Tema a tratar:***

CONVIVENCIA DE COMPAÑERAS Y CÓNYUGE EN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE/ Falta de convivencia durante los cinco años anteriores al deceso del causante impide el reconocimiento pensional, salvo que, a pesar de la separación de hecho, exista vínculo marital vigente para la fecha del fallecimiento, en cuyo caso la cónyuge deberá probar esa convivencia pero en cualquier tiempo

“(…) luego de evaluada la prueba practicada en el curso de ambos procesos, se puede colegir que para los últimos años de vida, el señor Libardo Antonio Álzate Agudelo vivió en casa de sus hermanas, sin que se presentara una convivencia sentimental con alguna de las interesadas (…)”

Ante este panorama probatorio, se tendrían que denegar las pretensiones de todas las interesadas por no haber convivido ninguna en los últimos cinco años con el señor Libardo Antonio. Sin embargo, en el caso de la señora María Amparo Garzón de Álzate, la situación varía ostensiblemente, pues ella contrajo matrimonio con el fallecido, el 17 de diciembre de 1966 (…) sin que se tenga noticia de rompimiento legal de dicho vínculo, es decir, al momento del deceso, la unión conyugal y la sociedad derivada de ella aún estaba vigente, por lo que al tenor de la interpretación jurisprudencial traída a cuenta, con acreditar convivencia por un lapso de mínimo cinco años, en cualquier tiempo, podría acceder a la pensión. Y tal convivencia, sí se acreditó, para el caso puntual, con la procreación de cuatro hijos (…) quienes nacieron entre los años 1967 y 1974, lo que permite inferir –entonces- que entre la calenda de matrimonio y el nacimiento de su última hija, la pareja convivió de manera constante, siendo este lapso superior a los 5 años (…) la señora Garzón de Álzate sí tiene derecho a la sustitución pensional perseguida (…)”

Cita: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia 400500 de 29 de noviembre 2011.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los tres (03) días del mes de marzo de dos mil dieciséis (2016), siendo las siete y treinta de la mañana (7:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta ordenado frente a la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2014 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que ***Luz Dary Pérez Orozco*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones****,* en la cuales interviniente ad-excludendum ***María Amparo Garzón Álzate.*** A este proceso se acumuló el proceso Ordinario Laboral que adelantó la señora ***María Amparo Garzón de Álzate*** contra las ***Empresas de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. ESP*** *y* ***Colpensiones***, en el que las señoras ***María Amparo Valencia Martínez y Luz Dary Pérez Orozco*,** actúan como intervinientes ad.excludendum, el cual se encuentra en esta instancia para desatar los recursos de apelación propuestos por los apoderados judiciales de las intervinientes ad-excludendum contra la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta capital el 14 de abril de 2015

**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 las demandantes pretenden que se les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes causada con el deceso del señor Libardo Antonio Álzate Agudelo y que, en consecuencia, se les reconozca y pague la misma desde el 1º de diciembre de 2012, con el respectivo retroactivo.

Para efectos prácticos, se hará un relato de hechos comunes y, posteriormente, se sintetizarán los hechos de cada una de las interesadas, así:

***a. Hechos comunes.***

Se relata que el señor Libardo AntonioÁlzate Agudelo falleció en esta ciudad el 01 de diciembre de 2012, que disfrutaba de pensión de jubilación reconocida por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado desde el 01 de enero de 1999 y que dicha pensión fue compartida con Colpensiones a partir del año 2004.

***b. Hechos de la señora Luz Dary Pérez Orozco.***

Indica esta parte que vivía en unión marital de hecho desde el 02 de enero de 1997, que convivió de manera ininterrumpida con el señor con el causante hasta el momento de su deceso, que desde el 10 de marzo de 1997 fue vinculada como beneficiaria en salud del señor Álzate Agudelo, que tuvieron una separación temporal de seis meses en los cuales la actora se fue a los Estados Unidos, donde tenía un hijo enfermo, la cual fue consentida por el fallecido que siempre vivieron juntos en la misma casa en el sector de los 2500 lotes y que se elevó reclamación administrativa ante Colpensiones para que reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, sin obtenerse aun respuesta.

***c. Hechos de la señora María Amparo Garzón de Álzate.***

Relata que contrajo matrimonio con el fallecido el 17 de diciembre de 1966, que dicha unión se procrearon 4 hijos, todos los cuales son mayores de edad, que al momento del deceso de Álzate Agudelo, convivía con él, que elevó reclamación administrativa a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira, entidad que dispuso suspender el trámite hasta que se dirimiera judicialmente el conflicto.

