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 de Segunda Instancia, jueves 07 de junio de 2018

Radicación No: 66001-31-05-001-2016-00298-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Hermes Prado Campiño

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CÓNYUGE SEPARADO DE HECHO / CONVIVENCIA / PRECEDENTE CORTE SUPREMA / DEBE PROBAR QUE CONTRIBUYÓ A LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PENSIONAL / ACREDITADA / CONFIRMA /** La real discusión que se presenta en este proceso es la de determinar si el actor acredita la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Para solucionar tal conflicto 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. No obstante lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia por vía de interpretación ha indicado que el lapso referido, en el caso del cónyuge separado de hecho del afiliado o pensionado fallecido, puede ser cumplido en cualquier tiempo, lo que sin duda legitima al esposo o esposa sobreviviente a pedir la pensión de sobrevivientes, bien acudiendo en concurrencia con un compañero permanente, caso en el cual se debe reconocer la prestación a prorrata del tiempo convivido o bien haciéndolo como único beneficiario, persiguiendo el 100% de la prestación. Tal circunstancia fue avalada en sentencia del 24 de enero de 2012, radicado al número 41.637…

(…)

Visto lo anterior, claramente es posible que el cónyuge separado de hecho, acceda a la pensión de sobrevivientes, no obstante, tal posibilidad se encuentra supeditada a que se acredite que se mantuvieron los lazos familiares, el ánimo de ayuda mutua y de socorro o, en todo caso, que haya contribuido de manera real y efectiva a la consolidación o construcción del derecho pensional, aporte que se debe entender reflejado en una convivencia real y efectiva en aquella época, con cumplimiento de las obligaciones propias del vínculo matrimonial.

(…)

Tal devenir, claramente permite colegir a esta Sala que existió una convivencia de mínimo 20 años, y ese tiempo abarcó parte de la vida laboral de la señora Brito de Prado, pues como se observa en la historia laboral –fls. 45 y ss.- esta empezó a cotizar de manera continua e ininterrumpida desde el año 1988 con el empleador Nicole y lo hizo por un total de 934,43 semanas, de los cuales a los menos 7 años lo hizo al lado del acá demandante, cantidad de tiempo para nada despreciable y que evidencia que el actor sí participó de la construcción de la prestación reconocida a la referida.

***ORALIDAD***

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy siete (7) de junio de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 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 recurso de apelación propuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 14 de julio de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Hermes Prado Campiño*** 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 el actor que se le declare como beneficiario de la sustitución pensional causada con el deceso de la señora María Doris Brito de Prado y que Colpensiones es la entidad responsable del reconocimiento y pago de la misma. En consecuencia, depreca que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la misma desde el 05 de septiembre de 2007 con el correspondiente retroactivo y los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, así como las costas procesales.

Se sustentan tales pedidos en que el actor nació el 23 de junio de 1953, que contrajo matrimonio con la señora María Doris Brito de Prado el 30 de marzo de 1974, que desde aquella calenda convivieron bajo el mismo techo, que de dicha unión nació Eliana Milena Prado Brito quien actualmente es mayor de edad, que la señora Brito de Prado fue pensionada por vejez mediante Resolución 6097 de 2007, que falleció el 05 de septiembre de 2007; que la pareja conformada por el actor y la pensionada fallecida nunca se separó, ni se divorciaron, ni disolvieron sociedad conyugal, que mediante escrito del 23 de septiembre de 2015 se reclamó la prestación pensional, que mediante Resolución 408995 de 2015 Colpensiones negó el reconocimiento pensional, que el fundamento de la decisión fue la falta de acreditación de convivencia.

Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a Colpensiones, aceptando el vínculo matrimonial, la calidad de pensionada de la fallecida, su deceso, la reclamación pensional, la negativa de la entidad y sus fundamentos, indicando frente a los restantes que no le constan. Se opuso a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

***SENTENCIA***

La Jueza a-quo dictó sentencia en la que accedió a las pretensiones de la demanda, encontrando que el actor acreditó la permanencia del vínculo marital y la convivencia por un espacio mayor a 5 años, los cuales si bien no son inmediatamente anteriores al deceso, si permiten acceder a la prestación, atendiendo que el demandante acreditó que siguió perteneciendo al círculo familiar de la fallecida. Para llegar a la conclusión antes dicha, se apoyó en los testimonios escuchados, los cuales si bien no atinan a ser muy precisos en cuanto a las fechas, si permiten colegir que la vida en común fue por un espacio mayor a los 5 años y las razones para esas imprecisiones, fueron el tiempo que ha trascurrido y el nivel educativo y cultural de los deponentes.

Superado lo anterior, procedió a fijar el valor del retroactivo pensional, para lo cual tuvo en cuenta el fenómeno de la prescripción, declarando prescritas las mesadas causadas con antelación al 23 de septiembre de 2012. Accedió a los réditos moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 23 de noviembre de 2015 y condenó en costas a Colpensiones.

