***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 14 de septiembre de 2017*

***Radicación No****:**66001-31-05-003-2015-000322-01*

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

***Demandante****: Luz Marina Toro Orrego*

***Demandado:*** *UGPP*

***Juzgado de origen****: Tercero 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 catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 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 recurso de apelación propuesto por la portavoz judicial de la parte actora contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Luz Marina Toro Orrego*** contra la ***Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”***.

**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 declare que la pensión de invalidez reconocida por la ARL del ISS fue ilegalmente extinta, que se declare que la UGPP es responsable del reconocimiento de la sustitución pensional a partir del 26 de julio de 2005 a favor de actora en cuantía de un salario mínimo, con el correspondiente retroactivo pensional y los réditos moratorios.

Para así pedir relata que el señor Uriel Castro Llano falleció el 26 de julio de 2005, que en ese momento se encontraba disfrutando de pensión de vejez otorgada por el ISS, que anteriormente había sido pensionado por invalidez de origen profesional por el ISS el 13 de diciembre de 1988, que el 10 de agosto de 1999 el actor renunció a la pensión de invalidez por insistencia del ISS, que el 17 de abril de 2000 el ISS le reconoció pensión de vejez al actor, que el 12 de diciembre de 2014 la actora solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, que la misma fue negada porque el demandante no figuraba como pensionado por esa entidad, que la actora convivió con el fallecido desde el mes de febrero de 1999 hasta su deceso.

Admitida la demanda, se dio traslado a la parte demandada la cual allegó contestación por medio de procuradora judicial, en la que indicó que aceptaba los hechos relativos a la a la fecha de deceso del señor Castro Llano, la calidad de pensionado por vejez al momento de su deceso, el anterior reconocimiento de la pensión de invalidez, la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, la solicitud de reconocimiento pensional de sobrevivientes y la respuesta de la entidad. Frente a los restantes los niega o indica que no le constan. Se opone a los pedidos de la demanda y excepcionó de fondo “Proceder legal de la entidad demandada” y “Prescripción”.

***SENTENCIA***

Agotados los ritos procesales, la señora Jueza profirió sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda, al encontrar que si bien el causante tenía derecho a seguir percibiendo la pensión de invalidez, por ser una prestación compatible con la de vejez, al tener aquella un origen profesional. Sin embargo, encuentra que no existe claridad en cuanto a que la demandante hubiere convivido con el fallecido por el tiempo exigido en la ley, amén que de conformidad con la investigación administrativa adelantada se logró aclarar que la convivencia apenas superó los dos años, pues antes del matrimonio no hubo convivencia entre ambos. Ello se desprende de la misma declaración jurada que dio la actora a la entidad y que fue ratificada por deponentes, resultando además clara esta decisión, con las dictadas por quienes conocieron del proceso adelantado por la misma actora contra el ISS para la sustitución de la pensión de vejez, donde se encontró la ausencia de acreditación de los cinco años. Tales documentos, indica, desvirtúan la versión que los testigos dieron en el curso del proceso. Por tal razón termina negando las pretensiones de la demanda.

***APELACIÓN***

La portavoz judicial de la parte actora apeló la decisión, indicando que del interrogatorio de parte, se puede ver que la demandante no tiene un buen calculo intelectual, que le faltan algunos caracteres para ser una persona normal, a lo que se le debe sumar un país hipócrita que critica este tipo de relaciones, por lo que la demandante se apenaba de su relación. Refiere que los testimonios dan cuenta de la existencia de convivencia desde el año 1999. Reitera que a la demandante le daba pena aceptar que vivió con un hombre casado.

***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 recurso de apelación propuesto, se tiene que esta fuera de debate que la pensión de invalidez de origen laboral que se le suspendió al señor Uriel Castro Llano, no debió suspenderse al tratarse de una prestación compatible con la pensión de vejez. Por lo tanto, tal prestación era apta para ser sucedida ante la muerte de su titular.

El real dilema jurídico, se sintetiza en determinar si la actora acreditó las condiciones de beneficiaria de la aludida prestación pensional, puntualmente, si demostró la convivencia por un espacio mínimo de cinco (5) años.

Pues bien, se tiene que la pensión generada por el deceso de un trabajador o pensionado del sistema de riesgos laborales (antes profesionales), exige que los beneficiarios acrediten las condiciones establecidas en la norma vigente al momento del deceso para ser tenidos como tales. Teniendo en cuenta que el deceso del señor Castro Llanos se dio el 26 de julio de 2005, debe decirse que la calidad de beneficiarios que se debe analizar es la contenida en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al cual se remite el artículo 11 de la Ley 776 de 2002.

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.

Contempla el legislador varias hipótesis fácticas que se ajustan a la realidad social e histórica del país 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, que se extienda en el tiempo por un lapso no inferior a cinco años y que deben ser inmediatamente anteriores al óbito del afiliado o pensionado.

