El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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

Radicación No: 66001-31-05-001-2014-00335-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Carmen Sofía Otálora de Vargas

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

**Temas: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CÓNYUGE ACREDITÓ CONVIVENCIA MÍNIMA / APLICACIÓN DE PRINCIPIO DE IURA NOVT CURIA NO EQUIVALE A FALLAR ULTRA O EXTRA PETITA/**

En conclusión, no existe situación alguna que haga dudar de la convivencia entre los cónyuges, por el contrario, las declaraciones recibidas indican que se dio tal desde el momento mismo del matrimonio hasta la muerte, a lo cual se suma que la parte demandada no aportó prueba de que alguna vez se hayan separado definitivamente o por razones distintas de lo laboral a lo largo de su matrimonio, por lo que es correcto concluir, como lo hizo la juez de primera instancia, que está acreditado también ese requisito y, no como lo aduce la parte recurrente, en cuanto no hay certeza de los extremos temporales para determinar si convivieron o no los cinco (5) años, dado que quedo claro que no existió separación de hecho entre los cónyuges desde su matrimonio.

(…)

Ahora, al sumarse los tiempos cotizados al ISS y en el sector público en toda su vida laboral, se obtiene un total de 1025 semanas cotizadas por el causante, es decir, resulta una densidad de semanas superior al establecido por la Jueza de primera instancia, correspondiente a 955 semanas. Por lo tanto, habría lugar a modificarse en ese sentido la sentencia de la a quo, sino fuera porque la decisión se revisa en virtud al grado jurisdicción de consulta, y dicho aspecto le resulta favorable a Colpensiones, dado que a mayor densidad de semanas mayor tasa de reemplazo.

(…)

Ahora bien, si lo que se pretende es que la jurisdicción se abstenga de condenar en costas por tratarse de un fallo producido por facultades ultra o extra petita, como erradamente lo señaló la Jueza de instancia, debe tenerse en cuenta que en realidad la pensión de sobrevivientes sí fue solicitada por la parte demandante, según se constata en el primer numeral de las pretensiones, y por lo tanto la premisa de la apelación no es cierta, pues no se concedió más de lo pedido en el líbelo inicial (ultra), ni se resolvió algo no deprecado (extra), sino que se hizo uso del principio iura novit curia, consistente en la aplicación de las normas que regulen la prestación reclamada. Pero en todo caso, la condena en costas se da por ser vencido, y Colpensiones se ha opuesto rotundamente al reconocimiento del derecho a la parte actora, tanto en vía administrativa como judicial, y por tanto, indiferentemente del modo como se haya llegado a la condena, esta implica que la posición de la Entidad ha sido derrotada.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los veintinueve (29) días del mes de mayo de dos mil dieciocho (2018), siendo las once de la mañana (11:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver la apelación interpuesta por la parte demandada y respecto de la sentencia proferida el 5 de Diciembre de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Carmen Sofía Otálora de Vargas** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, radicado bajo el N° 66001-31-05-001-2014-00335-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderada:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderada:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos atendiendo lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende la actora se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge José Gabriel Vargas González y se condene a Colpensiones a pagar dicha prestación a partir del 01-04-12, en cuantía de 1 SMLMV, el retroactivo por $17.642.500, intereses moratorios y costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones así: i) Que contrajo matrimonio con José Gabriel Vargas González el 15-08-1964, quien falleció el 10-11-2013; tuvieron 2 hijos; convivieron por 49 años, y residieron en los municipios de Amazonas y Bogotá. ii) Que José Gabriel cumplió 60 años de edad el 04-01-2005, cotizó 1042.85 semanas durante toda su vida laboral, 978.85 en el sector público (Gobernación de Amazonas), y 64 en el sector privado. vi) Que el 10-08-2012 el causante solicitó al ISS la pensión de jubilación por aportes, y reiterada el 19-07-2013, sin obtener respuesta. viii) Que el 05-12-2013 pidió la demandante pensión de sobrevivientes ante Colpensiones, quien ha guardado silencio.

La **Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”-**, se opuso a todas las pretensiones y argumentó que antes de reconocerse la prestación reclamada, se debe establecer el cumplimiento de las exigencias legales y la legitimación en la causa de quien reclama. Interpuso las excepciones de mérito “Estricto cumplimiento a los mandatos legales”, “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Genéricas”.

1. **Síntesis de la sentencia.**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, reconoció a la actora la pensión de sobrevivientes desde el 11 de noviembre de 2013, en cuantía de $632.106; el retroactivo pensional en la suma de $27.212.305, previo descuento de los aportes en salud; los intereses moratorios a partir del 06-02-2014 y las costas del proceso.

Para sustentar su decisión expuso que el señor José Gabriel Vargas González era beneficiario del régimen de transición; sin embargo, no cumplió las exigencias de la Ley 71 de 1988, como tampoco de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para obtener la pensión post morten. De tal manera que en virtud a la facultad extra petita, determinó que cumplió los requisitos de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para acceder a pensión de sobrevivientes, al reunir en los 3 años anteriores del deceso del señor Vargas González, entre el 10-11-2010 y el 10-11-2013, 64 semanas, y que la demandante demostró ser la cónyuge y haber convivido con el causante en la medida establecida por las citadas normas.