***d. Hechos de la señora María Amparo Valencia Martínez.***

Indica que convivió con el señor Álzate Agudelo por espacio de más de 20 años, en los que compartieron techo, lecho y mesa, la cual se extendió entre 1983 y 2003, que tuvieron como lugar común de residencia la carrera 5 con calle 38 de esta ciudad, que de dicha unión se procreó a Yeferson Álzate Valencia quien cuenta con 21 años de edad y que el último domicilio del señor Libardo Antonio fue en su residencia materna, en el cual ella le prestaba colaboración y auxilio.

***e. Contestación de las entidades demandadas.***

Las entidades demandadas aceptaron los hechos atinentes a la data de deceso del señor Libardo Antonio, su calidad de pensionado de jubilación y que dicha pensión fue compartida con Colpensiones posteriormente, así mismo se acepta la reclamación administrativa elevada por las actoras. Indicaron frente a los restantes que no le constan. Colpensiones alegó como excepciones de mérito las de “Obligación del sistema de seguridad social sin definir” y “Prescripción”. Por su parte la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Pereira, propuso la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva”. No se oponen a las pretensiones.

***f. Sentencia del Juzgado Segundo Laboral (demandante Luz Dary Pérez Orozco).***

Agotados los ritos procesales, la señora Jueza profirió sentencia en la que reconoció el derecho pensional a la demandante en un 60% y a la señora María Amparo Garzón en un 40%. Para así colegir, dijo la demandante que de las pruebas documentales y testimoniales, se deriva que existió una convivencia entre la señora Pérez Orozco y el fallecido, que se extendió por 12 años y que permaneció hasta el último de los días de éste. Sin embargo, también es cierto que la demandante ad-excludendum Garzón Álzate, mantuvo vigente su unión matrimonial y convivió con el mandante por un espacio de 8 años, como se afirma en la demanda de aquella, lo cual implica –necesariamente- que debe concederse la pensión, de manera proporcional, al lapso convivido por cada una de ellas.

Se dispuso la consulta de esta decisión, al haber resultado adversa a los intereses de Colpensiones.

***g. Sentencia del Juzgado Tercero Laboral del Circuito (demandante María Amparo Garzón de Álzate)***

La titular de este Despacho determinó que ni la señora Luz Dary Pérez Orozco ni María Amparo Valencia Martínez ostentan la condición de compañeras permanentes en los términos requeridos por la ley para ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes del señor Álzate Agudelo. Sin embargo, la señora María Amparo Garzón de Álzate si tiene la calidad de cónyuge del causante, por lo que le corresponde el 100% de la pensión de sobrevivientes desde el 1 de diciembre de 2012.

***g.1. Apelación Interviniente Ad-excludendum Luz Dary Pérez Orozco.***

El portavoz judicial de esta demandante excluyente, indica que de la prueba se logra acreditar que la señora Pérez Orozco tiene derecho a la porción respectiva, sin excluir el derecho de la cónyuge. De la prueba extracta que el causante sí mantenía relaciones constantes con la interviniente y que si mantenía en la casa de sus hermanas, era porque allá tenía una ebanistería que le producía ingresos adicionales.

***g.2. Apelación Interviniente Ad-excludendum María Amparo Valencia Martínez.***

Critica –el portavoz judicial- la valoración que hizo la juzgadora de las pruebas traídas al proceso, especialmente de las testimoniales, que indican que el señor Libardo asistía a la casa de su representada y allí se hacía cargo de los gastos de ellas y tenían manifestaciones de cariño, lo que se traduce en que si existía la convivencia requerida.

***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.***

En orden a resolver los recursos de apelación planteados y el grado jurisdiccional de consulta, la Sala deberá abordar el siguiente problema jurídico:

*¿Cuál de las interesadas, Luz Dary Pérez Orozco, María Amparo Valencia Martínez o María Amparo Garzón de Álzate, acreditó los presupuestos exigidos por la normatividad aplicable, para acceder a la pensión de sobrevivientes causada con la muerte de Libardo Antonio Alzate Agudelo?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Para desatar el intríngulis propuesto, debe partirse indefectiblemente por la normatividad que regula el caso, que 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, entratándose de casos de convivencia simultánea entre compañeros permanentes, o entre un cónyuge y un compañero permanente: (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; (iii) finalmente, se contempla la posibilidad de que no exista convivencia simultánea, que el vínculo marital se haya roto de hecho y que la sociedad conyugal no se hubiere disuelto 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 permanente de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia. Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación de sustituir a alguien en su pensión o acceder a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años.

