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 esta Sala.

Providencia: Sentencia - Segunda Instancia - 8 de marzo de 2018

Radicación No: 66001-31-05-001-2015-00037-01 (acumulado 01-2015-00620-00)

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Luz Amparo García Giraldo (Gladys Noreña García y Juan Sebastián Mazo Noreña)

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CONVIVENCIA SIMULTÁNEA / VALORACIÓN PRUEBA TESTIMONIAL / COMPAÑERA PERMANENTE NO PROBÓ / HIJO MAYOR DE 18 AÑOS / NO ACREDITÓ ESTAR ESTUDIANDO A LA FECHA DE FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE.-** 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 la misma 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. 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.

(…)

Es evidente, entonces, para la Sala, que la Jueza –quo valoró en correcta forma el acervo probatorio obrante en el plenario, el cual claramente conduce a la conclusión de que la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Fernan de Jesús Mazo Noreña es la señora Gladys Noreña García.

(…)

Tratándose de hijos del causante, mayores de 18 años, su calidad de beneficiarios se establece, al momento del deceso de aquel, siempre que acrediten que, a ese momento se encontraban estudiando y tal situación les convertía en dependientes económicos del fallecido, condiciones que, se insiste, deben evidenciarse al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado.

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 08 de marzo de 2018*

***Radicación No****:**66001-31-05-001-2015-00037-01 (acumulado 01-2015-00620-00)*

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

***Demandante****: Luz Amparo García Giraldo(Gladys Noreña García y Juan Sebastián Mazo Noreña)*

***Demandado:*** *Colpensiones*

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

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

***Tema a tratar: Pensión de sobrevivientes. Cónyuge o compañera permanente beneficiaria. 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 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).* ***Pensión de sobrevivientes. Hijo mayor de 18 años.*** *Tratándose de hijos del causante, mayores de 18 años, su calidad de beneficiarios se establece, al momento del deceso de aquel, siempre que acrediten que, a ese momento se encontraban estudiando y tal situación les convertía en dependientes económicos del fallecido, condiciones que, se insiste, deben evidenciarse al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy ocho (08) de marzo de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto a la sentencia del 19 de abril de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Luz Amparo García Giraldo*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones****,* al cual se acumuló el proceso adelantado por ***Gladys Noreña García y Juan Sebastián Mazo Noreña***.

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***Antecedentes***

Piden los demandantes que se les declare como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Fernán de Jesús Mazo Noreña, a partir del 20 de abril de 2014, en cuantía igual al salario mínimo, con el correspondiente retroactivo, los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

***Hechos comunes***

Se relata por parte de todos los interesados que el señor Fernán de Jesús Mazo Noreña falleció el 19 de abril de 2014, que para ese momento estaba afiliado a Colpensiones para la cobertura de sus riesgos de invalidez, vejez y muerte y que Colpensiones mediante Resolución GNR 294290 del 22 de agosto de 2014 dejó en suspenso el reconocimiento de la prestación, atendiendo la existencia de controversia.

***Hechos Luz Amparo García Giraldo***

Relata que convivió con el señor Marzo Noreña por espacio de ocho años hasta la fecha de su fallecimiento, que dependía económicamente del causante y que el 04 de junio de 2014 elevó reclamación pensional a Colpensiones.

***Hechos Gladys Noreña García y Juan Sebastián Mazo Noreña***.

Refieren en su demanda que la señora Gladys contrajo matrimonio con el causante el 07 de septiembre de 1991, que de tal unión se procrearon dos hijos, que mantuvieron su relación hasta el momento de su deceso, que la señora Gladys debió irse a España en el año 2000 con el fin de ayudar a la economía familiar, enviando dinero para el sostenimiento de las fincas y de sus hijos, que venía cada año a visitar a su familia, que solicitó reagrupación familiar para lograr el traslado de su familia, que los hijos lograron viajar pero el señor Fernán se quedó para vender las fincas y finalmente enfermo y fue inviable su viaje, que permaneció enfermo por un espacio de 5 meses, que la actora elevó reclamación de la pensión de sobrevivientes, que para el servicio de la finca se contrató a una señora de nombre Cristina, hija de la señora Luz Amparo García Giraldo, que después de varios años de servicio la señora Cristina dejó de laborar e ingresó a laborar la señora García Giraldo, que en abril de 2015 el señor Juan Sebastián Mazo Noreña reclamó su pensión de sobrevivientes allegando certificación de estudios del Sena, que Colpensiones negó el pedido de pensión, mediante Resolución No. GNR 305143 de 2015, que en la actualidad aún se encuentra cursando estudios de Tecnología Ambiental en el Sena.

