***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 23 de noviembre de 2017.

**Radicación No**:66001-31-05-002-2013-00560-02

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Luz Stella Alzate Castaño

**Demandado:** Colpensiones y Rosa Amanda Gutiérrez López

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

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

**Tema a tratar: Cosa Juzgada:** La cosa juzgada es una institución jurídico procesal que dota el carácter definitivo e inmutable a las sentencias y autos, por lo que con fuerza vinculante, ata cualquier otra controversia, que intenten abrir posteriormente los mismos sujetos, con idéntico objeto y causa. Tal efecto vinculante y definitivo emana de la Ley, con el propósito de que las controversias sometidas al escrutinio del juez, sean resueltas, y no puedan reabrirse nuevamente ante las instancias judiciales, salvo en eventos previstos por el propio legislador, ofreciendo así seguridad jurídica a los asociados. **Pensión de sobrevivientes. Convivencia mínima.** 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 anteriores al deceso. 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 veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las ocho y quince de la mañana (8:15 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala de Decisión Laboral No. 03 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Luz Stella Alzate Castaño*** contra la ***Colpensiones*** yla señora ***Rosa Amanda Gutiérrez López****,* quien se vinculó al proceso en calidad de interviniente ad-excludendum.

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***ANTECEDENTES***

Pretende la demandante Luz Stella Alzate Castaño que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión de la muerte de su compañero permanente, Juan de Jesús Londoño Arias. En consecuencia, pide que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar el beneficio pensional a partir del 12 de marzo de 2012, más los intereses moratorios y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de tales pedimentos, expuso que el señor Londoño Arias nació el 5 de marzo de 1957 y falleció el 12 de marzo de 2012, calenda para la cual se encontraba afiliado al régimen de prima media administrado por el antiguo ISS, como cotizante activo; que ella y el afiliado hicieron vida marital en calidad de compañeros permanentes durante 11 años contados hasta la fecha del deceso de aquel; que el último lugar de domicilio de la pareja fue la Mz.2 Casa 5 Barrio el Plumón; que pese a que no procrearon hijos, convivían con los dos hijos de la demandante; que dependía económicamente de su compañero, pues era quien le proveía el vestuario, alimentación y techo. Por último, indica que el 8 de junio de 2012 presentó la solicitud de pensión ante el extinto ISS, empero, la entidad guardó silencio, aun cuando su derecho fundamental de petición fue objeto de amparo por vía constitucional.

Admitida la demanda, Colpensiones a través de apoderada judicial contestó la demanda indicando tener como ciertos los hechos atenientes a la fecha del natalicio y el deceso del afiliado, la radicación de la reclamación administrativa y de la acción de tutela. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones “Inexistencia del derecho a la pensión de sobrevivientes”, “Cobro de lo no debido” y “Prescripción”.

En acatamiento al auto proferido el 9 de abril de 2015 por esta Corporación, a través del cual se declaró la nulidad de lo actuado, la jueza del conocimiento ordenó la integración del contradictorio con la señora Rosa Amanda Gutiérrez López, quien a través de apoderado judicial presentó demanda de intervención excluyente, pretendiendo para sí el 100 % de la pensión, en calidad de cónyuge supérstite del afiliado fallecido, más los intereses de mora, la indexación y las costas del proceso.

Colpensiones a través de mandataria judicial, allegó escrito de contestación, oponiéndose a las pretensiones de la tercera interviniente y proponiendo en su defensa las excepciones de Cosa Juzgada, Inexistencia del derecho, Cobro de lo no debido, Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios y Prescripción.

***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La Jueza del conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo d 5 de diciembre de 2016, en el que declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones de la interviniente ad-excludendum, y en consecuencia, absolvió a Colpensiones de las formuladas en su contra. Para así concluir, expuso que la cónyuge supérstite del afiliado fallecido, señora Rosa Amanda Gutiérrez López, ya había planteado en proceso anterior tramitado ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad y conocido en consulta por este Tribunal, la controversia respecto a su derecho a la pensión de sobrevivientes que acá se reclama, resolviéndose desfavorablemente sus pedimentos por no haber acreditado la calidad de beneficiaria.