Por regla general, el lapso mínimo de convivencia exigido por el legislador, debe ser satisfecho en el tiempo inmediatamente anterior al deceso del afiliado o pensionado, sin embargo, por vía jurisprudencial, se ha establecido que en el caso de los cónyuges separados de hecho, ese lapso puede demostrarse en cualquier tiempo. En efecto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral se ha ocupado del tema, con el siguiente tenor:

*“En efecto, con esa reforma introducida por el inciso 3º del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se corrige la situación descrita, porque se mantiene el derecho a la prestación, de quien estaba haciendo vida en común con el causante para cuando falleció, dando con ello realce a la efectiva y real vida de pareja —anclada en vínculos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos— constituyéndola en el fundamento esencial del derecho a la prestación por muerte. Pero, al mismo tiempo, se reconoce que, quien en otra época de la vida del causante convivió realmente con él, en desarrollo de una relación matrimonial formal, que sigue siendo eficaz, tenga derecho, por razón de la subsistencia jurídica de ese lazo, a obtener una prestación en caso de muerte de su esposo.*

*No puede ser otra la conclusión que se obtiene de la expresión “La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...”, porque esa referencia no deja lugar a dudas de que el cónyuge que conserva con vigor jurídico el lazo matrimonial tendrá derecho a una cuota parte de la prestación. De tal modo, en caso de que, luego de la separación de hecho de su cónyuge, el causante establezca una nueva relación de convivencia, en caso de su fallecimiento el disfrute del derecho a la pensión deberá ser compartido entre el cónyuge separado de hecho y el compañero o compañera permanente que tenga esa condición para la fecha del fallecimiento, en proporción al tiempo de convivencia.*

*(…)*

*Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues, como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del sistema de seguridad social”* *(CSJ, Cas. Laboral., Sent.400500, nov.29/2011. M.P. Gustavo Gnecco Mendoza)**.*

Son dos los presupuestos que, de la norma en cuestión y su interpretación jurisprudencial, se desprenden, así: (i) Tener vigente el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, a pesar de estar separados de hecho y (ii) haber acreditado convivencia de mínimo cinco años con el causante en cualquier tiempo.

Frente al último de los presupuestos señalados, se ha indicado por esta Sala que la existencia de un número plural de hijos, sirve como punto demostrativo de que, por lo menos en el lapso que dichos descendientes nacieron, se mantuvo la convivencia.

En el caso puntual, luego de evaluada la prueba practicada en el curso de ambos procesos, se puede colegir que para los últimos años de vida, el señor Libardo Antonio Álzate Agudelo vivió en casa de sus hermanas, sin que se presentara una convivencia sentimental con alguna de las interesadas. Tal conclusión, en el caso de la interviniente excluyente María Amparo Valencia Martínez, se extracta con facilidad de las versiones entregadas por Carlos Alberto Mejía y Gloria Esquivel Chaves, quienes revelan que el señor Libardo sí asistía casi que de diariamente a la casa de la señora Valencia Martínez, visitaba a su hijo y dejaba dinero para el pago de obligaciones domésticas, pero no dan cuenta de que pernoctara o hiciera vida en común con ella, puntualmente la señora Esquivel Chaves afirma que la misma interesada le había manifestado que se habían separado y se había ido a vivir con las hermanas, aproximadamente en el año 2003, lo que se ratifica con los dichos del primero, que informa que cuando el señor Álzate Agudelo enfermó el trasladó en varias a ocasiones a la señora María Amparo a casa de las hermanas. Esto evidencia, sin lugar a equívocos, que la interviniente María Amparo Valencia Martínez no hacía vida en común con el causante en el momento de su deceso.