Admitida cada una de las demandas, la entidad demandada allegó respuestas en las que aceptó la fecha de deceso del señor Mazo Noreña, su calidad de afiliado a Colpensiones, las reclamaciones elevadas y la decisión de dejar en suspenso el reconocimiento pensional, la existencia del vínculo matrimonial entre la señora Gladys y el causante, la existencia de dos hijos de dicha unión, la reclamación del joven Juan Sebastián Mazo Noreña y la negativa de la entidad. Respecto a los restantes indica que no le constan. En ambos casos se opuso a las pretensiones de la demanda y excepcionó de fondo “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

***SENTENCIA***

Agotados los ritos procesales, la señora Jueza profirió sentencia en la que reconoció el derecho pensional a la señora Gladys Noreña García, con el correspondiente retroactivo pensional. Negó los derechos reclamados por la señora Luz Amparo García Giraldo y el joven Juan Sebastián Mazo Noreña. Luego de encontrar que el causante dejó causado el derecho a favor de sus causahabientes. Para así colegir, encontró que la señora Noreña García demostró su convivencia con el causante, la cual se mantuvo a pesar de que ella se fuera para el exterior, pues tal separación no correspondió a un rompimiento del vínculo, sino que se dio por necesidades económicas y laborales, pero que la convivencia como pareja continuó. Así lo colige la a-quo de las declaraciones escuchadas a instancia de esta parte, las cuales considera como contestes y veraces. No ocurre lo mismo con la única prueba testimonial traída por la señora Luz Amparo, pues tal declaración, en el sentir de la a-quo no es clara y presenta algunas contradicciones con el interrogatorio de la misma interesada; igualmente indica que no era una visita asidua o constante, sino que paneas advierte haber ido un par de veces al lugar donde presuntamente se llevaba a cabo la relación. Por tal motivo, estima que no se acreditó por esta demandante, las condiciones para ser beneficiaria de la prestación.

En cuanto al joven Juan Sebastián, niega el derecho pensional, por cuanto al momento del deceso no se encontraba estudiando y ya era mayor de 18 años, sin que el posterior ingreso a cursar estudios, sea suficiente para considerarlo como beneficiario de la prestación pensional.

Impone, en consecuencia, condena contra Colpensiones a favor de la demandante Gladys Noreña García por el respectivo retroactivo pensional, a razón de una mesada igual al salario mínimo legal vigente para cada anualidad y 13 mesadas pensionales.

***CONSULTA***

Atendiendo que la decisión impuso condena a cargo de Colpensiones y negó totalmente las pretensiones de las demandas elevadas por dos de los demandantes, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta.

***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 los siguientes problemas jurídicos:

*¿Dejó el señor Fernán de Jesús Mazo Noreña causado el derecho a la pensión de sobrevivientes para sus beneficiarios?*

*¿Acreditaron las demandantes su calidad de beneficiarias de la prestación pensional, en los términos exigidos por la Ley?*

*¿Se cumplieron las condiciones exigidas por la norma aplicable al caso, para que el joven Juan Sebastián Mazo Noreña accediera a la prestación de sobrevivientes?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

En cuanto a la causación del derecho pensional, se tiene que atendiendo la fecha de deceso del señor Mazo Noreña -19 de abril de 2014-, la normatividad vigente es la Ley 100 de 1993, con la modificación incorporada en la Ley 797 de 2003. El canon 12 de esta legislación, establece que la pensión de sobrevivientes, en caso del deceso de un afiliado al sistema pensional, se genera cuando el fallecido ha cotizado a lo menos 50 semanas en los tres años que anteceden al deceso.

Pues bien, de conformidad con la historia laboral visible a folio 98 del proceso, se tiene que el señor Mazo Noreña, entre el 19 de abril de 2014 y la misma fecha del año 2011, cuenta con un total de 155,87 semanas cotizadas al sistema pensional, por lo tanto, es evidente que a su muerte, el señor Fernán de Jesús sí dejó causado el derecho pensional a favor de sus causahabientes.

Superado el primero de los puntos de debate, se dispondrá la Sala a analizar el tema de la calidad de beneficiarias de las señoras Luz Amparo García Giraldo y Gladys Noreña García.

La normatividad que rige el tema, 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, 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 la convivencia real que haya tenido 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, o a aquellas relaciones esporádicas, pues el concepto de vida en pareja engloba conceptos afectivos, espirituales, morales, físicos y especialmente de vocación de permanencia, 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 la misma 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. 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.