En cuanto a la demandante principal, estimó en primer lugar, que el afiliado fallecido había dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes por haber cotizado la densidad de semanas exigidas en la Ley 797 de 2003. Acto seguido, realizó una valoración de las pruebas testimoniales y documentales arrimadas a la actuación, para concluir que la señora Luz Stella Álzate Castaño demostró haber hecho vida marital con el causante por un lapso superior a cinco años antes de su deceso, motivo por el que la tuvo como beneficiaria de la prestación. En consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la gracia pensional en favor de aquella a partir del 12 de marzo de 2012, a razón de 13 mesadas anuales y en cuantía de un salario mínimo; así mismo, condenó al pago de $37`639.064 a título de retroactivo pensional, junto con los intereses de mora a partir de la ejecutoria de la sentencia. Condenó en costas en un 90 % a cargo de la entidad demandada y de la tercera excluyente.

***III. APELACIÓN Y CONSULTA***

Inconforme, el vocero judicial de la tercera interviniente interpuso recurso de apelación, indicando que no se tuvo en cuenta la jurisprudencia de las altas cortes respecto a la institución de la cosa juzgada, máxime cuando lo que se debate son derechos de carácter fundamental. De otra parte, indicó que las nuevas probanzas que se arrimaron a este proceso permiten establecer la efectiva convivencia entre la pareja por más de 5 años.

De otra parte, dado que la decisión fue adversa a los intereses de Colpensiones, entidad pública en la que el Estado es garante, también se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, tal como lo manda el artículo 69 del C.P.T

***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 recurrente (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***

En orden a resolver la instancia, la Sala deberá abordar los siguientes problemas jurídicos:

*¿En el presente asunto se dieron las características para que opere el fenómeno de Cosa Juzgada respecto de las pretensiones formuladas por la tercera excluyente?*

*¿Dejó causado el derecho pensional a favor de sus beneficiarios el señor Juan de Jesús Londoño Arias?*

*¿La gestora del litigio acreditó la convivencia exigida por la ley para ser tenida como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión al fallecimiento del señor Juan de Jesús Londoño Arias?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

La cosa juzgada es una institución jurídico procesal que dota el carácter definitivo e inmutable a las sentencias y autos, por lo que con fuerza vinculante, ata cualquier otra controversia, que intenten abrir posteriormente los mismos sujetos, con idéntico objeto y causa.

Tal efecto vinculante y definitivo emana de la Ley, con el propósito de que las controversias sometidas al escrutinio del juez, sean resueltas, y no puedan reabrirse nuevamente ante las instancias judiciales, salvo en eventos previstos por el propio legislador, ofreciendo así seguridad jurídica a los asociados.

Con arreglo al artículo 303 del C.G.P. antes 332 del C.P.C., la cosa juzgada se da siempre que exista: i) Identidad de partes: entendida como una identidad jurídica que cobija en ambas contenciones a los mismos sujetos de derecho, o sus continuadores por causa de acto entre vivos, o por causa de muerte. ii) Identidad de objeto: es decir, que la nueva pretensión no sea distinta a la que se formuló en el proceso ya terminado y, iii) Identidad de causa petendi: esto es, que los hechos coincidan tanto en la demanda que fue objeto de decisión, como en la nueva.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo en sentencia SL 6097 de 2015:

***“*** *Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre éste ya se ha asentado de manera definitiva el pensamiento de su juzgador natural, por manera que, al tenerse por superada la controversia mediante la sentencia judicial en firme, ésta adquiere las características de ‘definitividad’ e ‘inmutabilidad’, que al lado de tener por solucionado el conflicto, otorgan a las partes comprometidas certeza del derecho discutido y seguridad jurídica sobre lo decidido. Pero para que la cosa juzgada adquiera la fuerza que persigue la ley, no basta que solamente una o dos de las identidades antedichas se reflejen en el nuevo proceso; como tampoco, para negarla, que por la simple apariencia se desdibujen los elementos que la conforman, esto es, el objeto del proceso, la causa en que se funda y los sujetos entre quienes se traba la disputa. Por eso, para que se estructure la cosa juzgada, de una parte, deben concurrir, necesariamente y en esencia las tres igualdades anotadas, y, de otra, deben aparecer identificados claramente los elementos que las comportan.”*

En el caso puntual, no milita duda en torno a que la señora Rosa Amanda Gutiérrez López en proceso anterior había puesto en conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral la resolución de su derecho a la pensión de sobrevivientes, siendo Colpensiones la entidad demandada.

Igualmente, que en dicho proceso, que se tramitó ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, y fue conocido en consulta por esta Superioridad, el objeto litigioso consistió en determinar si la demandante ostentaba o no la calidad de beneficiaria de su cónyuge, Juan de Jesús Londoño Arias, y en consecuencia, si le asistía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, fls.433 a 502.

 Por último, que la causa petendi en dicho asunto se fundamentó entre otros, en los siguientes hechos: que contrajo matrimonio con el causante el 6 de diciembre de 1980, que éste falleció el 12 de marzo de 2012, calenda para la cual se encontraba laborando para el señor Arturo de Jesús Hoyos Zuluaga; que tenía la calidad de cotizante activo y, que presentó la reclamación administrativa el 3 de septiembre de 2012, sin que hubiese recibido respuesta a la fecha de presentación de la demanda.

En el actual proceso, dígase de una vez que está acreditada la identidad jurídica de partes, pues aunque la señora Luz Stella Alzate Castaño fue la que promovió este litigio en contra de Colpensiones, lo cierto es que por decisión de la Judicatura -*quien desconocía la existencia del proceso primigenio-*, se integró el contradictorio con la señora Rosa Amanda Gutiérrez López, quien optó por formular demanda de intervención excluyente, pretendiendo para sí en un todo el derecho controvertido.

Recuérdese que dicha figura de intervención ad-excludendum, consiste en hacer valer un derecho propio frente a dos partes contendientes en el proceso, y como tercero independiente que es, la demanda se dirige ordinariamente contra el demandado, empero, también contra el actor principal cuando se pretende excluir en todo o en parte la pretensión de éste, por considerar que se tiene mejor derecho. Es esa la razón por la que el juzgador debe estudiar en primer lugar la petición del tercero principal, para luego, en caso de no salir avante, decidir lo correspondiente a la pretensión del promotor

En ese orden, la demanda de intervención excluyente se encuentra al mismo nivel que el de la demandante de este pleito respecto de Colpensiones, de suerte que, es procedente predicar la identidad jurídica de las partes.

En cuanto al objeto litigioso, lo que persiguió la tercera interviniente en este proceso era excluir la pretensión de la demandante principal, a efectos de que se le reconociera y pagara el 100 % de la pensión de sobrevivientes. En cuanto a la causa petendi, refiere como sustento fáctico de las pretensiones, los mismos hechos relacionados en la demanda primigenia, con algunas adiciones formales que en nada varían el núcleo esencial de las pretensiones, siendo la condición de cónyuge supérstite del afiliado fallecido la base de las mismas.

Se advierte entonces que, se trata del mismo conflicto que en su momento fue definido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta Ciudad y conocido en consulta por esta Superioridad, en el que se resolvió negar las pretensiones de la señora Rosa Amanda Gutiérrez López, ante el hecho de no haber acreditado la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes peticionada. De modo que, tal situación jurídica no podía ser objeto de controversia en un nuevo proceso, pues los efectos de la cosa juzgada se concretan en la imposibilidad de enervar los efectos del proceso anterior.

Por último, no es de recibo la objeción que hace el apelante en cuanto a que al proceso fueron traídas nuevas pruebas testimoniales que acreditan que la cónyuge supérstite del afiliado sí es beneficiaria de la prestación pensional en controversia, pues permitir tal argumento, sería tanto como abrir la posibilidad de que se enmendaran los errores probatorios de los procesos anteriores, y de paso, que se desconozca el principio de la seguridad jurídica la cual permite tener certeza de que las acciones judiciales han quedado finiquitadas, con efectos de inmutabilidad.

Lo dicho es suficiente para concluir que la decisión de la a-quo de dar por configurada la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones de la tercera interviniente, es acertada, y por ende, debe confirmarse.

Ahora bien, en orden a desatar el grado de consulta que opera en favor de la entidad demandada, corresponde a la Sala determinar en primer lugar si el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus causahabientes.

Para ello, es preciso destacar que la norma regula la materia en este asunto es la Ley 797 de 2003, por ser la vigente al momento del deceso del afiliado. Dicho precepto, exige en su artículo 12 como requisito para obtener la pensión de sobrevivientes, que el afiliado haya cotizado una densidad mínima de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso, requisito éste que satisfizo a cabalidad el extinto Juan de Jesús Londoño Arias, pues cotizó en dicho interregno un total de 153.84 semanas, según el reporte de semanas cotizadas en pensión, visible a folio 97.

En cuanto al componente subjetivo, los literales a y b de dicha norma regulan la vocación de beneficiario que tiene la cónyuge o compañera 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.

De las distintas hipótesis contenidas en la norma, se extrae que la pensión de sobrevivientes premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendida 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 entre los cónyuges, de que permanezca el ánimo de colaboración económica, acompañamiento espiritual y auxilio mutuo entre los cónyuges, en los términos señalados por la jurisprudencia en sentencia SL 16949 de 2016.

Es así que, cuando se alega la convivencia de hecho con el afiliado, el lapso mínimo de cinco años de convivencia exigido por el legislador, debe ser satisfecho en tiempo inmediatamente anterior al deceso de aquel, al paso que en si es la cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente, quien reclama, los cinco años correrán en cualquier tiempo, siempre que se acrediten las circunstancias ya referidas.

En torno a la condición de beneficiaria de la señora Luz Stella Alzate Castaño, tal y como lo señaló la sentenciadora de primer grado, los testimonios de Joaquín Elías Londoño Arias, María de la Luz Delfina Londoño Arias, y, Esmeralda Herrera Vélez, son coincidentes en indicar que convivía en unión libre con el señor Juan de Jesús Londoño Arias desde aproximadamente el 2001 o 2002; que era él quien veía económicamente por la demandante y por sus dos hijos menores, y que mantuvieron su convivencia hasta el momento de la muerte de éste último, ocurrida en el 2012.

Ahora bien, aunque la demandante confesó en su intervención que la convivencia con el de cujus inició en el año 2004 y perduró hasta el momento de su deceso, pues la convivencia con el padre de sus dos hijos estuvo vigente hasta el 2003, tal afirmación por sí sola no desmerita los dichos de los testimonios, pues haciendo abstracción de esa inconsistencia, los mismos resultan creíbles para la Sala, pues en el caso de Joaquín Elías y María de la Luz Delfina Londoño Arias, la sola condición de hermanos del afiliado fallecido hace que tengan un conocimiento preferente de los supuestos relativos a la convivencia de la pareja, y en el caso de la señora Esmeralda Herrera Vélez, en calidad de amiga y vecina de la demandante, fue clara en explicar suficientemente las razones por las cuales conocía la convivencia entre aquella y el de cujus, sin que se observe en su declaración animo por favorecerla, pues puso de presente que tuvo otra pareja con quien procreó dos hijos, que se separó porque su relación estaba muy mal, y que al cabo de un tiempo se fue a vivir con el causante a la casa de un hermano de la demandante.

Adicional a ello, militan en el proceso documentos que permiten inferir que la convivencia de la demandante con el asegurado fallecido se dio por un lapso superior a cinco años antes de su deceso. A folios 24 y 25 militan los formularios de vinculación del trabajador al sistema general de riesgos profesionales y de pensiones, diligenciados el 9 de enero de 2007, en los que se indica como lugar de domicilio del afiliado la Mz.2 Casa 4, Barrio el plumón, y se relaciona a la aquí demandante como su beneficiaria. A folio 26, certificación de la EPS SaludCoop, en donde se certifica que la demandante es beneficiaria en salud del causante desde el 27 de septiembre de 2011, en calidad de compañera permanente. A folio 28, milita la declaración extra juicio calendada el 4 de octubre de 2007, en la que el causante y la demandante dejan constancia de estar conviviendo desde el 2001. Ahora, si bien es cierto la demandante confesó en el interrogatorio de parte que absolvió que la convivencia realmente inició en el año 2004, y que dicho documento fue expedido en aras de acceder a un subsidio en comfamiliar, la Sala presume que por lo menos a la fecha de rendición de dicha declaración la pareja ya convivía.

 Todos el material probatorio referido permite dar por sentado suficientemente la convivencia de la demandante con el señor Juan de Jesús Londoño Arias hasta el momento de su deceso, de manera que acertó la jueza de primer grado al tenerla como beneficiaria de la prestación de sobrevivientes.

Respecto al monto de la prestación, le corresponde a la actora un salario mínimo legal mensual vigente, tal como se peticionó en la demanda inicial, y por 13 mesadas anuales, dado que la causación del derecho se dio con posterioridad al 31 de julio de 2011, por lo que en sede de consulta se confirmará este punto de la sentencia.

 No prospera la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, como quiera que en los términos del artículo 151 del CPT y 488 del CST, no transcurrieron más de tres años desde que la respectiva obligación se hizo exigible y la presentación de la demanda, la cual tuvo lugar el 9 de septiembre 2013, ver folio 13.

Ahora bien, al actualizar el valor del retroactivo pensional causado desde el 12 de marzo de 2012 y el 31 de octubre de 2017, es decir, incluyendo las mesadas generadas hasta la emisión de esta sentencia, se obtiene la suma de $ 45`828.442, según se ilustra en el cuadro que se pone de presente a los asistentes y hará parte del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia. Se modificará en ese sentido el ordinal 3º de la providencia consultada.

En cuanto a los intereses moratorios, éstos se deben a partir de la sentencia, por haberse la entidad de seguridad social, apegado a la minuciosa aplicación de la ley (sentencia 2 de octubre de 2013, radicación 44454 y 3 de septiembre de 2014 radicación 50.259), por lo que su exoneración sólo opera mientras el derecho pensional está en discusión. Acertada resulta la decisión de la a-quo al imponer tales réditos a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta tanto la entidad cancele las mesadas adeudadas.

Las costas en esta instancia estarán a cargo de la tercera interviniente en favor de la demandante principal y de la entidad demandada.

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 5 de diciembre de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, **modificándola** en cuanto al valor del retroactivo causado entre el 12 de marzo de 2012 y el 31 de octubre de 2017, que arroja un total de 45`828.442,

1. Costas en esta instancia a cargo de la tercera interviniente y en favor de la demandante principal y de la entidad demandada.

***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

**ANEXO**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| 2012 | $566.700 | 9,6 | $5.440.320 |
| 2013 | $589.500 | 13 | $7.663.500 |
| 2014 | $616.000 | 13 | $8.008.000 |
| 2015 | $644.350 | 13 | $8.376.550 |
| 2016 | $689.454 | 13 | $8.962.902 |
| 2017 | $737.717 | 10 | $7.377.170 |
| TOTAL  | **$45.828.442** |