Igual conclusión se tiene frente a la señora Luz Dary Pérez Orozco, quien llamó como deponentes a María Orfa Flores Patiño y Jesús Antonio Arias Vera (proceso Juzgado Tercero) y a estos más la señora Rosa Elena Filfell Soto (proceso Juzgado Segundo). Estos testigos, dan cuenta de que el señor Libardo pasó su enfermedad en la casa de sus hermanas, ratificando los dichos de los anteriores deponentes y evidenciándose que en realidad no hubo convivencia en el último tiempo, pues es evidente que la ayuda, la colaboración, el amor y el ánimo de permanencia se ve opacado por esta separación. Al margen de esto, los testigos son poco convincentes sobre la forma como se exteriorizaba la relación que sostenían, dado que en algunos casos, como el del señor Arias Vera, no tuvo la posibilidad de evidenciarla, amén que estuvo en Medellín por varios años y en otros, Rosa Filfell y María Orfa, sus versiones dan pocos detalles al respecto, pues indican donde presuntamente vivían, mas no eran asiduas visitantes del sitio para determinar con toda precisión la convivencia y poco o nada refieren respecto a la exteriorización de la relación sentimental. Por tales motivos, en puridad de verdad, resulta poco verosímil la deponencia de los mencionados y flaco favor hacen a las pretensiones de esta interesada.

Frente a los testigos traídos a instancia de la señora María Amparo Garzón de Álzate, los mismos tampoco evidencian la existencia de convivencia. En efecto María Elena Rendón Gaviria y Guillermo Soto Álzate dan cuenta de que entre ellos sí existió una relación, que de la misma se procrearon cuatro hijos, pero no logran determinar que la misma persistiera hasta el último de los días del señor Libardo. En el caso de la primera deponente, afirma que era vecina de la pareja, pero que después se fue para una finca en La Aurora y perdió el contacto con la pareja, encontrándose muy esporádicamente con la señora Garzón de Álzate, que fue la que le informó del deceso del señor Libardo. Por su parte, el testigo Soto Álzate, cuenta que la demandante es su cuñada, que él tiene una panadería en la 38 con 6 de esta ciudad y que ahí era donde veía a Libardo, que pocos detalles él le contaba sobre su vida y que en ese sitio se encontraba con uno de sus hijos para ir a pescar. Es evidente, que ambos deponentes estaban en la imposibilidad física de conocer, por lo menos en los últimos años, que la pareja conformada por el de cujus y la actora convivían.

Ante este panorama probatorio, se tendrían que denegar las pretensiones de todas las interesadas por no haber convivido ninguna en los últimos cinco años con el señor Libardo Antonio. Sin embargo, en el caso de la señora María Amparo Garzón de Álzate, la situación varía ostensiblemente, pues ella contrajo matrimonio con el fallecido, el 17 de diciembre de 1966 –fls. 13 y 14 exp. Juzgado Tercero -, sin que se tenga noticia de rompimiento legal de dicho vínculo, es decir, al momento del deceso, la unión conyugal y la sociedad derivada de ella aún estaba vigente, por lo que al tenor de la interpretación jurisprudencial traída a cuenta, con acreditar convivencia por un lapso de mínimo cinco años, en cualquier tiempo, podría acceder a la pensión. Y tal convivencia, sí se acreditó, para el caso puntual, con la procreación de cuatro hijos: Julián, Lucero, José Mauricio y Lina María Álzate Garzón –fls. 15 a 18 exp. Juzgado Tercero-, quienes nacieron entre los años 1967 y 1974, lo que permite inferir –entonces- que entre la calenda de matrimonio y el nacimiento de su última hija, la pareja convivió de manera constante, siendo este lapso superior a los 5 años. Por lo tanto, atendiendo la posición del órgano de cierre, la señora Garzón de Álzate sí tiene derecho a la sustitución pensional perseguida, tal como lo determinó la Jueza Tercera Laboral del Circuito.

Así las cosas, frente a las sentencias revisadas, habrá de revocarse en su integridad la proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito y confirmarse la proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito.

Las costas de esta instancia, serán a cargo de las intervinientes ad-excludendum.

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. Revocar*** la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2014 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de ***Luz Dary Pérez Orozco*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones****,* en la cuales interviniente ad-excludendum ***María Amparo Garzón Álzate*** y en su lugar, absolver a la entidad demandada de las pretensiones de Luz Dary Pérez Orozco.

***2. Confirma*** la sentencia proferida el 14 de abril de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de ***María Amparo Garzón de Álzate*** contra las ***Empresas de Acueducto y Alcantarillado de Pereira S.A. ESP*** *y* ***Colpensiones***, en el que las señoras ***María Amparo Valencia Martínez y Luz Dary Pérez Orozco*,** actúan como intervinientes ad.excludendum.

3. Costas en esta instancia a cargo de las intervinientes Ad-excludendum.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrado Magistrada

**Leonardo Cortes Pérez**

 Secretario