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 como prueba trasladada del proceso adelantado por la actora contra el extinto ISS por la sustitución de la pensión de vejez que ostentaba el fallecido –fls. 349 y ss-, permite verificar que en curso de dicha indagación la actora manifestó que la convivencia con el señor Uriel Castro Llanos se dio desde el momento del matrimonio -17 de mayo de 2003 según el registro civil visible a folio 22- y que lo conoció apenas 9 meses antes de esa fecha, versión que es ratificada por quienes ante la misma entidad rindieron versión, esto es, Raúl Alberto Zapata (fl. 351), Andrés Castaño Becerra (fl. 353) y María Lilia Castro Ossa (fl. 354). Tales declaraciones que conforman la indagación administrativa, permiten conocer sin sesgo alguno, la verdadera versión sobre cómo transcurrió la convivencia de la demandante y el fallecido Castro Llanos y especialmente su duración. Ello, porque en el curso de dicha declaración la demandante indicó con toda claridad que el conocimiento con el señor Uriel Castro Llanos apenas databa de 9 meses antes del matrimonio, incluso relata que cuando inició la convivencia vivieron en un apartamento que alquilaron con los hermanos de ella, mientras que en el interrogatorio absuelto en el curso del proceso indica que convivieron en una habitación que les alquiló la señora Luz Marina Carvajal Gómez, donde además indica que se conoció con el de cujus. Por ello, la versión que en el curso de dicha actuación administrativa dio la señora Toro Orrego, cumple con las condiciones para ser tenida como una confesión, en los términos del canon 191 del CGP, pues proviene de una persona que tiene capacidad y disposición sobre el derecho, versa sobre hechos que le producen consecuencias desfavorables a la actora, la ley no exije un medio de prueba determinado sobre el tema de la convivencia, se observa expresa, consciente y libre, versa sobre hechos personales de la actora y está debidamente acreditada. Tal versión, no puede desconocerse con la pretendida “falta de caracteres” de la actora que alega la portavoz judicial apelante, pues en verdad al ver el video contentivo de la audiencia de trámite, se observa que la actora es una persona de capacidades normales, de condiciones iguales a las de una persona de su condición social, sin ningún tipo de discapacidades latentes, con una capacidad de recordación de los hechos completamente normal, por lo que sus dichos son completamente válidos y, la contradicción o mendacidad de los mismos frente a la versión inicialmente rendida ante el ISS, sin duda que obedece a un ánimo de enderezar sus pretensiones. Igual ocurre con los testigos escuchados, Luz Marina Carvajal Gómez y Ana Lucia Cano de Flórez, quienes dicen de que la convivencia data de 1999, pero que claramente dan esta versión con el ánimo de favorecer a la actora. Incurren además en varias contradicciones sobre como se conocieron la señora Toro Orrego y el señor Castro Llanos. Puntualmente, la señora Carvajal Gómez, quien fue señalada por la actora como quien los presentó, indica una versión claramente contraria, indicando que ellos se conocieron en tiendas del sector, donde coincidían comprando víveres, contradicción de relevancia y que evidencia un desajuste entre su versión y la realidad de lo acontecido.

Para esta Sala, es claro que la confesión de la demandante, rendida ante la funcionaria del ISS que adelantó la investigación administrativa, tiene el peso suficiente para determinar que en realidad no hubo convivencia antes del matrimonio y que por lo mismo, esta fue apenas superior a dos años, pero en todo caso inferior a los cinco años que exige la norma, tal como se determinó por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta capital en el proceso adelantado por la misma demandante contra el Instituto de Seguros Sociales -radicado al número 2008-00031-, mediante sentencia del 02 de septiembre de 2009 –fls. 366-, confirmada por esta Sala de Decisión Laboral, con ponencia de quien aquí cumple igual condición -11 de febrero de 2010 fls. 374 y ss-, decisión que no fue casada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante decisión del 28 de agosto de 2012 –Rad. 45970 fls. 392 y ss.-. En esta última providencia, sobre la confesión extrajudicial de la actora se dijo lo siguiente: *“De todas maneras, desde el punto eminentemente fáctico, no aparece que el Tribunal se hubiere equivocado en la apreciación del documento que contiene la confesión extra judicial que fue soporte de la decisión, pues lo que cabe deducir de las afirmaciones de la actora, es que antes de su matrimonio con el pensionado, se habían dado “conversaciones” durante 9 meses, lo que no es suficiente para establecer una convivencia durante al menos cinco años antes del fallecimiento, por las circunstancia antes dichas respecto a la fecha del matrimonio y la muerte del causante, de donde no emerge ningún yerro con el carácter de evidente”.*

Por lo tanto, se tiene que las pruebas practicadas en el curso de esta actuación, no tienen la contundencia para desvirtuar la confesión extrajudicial efectuada, así como las conclusiones a las que llegaron los juzgadores de la sustitución pensional de la pensión de vejez, por lo que tal como lo determinó la a-quo las pretensiones deberán negarse.

Las costas en esta instancia estarán a cargo de la parte actora y a favor de la UGPP.

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 30 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

***2. Costas*** en esta instancia a cargo de la parte apelante.

***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