***APELACIÓN Y CONSULTA***

La apoderada de Colpensiones estuvo inconforme con la valoración probatoria efectuada por la a-quo, pues estimó que las imprecisiones de los testigos no se deben a su condición académica o cultural o al tiempo transcurrido, sino a que realmente no conocían lo relatado. Esas imprecisiones no permiten colegir la convivencia entre la pareja, razón por la cual pretende que se revoque la sentencia.

En subsidio de lo anterior, dispuso que el porcentaje de la condena en costas no puede ser el 100% de las mismas, atendiendo la prosperidad parcial de la excepción de prescripción.

Al ser adversa la decisión respecto a Colpensiones, se dispuso además el grado jurisdiccional de consulta de la misma, al tenor 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 el demandante su calidad de beneficiario de la prestación pensional de sobrevivientes?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Son hechos fuera de todo debate en el presente asunto el fallecimiento de la señora María Doris Brito de Prado, ocurrido el 05 de septiembre de 2007, así como la calidad de pensionada que ésta ostentaba a su deceso. Igualmente está debidamente acreditado que el actor y la fallecida contrajeron matrimonio el 30 de marzo de 1974 y no se registra divorcio, ni separación de cuerpos o de bienes ni disolución de la sociedad conyugal.

Lo anterior, permite aseverar, sin lugar a equívocos, que al morir, la señora Brito de Prado dejó para sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes, aspecto que se ratifica con la Resolución GNR 408995 del 16 de diciembre de 2015 –fls. 11 y ss-, donde se indica tal calidad.

La real discusión que se presenta en este proceso es la de determinar si el actor acredita la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Para solucionar tal conflicto 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. No obstante lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia por vía de interpretación ha indicado que el lapso referido, en el caso del cónyuge separado de hecho del afiliado o pensionado fallecido, puede ser cumplido en cualquier tiempo, lo que sin duda legitima al esposo o esposa sobreviviente a pedir la pensión de sobrevivientes, bien acudiendo en concurrencia con un compañero permanente, caso en el cual se debe reconocer la prestación a prorrata del tiempo convivido o bien haciéndolo como único beneficiario, persiguiendo el 100% de la prestación. Tal circunstancia fue avalada en sentencia del 24 de enero de 2012, radicado al número 41.637, donde se dijo lo siguiente:

*“No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.*

*Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos”.*

Visto lo anterior, claramente es posible que el cónyuge separado de hecho, acceda a la pensión de sobrevivientes, no obstante, tal posibilidad se encuentra supeditada a que se acredite que se mantuvieron los lazos familiares, el ánimo de ayuda mutua y de socorro o, en todo caso, que haya contribuido de manera real y efectiva a la consolidación o construcción del derecho pensional, aporte que se debe entender reflejado en una convivencia real y efectiva en aquella época, con cumplimiento de las obligaciones propias del vínculo matrimonial. Respecto a esta última hipótesis, vale rememorar un pronunciamiento del órgano de cierre, con el siguiente tenor:

*“Además de lo anterior, debe precisar esta vez la Sala que en eventos como el sub lite, en que los cónyuges se encuentran separados al momento del fallecimiento, y que ese apartamiento entendido como rompimiento de la convivencia como lo ha entendido la jurisprudencia, se ha prolongado en el tiempo, resulta relevante, y habría que analizarlo en cada caso según sus particularidades, si quien pretende el derecho con ocasión de la muerte del otro cónyuge, participó en la construcción de la pensión, entendiendo por esto, que lo acompañó durante su vida productiva, le prestó socorro y ayuda, y fue solidario con sus necesidades, todo dentro del marco de las obligaciones que por ley le corresponden a los esposos -artículo 176 del Código Civil-, pues de lo contrario si lo abandonó, o ha transgredido esas pautas de comportamiento impuestas por el mismo legislador, o simplemente estuvo ausente durante el periodo de maduración del derecho pensional, carecería de interés legítimo para recibirla” (SL 12442 de 2015) .*

A estos aspectos, propiamente, se avendrá el estudio probatorio que efectuara la Sala en el sub lite.

En el caso puntual se contó con las declaraciones de Ramiro Cubillos, Maribel Prado Campiño y Orlando López Patiño, quienes por razones de amistad, parentesco y vecindad conocieron de la relación y convivencia que sostuvieron el actor y la señora María Doris Brito de Prado. Todos indicaron que la pareja convivió en varias partes de la ciudad de Pereira y del Municipio de Dosquebradas, que tal convivencia se mantuvo de manera ininterrumpida, por lo menos hasta que la hija en común de la pareja decidió irse a vivir a otro país, lo que ocurrió cuando ella tenía aproximadamente 20 años de edad, lo que quiere decir que emigró aproximadamente en el año 1995, atendiendo que nació el 04 de junio de 1975, tal como se acredita con el registro civil de nacimiento visible a folio 69.

Con posterioridad a esa data, la convivencia se torna difusa, conforme a la prueba testimonial e incluso la misma versión del demandante quien en interrogatorio de parte terminó admitiendo que aproximadamente desde el año 1997, debió escaparse de la justicia y terminó la convivencia, aunque se veía esporádicamente con la causante. Por ello, se puede concluir, que la prueba testimonial obrante en el proceso refleja a lo menos, con alto grado de certeza, una convivencia que permaneció hasta el año 1995 entre la pareja, la cual se rompió con posterioridad a esta fecha porque el demandante huyó por problemas con la justicia, no obstante que esporádicamente se siguieran viendo, hasta que definitivamente fue recluido en prisión y, estando detenido falleció la mencionada dama.

Tal devenir, claramente permite colegir a esta Sala que existió una convivencia de mínimo 20 años, y ese tiempo abarcó parte de la vida laboral de la señora Brito de Prado, pues como se observa en la historia laboral –fls. 45 y ss.- esta empezó a cotizar de manera continua e ininterrumpida desde el año 1988 con el empleador Nicole y lo hizo por un total de 934,43 semanas, de los cuales a los menos 7 años lo hizo al lado del acá demandante, cantidad de tiempo para nada despreciable y que evidencia que el actor sí participó de la construcción de la prestación reconocida a la referida.

Y esa conclusión no se desvirtúa ni varia, atendiendo las imprecisiones que refiere la apelante respecto a la prueba testimonial, puesto que si bien existen las contradicciones en cuanto a los extremos finales de convivencia, no se pueden desechar los dichos que refieren a otras épocas de dicha unión y que son las que a esta Sala permiten colegir que el demandante sí sostuvo de manera clara y continua la relación por el interregno de 20 años mencionados. Recuérdese que en la valoración de la prueba, el juzgador en materia laboral cuenta con total libertad para formarse su convencimiento –art. 61 CPTSS.-, lo que le permite apoyarse en las pruebas que estime convenientes, siempre que su valoración esté acorde con las reglas de la experiencia, lo que sin duda en este caso ocurre, pues las imprecisiones no le restan mérito a las declaraciones, sino que antes bien, muestran que sus versiones provienen de su conocimiento directo y, antes ese interregno de la vida de la pareja, por distintas cuestiones, no conocen mucho, razón por la poco o nada saben.

Por tal motivo, encuentra la Sala que la decisión de primer grado resulta acertada, en el sentido de tener al demandante como beneficiario de la prestación pensional por sobrevivientes.

En lo tocante a las condenas impuestas, las cuales se analizaran en virtud del grado jurisdiccional de consulta que también se conoce en esta oportunidad, dígase que esta Sala se limitará a actualizar el monto de la condena impuesta en el ordinal 4º por concepto de retroactivo pensional, así:



Respecto a la condena por concepto de intereses moratorios de que trata el canon 141 de la ley 100 de 1993, se tiene que la Jueza la impuso desde el 23 de noviembre de 2015 y hasta el pago efectivo de la prestación y del retroactivo pensional, decisión que claramente es acertada, amén que atiende los parámetros fijados en la Ley 717 de 2001, que indica que las solicitudes de pensiones de sobrevivientes deben resolverse en un lapso de dos meses.

Finalmente se analizará el tema de las costas procesales, y puntualmente el porcentaje a que se debió condenar, atendiendo que prosperó parcialmente la excepción de prescripción. Pues bien, dígase que el artículo 365 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión analógica del canon 145 del CPTSS, regula el tema de las costas, indicando el ordinal 5º de dicha norma que:

*“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*…*

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial…”*

En el caso puntual, teniendo en cuenta las resultas del juicio, en la que se accedió a las pretensiones principales de la demanda, de manera parcial, ante la prosperidad de la excepción de prescripción respecto a algunas mesadas pensionales, claramente se observa que la condena debió ser parcial y no total como lo hizo la a-quo, Por tal razón, estima esta Sala que la condena en costas debe corresponder al 90% de las causadas en la primera instancia, teniendo ello como fundamento que la excepción de prescripción, apenas enerva una parte de los dividendos económicos derivados de la prestación pensional. Así las cosas, se modificará el ordinal octavo de la sentencia, en este aspecto.

Sin costas en esta sede, ante la prosperidad apenas parcial del recurso de apelación propuesto por 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. **Modificar** el ordinal 8º dela sentencia del 14 de julio de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de que la condena en costas procesales es por el 90% de las causadas.
2. Actualizar el ordinal 4º de la providencia referida, en el sentido de que la condena por concepto de retroactivo pensional causado entre el 23 de septiembre de 2012 y el 31 de mayo de 2018 corresponde a la suma de $49.784.504, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando hasta la inclusión en nómina.
3. Confirmar en todo lo demás.
4. 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

**ANEXO**