En el sub judice, se tiene que la señora Luz Amparo García Giraldo indica en su versión que convivió con el señor Fernán de Jesús por un espacio de 7 años, que tal convivencia data del año 2007, momento para el cual ingresó a laborar en la finca el porvenir de propiedad de éste, pero que tal relación laboral no duró más de un mes, pues posteriormente se convirtió en una relación sentimental. Tal situación, trata de ratificarla con una sola deponente, la señora Luz Stella Díaz Rengifo, quien indicó que conoció de la relación de la demandante con el señor Fernán, por ser cuñada de la demandante. De su declaración, es destacable el hecho que en el trascurso de los varios años de relación, la deponente solo visitó a la demandante un par de veces y ella misma admite la poca o nula relación que sostuvo con el señor Fernán, pues no pasaba del saludo con él. Además refiere que no asistió a las exequias del demandante y que su muerte estuvo antecedida de un corto período de enfermedad, que incluyó 15 días de hospitalización, versión que claramente contraría los más de 4 meses de enfermedad y constante hospitalización que la misma Luz Amparo admite. Por lo tanto, este testimonio resulta claramente incoherente con la misma declaración de la demandante y por ende no permite colegir, con la certeza suficiente, la existencia de la convivencia exigida.

En cuanto a la declaración de Gladys Noreña Garcìa, dígase que trajo a declarar al señor Pedro Nel Mazo Noreña, Sandra Milena Zapata García y Fabiola Zapata Garcia, quienes depusieron que la pareja conformada por la señora Noreña y el fallecido Mazo, nunca se disolvió, amén que a pesar de que aquella se vio obligada a emigrar a España por condiciones económicas y laborales, se mantuvo latente el espíritu de ayuda, colaboración y conformación de un núcleo familiar, por lo que ella venía anualmente al país a verse con el causante e incluso intentó un proceso de reagrupación de núcleo familiar ante aquel país, el cual se vio truncado por la enfermedad y fallecimiento del señor Fernàn de Jesùs. Todos los testigos, con la cercanía que les otorgaba el ser familiares directos de quienes formaban la pareja, dan cuenta de que la comunicación entre ambos era constante, que a pesar de la distancia, los vínculos de amor y colaboración continuaban latentes, lo que claramente conduce a colegir, sin ambages, que entre la mencionada pareja se mantuvo la convivencia, la cual corresponde a un lapso mucho mayor a los cinco años, amén que, por lo menos, desde el 07 de septiembre de 1991, con el matrimonio, conforme lo enseña el folio 29 de la actuación, contentivo del registro civil de matrimonio, se tiene certeza de la convivencia.

Es evidente, entonces, para la Sala, que la Jueza –quo valoró en correcta forma el acervo probatorio obrante en el plenario, el cual claramente conduce a la conclusión de que la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Fernan de Jesús Mazo Noreña es la señora Gladys Noreña García.

Finalmente se analizara la calidad de beneficiario de la prestación pensional, que alega tener el joven Juan Sebastián Mazo Noreña. Pues bien, el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el canon 13 de la Ley 797 de 2003, establece que:

*“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

*(…)*

*Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993”*

Tratándose de hijos del causante, mayores de 18 años, su calidad de beneficiarios se establece, al momento del deceso de aquel, siempre que acrediten que, a ese momento se encontraban estudiando y tal situación les convertía en dependientes económicos del fallecido, condiciones que, se insiste, deben evidenciarse al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado.

Pues bien, en el caso puntual se tiene que a folio 32 del cuaderno acumulado, obra el registro civil de nacimiento del joven Mazo Noreña, en el que consta que nació el 12 de febrero de 1996 y que su padre es el señor Fernán de Jesús Mazo Noreña, por lo que al fallecimiento de su progenitor -19 de abril de 2014- contaba con más de 18 años de edad. A folios 49 a 54 del mismo cuaderno, obran constancias e información emitida por el SENA regional Risaralda, en el que se indica que el joven Juan Sebastián inició estudios en esa institución como tecnólogo en control ambiental. Tales estudios se iniciaron el 22 de septiembre de 2014, calenda posterior al deceso del señor Fernán de Jesús, lo que permite colegir que al momento del fallecimiento de éste, la dependencia económica exigida no se presentaba, incumpliéndose claramente las condiciones exigidas en la norma, lo que conlleva a inferir que no le asiste derecho al actor, tal como lo definió la a-quo.

Se actualizará la condena impuesta por concepto de retroactivo a la fecha de este pronunciamiento así:



En síntesis, se confirmará la sentencia consultada, actualizando la condena por concepto de retroactivo pensional hasta el momento de esta providencia.

Sin costas en esta instancia.

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 19 de abril de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, actualizando hasta la fecha de esta providencia la condena por concepto de retroactivo pensional impuesta en el ordinal 5º, la cual queda en la suma de $34.264.177.

***2. Sin costas.***

***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