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

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 10 de agosto de 2017*

***Radicación No****:**66001-31-05-004-2016-00039-01*

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

***Demandante****: Inés Barrios Buitrago*

***Demandado:*** *Colpensiones*

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

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

***Tema a tratar: Pensión de sobrevivientes. Carga probatoria.*** *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.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy diez (10) de agosto de dos mil diecisiete (2017), siendo las siete y treinta de la mañana (07:30 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 el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 24 de agosto de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Inés Barrios Buitrago*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones***.

**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 como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada por la muerte del señor Humberto Sánchez Brochero y en consecuencia, pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la misma, desde el 18 de diciembre de 2006 con el correspondiente retroactivo pensional, incluyendo las mesadas adicionales, los réditos moratorios y las costas del proceso.

Para así pedir, relata que el señor Humberto Sánchez Brochero fue pensionado por el ISS, que falleció el 18 de diciembre de 2006, que el causante convivió con la actora desde 1998 inicialmente como compañeros permanentes y posteriormente como cónyuges, hasta el momento del deceso, que el 11 de enero de 2007 solicitó el reconocimiento pensional, que el 24 de marzo de 2015 se negó la prestación al no encontrarse acreditada la convivencia.

Admitida la demanda, se dispuso el traslado del caso a la entidad pasiva, la cual allegó respuesta, en la que aceptó la calidad de pensionado del señor Sánchez Brochero, su fecha de fallecimiento, la reclamación elevada y la respuesta negativa de la entidad. Frente al hecho de la convivencia indica que no le consta. Se opone a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Inexistencia de la obligación”, “Improcedencia de los intereses de mora” y “Prescripción”.

***SENTENCIA***

Agotados los ritos procesales, la señora Jueza profirió sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda, al encontrar que de conformidad con las pruebas documentales y testimoniales aportadas al proceso, la demandante no convivió los últimos 5 años con el señor Sánchez Brochero, que tal convivencia apenas data de principios del años 2005 y el causante falleció en diciembre del año 2006, es decir, a lo sumo alcanzó dos años de convivencia. Destaca entre las pruebas documentales la versión que la misma demandante le dio a la entidad de seguridad social en el curso de la investigación administrativa, en la que ella misma aseveró que la convivencia databa de 2005, lo que se ratifica con los recursos que la misma demandante presentó ante la entidad. Respecto a los declarantes, encuentra que su versión es contradictoria y por lo tanto, resultan poco creíbles.

***CONSULTA***

La decisión judicial no fue apelada y por resultar contraria totalmente a las pretensiones de la actora, se dispuso su consulta en los términos del canon 69 del CPLSS.

***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 el grado jurisdiccional de consulta, la Sala deberá abordar el siguiente problema jurídico:

*¿Acreditó la señora Barrios Buitrago las condiciones para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Sánchez Brochero?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Pues bien, se tiene que es un hecho irrebatible en el curso del proceso, la calidad de pensionado que tenía el señor Humberto Sánchez Brochero, pues así lo aceptó la misma entidad demandada al dar respuesta a la demanda, por lo que al tenor del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es requisito suficiente para, al momento del deceso, dejar la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios que cumplan las condiciones exigidas en la ley.

Ya en cuanto a la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, que alega la gestora del litigio, 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, 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 documental aportada, puntualmente el expediente administrativo allegado por la entidad demandada –fls. 35 a 144-, permite verificar que ante la petición que la actora elevó en el año 2007, el ISS adelantó una investigación administrativa en la que se le recibió versión a la misma actora –fls. 92 y ss.- en la que indicó que convivió con el señor Sánchez Brochero desde el mes de enero de 2005 y que posteriormente contrajo nupcias con el referido en diciembre de ese mismo año. Esta inicial versión fue modificada al incoarse los recursos de reposición y apelación –fl. 72 vto.-, en los que advierte que convivía de tiempo atrás con el referido señor, pero se habían separado por un lapso de 8 meses y, en diciembre de 2004, se habían reconciliado y convivieron hasta la época del fallecimiento. Finalmente, en el interrogatorio de parte absuelto ante la juzgadora de primer grado, aseveró que la convivencia con el señor Humberto databa de 1998 y que había sido ininterrumpida hasta su deceso.

Son evidentes las contradicciones en las que la misma demandante cayó tanto ante el ente de seguridad social, como ante la falladora de primer grado, pudiéndose colegir un ajuste en las mismas a medida que iba conociendo la necesidad de acreditar determinado tiempo de convivencia. Y dígase que tal conclusión no varía al verificar los dichos de las testigos traídas por la parte demandante. En efecto, al verificar la deposición de la señora Yolanda Álvarez Sosa, se observa que la misma advera que es muy allegada a la demandante, que la conoce hace 30 años y que la considera casi como su segunda madre, mas sin embargo desconoce detalles de tanta relevancia como el número de hijos de ella o sus nombres, quedando claramente en entredicho la proximidad que se alega en la versión. En todo caso, indica que visitaba a la demandante cada mes o mes y medio, quedándose uno o dos días, lo que también pone en evidencia que poco podía conocer de la alegada convivencia, por la poca frecuencia con que veía a la pareja.

Frente a la versión de la señora Ana Rosalba Herrera Barrios, hija de la demandante, su versión, a más de resultar parcializada por el parentesco que la ata con la iniciante del litigio, lo que motivo su tacha por el portavoz de Colpensiones, es evidentemente contradictoria. En efecto, alega con total precisión que su madre convivió con el fallecido Sánchez Brochero entre 1999 y la calenda de deceso de este, sin embargo, cuando se le pregunta sobre un hecho que, determinantemente genera fijación en una persona, como lo es el deceso de su progenitor, no recuerda siquiera el año, cuando se trata de un hecho posterior a tal convivencia -2007 como lo relato la actora en su versión al ISS-, lo que sin duda genera una incertidumbre de la veracidad de sus dichos.

Por tanto, es claro que la parte actora no acreditó la convivencia por el lapso de cinco años, pues las pruebas que trajo para ello, valoradas conforme a los lineamientos del artículo 61 del Estatuto Instrumental Laboral y de la Seguridad Social, no permiten arribar a la hipótesis contemplada por el legislador, lo que conlleva, como lo hizo la a-quo, a negar las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta sede, por conocerse en consulta.

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 24 de agosto de 2016 por el Juzgado Cuarto 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

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario