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 9 de octubre de 2017

**Radicación No**:66001-31-05-005-2016-00411-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: María Lliney Orozco Morales

**Demandado:** Colpensiones y otras

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

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

**Tema a tratar: Pensión de sobrevivientes. Cónyuges o compañeros beneficiarios. Hipótesis.** 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; (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.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los nueve (09) días del mes de octubre de dos mil diecisiete (2017), siendo las tres de la tarde (03:00 p.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 de la demandante contra la sentencia dictada el 3 de octubre de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que ***María Lliney Orozco Morales*** adelantacontra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones****,* en el cual se convocó como litisconsorte necesaria a la señora ***Rosa Herminia Castaño Vargas***, a ***Yenifer Pérez Orozco*** y a la ***Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A.*** sucedida procesalmente por ***UNE EPM Telecomunicaciones S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***ANTECEDENTES***

Pretende la demandante que se le declare como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Miguel Ángel Pérez Puerta en calidad de compañera permanente y, en consecuencia se ordene a las entidades accionadas reconocerle el 33.33 % de la prestación desde el 29 de mayo de 2010 y hasta el mes de abril de 2014, y en un 50 % a partir del mes de mayo de 2014 en adelante, junto con el correspondiente retroactivo, la indexación de las condenas, así como las costas procesales.

Tales pedidos se afincan en que la actora inició una relación sentimental con el señor Pérez Puerta desde hace 22 años; que la misma perduró hasta el momento del deceso de éste que ocurrió el 29 de mayo de 2010; que producto de la unión marital nació Yenifer Pérez Orozco; que estuvieron domiciliados en la Mz.4 Casa 9, Barrio La divisa y, finalmente en la Mz.37 Casa 2 del Barrio San Vicente Bajo, Villa Santana en la ciudad de Pereira; que el causante disfrutaba una pensión compartida entre el ISS y la Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A., desde el mes de agosto de 1997; que la actora tuvo conocimiento de que el causante era casado con la señora Rosa Herminia Castaño Vargas, a quien le fue reconocida la sustitución pensional, junto con Yenifer Pérez Orozco, hija extramatrimonial de aquel, en un 50 % hasta el mes de abril de 2014; que el 6 de febrero de 2013 presentó ante Colpensiones solicitud tendiente a que fuera tenida en cuenta como beneficiaria de la sustitución pensional, sin embargo, la entidad le negó la misma; que tal decisión fue atacada mediante los recursos legales, siendo confirmada. Por último, indica que atraviesa una grave situación económica desde que el causante falleció, pues era éste quien le suministraba lo necesario para su sustento.

Admitida la demanda, Colpensiones allegó respuesta por intermedio de procurador judicial, en la que se pronunció frente a los hechos aceptando los atinentes al nacimiento de la hija extramatrimonial del causante, la fecha del deceso de éste y su condición de pensionado, la reclamación pensional, la resolución negativa emitida por la entidad, el agotamiento de los recursos y la confirmación de la decisión. Frente a los restantes alega que no le constan. Se opone a todos los pedidos de la demanda y formula como excepciones las de “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

La Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A. por medio de procurador judicial también allegó respuesta en la que se pronunció respecto a los hechos, aceptando los alusivos a la existencia de la hija extramatrimonial del causante, su calidad de pensionado, las beneficiarias de la sustitución pensional la reclamación administrativa ante Colpensiones y su solución desfavorable. Frente a los demás, indicó no constarle. En su defensa, propuso como excepciones previas las de “Falta de competencia –omisión de reclamación administrativa del artículo 6º del C.P.T.-“, “Ineptitud de demanda por falta de requisitos formales”. Como excepción de mérito propuso la de “Prescripción”.

Por su parte, Rosa Herminia Castaño Vargas allegó respuesta por medio de procurador judicial, en el que aceptó que su esposo sostuvo una relación pasajera con la demandante y que producto de la misma nació Yenifer Pérez Orozco, sin embargo, negó que hubiesen convivido en algún momento. Se opuso a la totalidad de las pretensiones, con el argumento de que ella en calidad de cónyuge supérstite del pensionado es la única beneficiaria de la pensión. Propuso como excepciones de fondo “Falta de legitimación en la causa para demandar”, “Falta de requisitos para acceder a la sustitución pensional”, “Inexistencia de convivencia estable y permanente de la señora María Lliney Orozco Morales y el causante”, “Inexistencia de los lazos propios de la vida en pareja”, “Buena fe”, “Prescripción”, y “Temeridad y mala fe”.

A su turno, la litisconsorte Yenifer Pérez Orozco, pese haber sido debidamente notificada del auto admisorio de la demanda, guardó silencio dentro del término otorgado para descorrer el traslado.

***SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA***

La a-quo dictó fallo en el que negó las pretensiones de la demanda, al encontrar que la actora no acreditó la calidad de compañera permanente del señor Pérez Puerta y menos que hizo vida en común con él por el lapso exigido por la Ley. A tal conclusión arribó luego de valorar, en primer lugar, la prueba testimonial, para lo cual indicó que ofrece mayor credibilidad las declaraciones de los testigos traídos a instancia de la codemandada Rosa Herminia Castaño Vargas, pues los de la promotora del litigio incurren en múltiples contradicciones y dan cuenta de una convivencia apuntada entre los años 86 y 96. Se apoyó además en la prueba documental, para concluir que el causante siempre tuvo su domicilio principal en el Barrio Terranova, donde residía con su hija mayor, nieto y cónyuge, con quien mantuvo convivencia ininterrumpida desde el año 66 hasta el momento de su fallecimiento, quien era su beneficiaria en salud y por quien velaba económicamente, al paso que le fue reconocido el incremento personal del 14 % por aquella. Refirió además que era físicamente imposible que el causante mantuviera relación sentimental con la demandante, pues permanecía en su casa toda vez que era oxigeno dependiente, tal cual lo indicaron los deponentes y se corrobora con la historia clínica aportada al plenario.

***RECURSO DE APELACIÓN***

El apoderado judicial de la parte actora interpuso y sustentó el recurso de apelación, alegando, en primer lugar, que la demanda de alimentos que instauró la demandante contra el causante se debió a un disgusto temporal, que se subsanó con posteridad, al punto que la disminución de la cuota alimentaria de la hija en común se dio de mutuo acuerdo entre ellos. En segundo lugar, indica que la convivencia de la demandante fue simultánea con la de la cónyuge, puesto que la prueba testimonial es demostrativa de la permanencia y solidez de la relación en el tiempo, de los lazos de apoyo y solidaridad, pese a la ausencia de cohabitación por causas justificadas que se dio en los últimos meses, en este caso, por el estado de salud del causante.

***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, esta Sala plantea el siguiente interrogante:

*¿Acreditó la demandante la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Miguel Ángel Pérez Puerta?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Fuera de discusión esta que al momento de fallecer el señor Pérez Puerta ostentaba la calidad de pensionado y por tanto, legó a sus beneficiarios el derecho pensional por sobrevivencia, el cual debe estar regulado por la Ley 797 de 2003, al haber ocurrido el deceso en vigencia de la misma -29 de mayo de 2010-.

En cuanto a la calidad de beneficiario de la prestación de sobrevivientes, ésta se debe verificar a la luz del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, 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- 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, siempre que *“ante la falta de convivencia al momento de la muerte, el solicitante demuestre que se hace acreedor a la protección, en cuanto, tras la separación de hecho, efectivamente siguió haciendo parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y, por esta razón, su partida definitiva le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención”.* (Sentencia SL 16949).

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 o, en caso de separación de facto, de que permanezca el ánimo de colaboración, ayuda acompañamiento espiritual y auxilio mutuo entre los cónyuges.

No puede llamarse convivencia –únicamente- 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 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. Ello, obviamente, sin perjuicio de la convivencia separada por razones justificadas, caso que ha sido ampliamente analizado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral.

Cuando se alegue solamente convivencia de hecho, el lapso mínimo de cinco años de convivencia exigido por el legislador, debe ser satisfecho en el tiempo inmediatamente anterior al deceso del afiliado o pensionado, y para el evento en que la convivencia la alegue el esposo (a) separado de hecho, pero con vínculo matrimonial no disuelto, los cinco años correrán en cualquier tiempo, siempre que se den las circunstancias antes anotadas, esto es la permanencia de los lazos de solidaridad, acompañamiento espiritual y/o ayuda mutua.

En el caso sub – examine, se tiene que la demandante trajo al proceso prueba testimonial con la que pretendía hacer salir avante sus pedidos de reconocimiento como beneficiaria de la prestación de sobrevivientes. Para tal efecto, llamó a declarar a los señores Héctor de Jesús Puerta Peláez, María Leonilde Granada Arcila, Jorge Eliecer Muñoz Restrepo y María Doly González.

El primero, en calidad de cuñado de la demandante, relató que la pareja Pérez- Orozco convivió bajo el mismo techo desde el año 89, primero, en el barrio la divisa y luego en Villa Santana, en Pereira; que pese a que se ausentó un tiempo del país, pues viajó a los Estados Unidos en agosto del año 2000, puede dar fe de que la pareja continuó haciendo vida marital, pues así se lo comentaba su esposa cuando él llamaba. Por último, indicó que sólo regresó al país en noviembre del año 2010 y que nunca antes vino de visita. Como puede verse, la versión de este declarante poco aporta a la demostración de convivencia entre la pareja en el lapso que exige la ley, pues se trata de un testigo que basa su versión en los dichos de terceros, y que por encontrarse fuera del país poco pudo conocer por sus sentidos acerca de la supuesta relación de convivencia que se alega en la demanda.

María Leonilde Granada Arcila, sostuvo que la demandante fue la segunda mujer de Miguel Ángel Pérez; que convivió con la pareja hasta el año 2000, y se dio cuenta de que compartían techo, lecho y mesa; que durante el embarazo de la demandante, el pensionado iba dos o tres veces a llevarle mercado, pagaba el arriendo, dormían juntos, tenían relaciones sexuales etcc… Indica que cuando ella regresó de España en el año 2005, visitó de manera constante la casa de la demandante, y se percató que la pareja seguía haciendo vida marital, que incluso, después de la demanda de alimentos, la relación de pareja se consolidó aún más entre ellos, pues el señor Miguel Ángel se hacía cargo de la obligación, frecuentaba más a la demandante, la visitaba casi todos los días, al punto que mantenía más con ella que con su esposa, según comentarios que le hizo la propia demandante. Relató también la deponente que a pesar de que nunca acompañó a la demandante a visitar al señor Miguel Ángel en la clínica, ésta le contaba que iba a verlo y la ponía al tanto de su estado de salud. Posteriormente, la declarante afirmó que el causante no convivió con la señora María Lliney al momento de su fallecimiento, sino con su esposa e hija mayor, quienes lo cuidaban en la enfermedad; que él solo visitaba a la actora y a su hija extramatrimonial. De ahí que ante las múltiples imprecisiones e incongruencias en que incurre la deponente en su versión, no sea posible dar credibilidad a sus dichos, máxime cuando algunos detalles de la relación no provienen de su percepción personal sino que los escuchó de boca de la demandante, lo cual permite concluir que su conocimiento está sesgado por la versión ofrecida por la interesada.

En cuanto a la declaración del señor Jorge Eliecer Muñoz Restrepo, se tiene que su conocimiento se dio por que vivía en los bajos de la casa de habitación de la demandante en el año 2001, fecha muy anterior al marco de los cinco años anteriores al deceso del pensionado. Aunado a ello, el declarante estuvo privado de la libertad entre los años 2002 y 2006, por lo que no puede dar cuenta de detalles puntuales que permitan colegir que en realidad existió convivencia entre la demandante y el de cujus, menos cuando afirmó que al momento del deceso, el pensionado convivía con otra mujer distinta a la demandante y, que a ésta sólo la visitaba.

Por último, la declarante María Doly González se limitó a indicar que la actora y el de cujus eran esposos, que convivían primero, en el barrio La Divisa, y luego, en Villa Santana, que ella los visitaba una vez al mes, y que nunca tuvieron ningún tipo de percance; sin embargo, al inquirírsele acerca de los pormenores de la relación de pareja, tales como la enfermedad del causante, el lugar donde éste trabajaba, la causa de su muerte, el lugar donde falleció, la demanda de alimentos que la demandante instauró en contra el causante, entre otros aspectos, la deponente mostró total desconocimiento, de modo que, tampoco es una testigo que aporte aspectos que en verdad dieran a entender que existía vida en pareja.

Ahora bien, el hecho de que la demandante y el de cujus hayan decidido de mutuo acuerdo rebajar la cuota alimentaria en favor de la menor Yenifer Pérez Orozco, no es prueba que acredite que entre ellos se dio la convivencia que exige la norma, más cuando ello ocurrió en el mes de septiembre de 1999, es decir, fuera del marco de los cinco años anteriores al deceso del pensionado, ver fl.76.

Por último, vale la pena anotar que fue la hija de la demandante y del de cujus, Yenifer Pérez Orozco, quien en la investigación administrativa que adelantó el Instituto de Seguros Sociales en aras de establecer la dependencia económica, afirmó que pese a que su papá siempre estuvo muy pendiente de ella, le proveía lo necesario para su subsistencia y de vez en cuando se quedaba en su casa, aquel tenía su hogar, en el que convivía con su esposa, la hija mayor y el nieto, en el barrio Terranova, en Cuba.

En pos de lo anterior, de la valoración conjunta del acervo probatorio antes referido, la Sala concluye que la demandante no logró probar la convivencia real y efectiva que exige la norma, como requisito esencial para hacerse acreedora de la pensión de sobrevivientes que reclama, pues si bien la prueba testimonial da cuenta de que el señor Pérez Puerta asistía casi que de diariamente a la casa de la señora Orozco Morales, visitaba a su hija y dejaba dinero para el pago de obligaciones domésticas, no dan cuenta de que pernoctara o hiciera vida en común con ella en el momento de su deceso.

En cuanto a la calidad de beneficiaria de la señora Rosa Herminia Castaño Vargas, se tiene que obra a folio 61 del expediente registro civil de matrimonio, donde consta que ella y el señor Pérez Puerta contrajeron nupcias el 18 de junio de 1966, documento que no cuenta con notas al margen que den cuenta de la ruptura del vínculo.

Aunado a ello, obra suficiente material probatorio documental que permite colegir que el causante y su cónyuge tuvieron como domicilio principal la Cra. 38 # 71-81 Piso 1, Barrio Terranova, Cuba, pues era allí donde el de cujus recibía su correspondencia personal, además de los elementos médicos para el tratamiento a su afección respiratoria. Igualmente, milita prueba que a través del Auto No. 0148 de 2007, el Instituto de Seguros Sociales, en cumplimiento del fallo proferido el 24 de junio de 2005, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, y confirmado por esta Sala en segunda instancia, le reconoció al pensionado fallecido el incremento pensional del 14% por tener a cargo a su cónyuge. Así mismo, que el pensionado en los años 2007 y 2008, le otorgó poder especial a su cónyuge para el reclamo de las mesadas pensionales. Fls. 441 y 442.

De otra parte, se cuenta con las declaraciones de Martha Eugenia Pérez Castaño, Rodrigo de Jesús Morales, María Eugenia Botero y María Eugenia Quiceno, quienes de una manera completamente clara y unánime, destacan que el señor Pérez Puerta jamás dejó de convivir con la señora Castaño Vargas, dando detalles particulares y razón de sus dichos.

Y el último punto neural de tal conclusión, no es otro que la calidad de beneficiaria en salud que ostentaba la señora Rosa Herminia Castaño Vargas, el cual, si bien por sí solo no acredita la convivencia, sí sirve para tal fin aunado a los demás medios de prueba practicados, los cuales valorados en su conjunto, llevan indefectiblemente a la conclusión de que la demandante no es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes acá deprecada, al paso que sí lo es la señora Castaño Vargas, en calidad de cónyuge supérstite del pensionado fallecido.

Así las cosas, resulta acertada la conclusión de la a quo, por lo que se confirmará íntegramente.

Las costas en esta sede serán a cargo de la recurrente y favor de Colpensiones.

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 del 3 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia.
2. Costas en esta sede a cargo de la apelante y a favor de Colpensiones.

*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