1. **Síntesis del recurso de apelación.**

La apoderada judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación, exponiendo que al no coincidir los dichos de las declarantes, se dejó de probar la convivencia entre el causante y la actora por 5 años, en cualquier tiempo. Además, solicitó que se revisen las costas, porque la condena se produjo por facultades extra petita.

1. **Del grado jurisdiccional de consulta**

Conforme al artículo 69 del C.P.L. se ordenó consultar la sentencia, al haber resultado adversa a los intereses de Colpensiones.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

* 1. ¿Están reunidos los requisitos para que la demandante tenga derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del causante José Gabriel Vargas González?
	2. ¿Qué tasa de reemplazo hay lugar aplicar?
	3. ¿Es procedente la imposición de intereses moratorios?
	4. ¿La condena emitida en primera instancia daba lugar a la imposición de costas procesales a la demandada, pese a haberse emitido en uso de facultades extra petita?
1. **Solución a los problemas jurídicos.**
	1. **Causación de la pensión de sobrevivientes**
	2. **Fundamento Jurídico**

Se encuentra acreditado y fuera de discusión que el causante falleció el 10-11-2013, por lo tanto, la normativa aplicable en esta actuación es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que para los afiliados al sistema de seguridad social, exige haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su deceso y, conforme al artículo 13 de esa misma normativa, para quien reclame la prestación en calidad de cónyuge o compañera supérstite, una convivencia con el causante por espacio no inferior a los 5 años anteriores al deceso.

**2.1.2. Fundamento fáctico.**

Conforme a lo anterior, debe determinarse en primer lugar si dentro de los 3 años anteriores a la muerte del señor José Gabriel Vargas González, comprendido entre el 10/11/2010 y la misma fecha de 2013, alcanzó a reunir 50 semanas de cotización. Sobre el particular y revisada la historia laboral visible a folio 115 del expediente, dentro de ese lapso registra 64 semanas de cotización, con lo cual resulta fácil colegir que satisfizo las exigencias del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, tal como lo concluyó la Juez de Instancia.

Queda entonces por verificar el segundo de los requisitos, atinente a la convivencia marital durante los cinco años anteriores al momento del deceso, cuya carga es de la parte actora, que es el primer punto de reparo a la sentencia manifestado en la apelación.

Así, se encuentra probado: i) la calidad de cónyuge del causante que aduce la señora Carmen Sofía Otalora de Vargas, según unión católica celebrada el 15/08/1964 (fl. 16 C. 1 y 14 de 2ª Instancia), sin que conste nota marginal de la cesación de efectos civiles, por lo que se infiere que el vínculo estuvo vigente hasta la fecha de la muerte del señor Vargas González el 10-10-2013 (Fl. 15 C. 1).

Para demostrar la convivencia, en el curso del proceso se recibieron las declaraciones de las señoras **Aura Nelly Quiceno de Martínez y María Aleyda Martínez de Holguín,** quienes si bien demuestran algunas dificultades para recordar fechas o épocas más o menos exactas *“desde cuando se conocen, cuanto llevan de casados”*, no menos cierto es que en sus afirmaciones no demuestran desconocimiento de los hechos, ni tampoco la intención de favorecer a la demandante con manifestaciones distintas a las que en realidad conocieron, y sus imprecisiones más bien provienen de la edad de las declarantes “*63 y 69 años, respectivamente, para la fecha de la declaración”* y la antigüedad de la mayoría de los hechos sobre los cuales se les pidió declaración “*19 y 15 años, que mencionaron conocer a los cónyuges, respectivamente, entre otros aspectos”*. Por otro lado, esas imprecisiones lo único que realmente denotan es espontaneidad de sus declaraciones, lo cual reafirma la convicción de la Sala, misma que tuvo la juez de primera instancia, de que dijeron la verdad de lo que les consta sobre los hechos.

Así, las testigos no dudan en afirmar que desde el momento en que contrajeron matrimonio y hasta la fecha de fallecimiento del señor José Gabriel Vargas González, es decir, por espacio de 49 años, 1 mes, 30 días, éstos convivieron durante unas épocas en la ciudad de Bogotá, y en otras, en el Departamento del Amazonas, sin que mediara separación definitiva; salvo cuando por razones laborales obligaron al causante a trasladarse solo al Amazonas, en ciertos periodos; conocimiento que sustentan en la relación de familiaridad, amistad y cercanía que tuvieron con ellos, a raíz de la cual se visitaban con cierta regularidad, ya fuera al viajar de vacaciones la pareja a Pereira, o porque a veces las testigos a viajaron a Bogotá y se reunieron con ellos, además que mantenían comunicación telefónica constante, con la demandante.

Igualmente, ambas testigos dan cuenta de la convivencia entre el fallecido José Gabriel Vargas González y la demandante durante un lapso muy superior a 5 años, y por lo menos la declarante María Aleyda Martínez de Holguín puede dar fe de tal convivencia hasta días muy cercanos al fallecimiento del mencionado señor, pues pocos meses antes (*6 meses)* de tal suceso se encontraba de visita en casa de su hermana en Bogotá, a donde acudieron la demandante y el causante a visitarla. Hechos que se reafirmaron por la citada señora en la ampliación de su testimonio rendido en esta instancia, como prueba de oficio.

En conclusión, no existe situación alguna que haga dudar de la convivencia entre los cónyuges, por el contrario, las declaraciones recibidas indican que se dio tal desde el momento mismo del matrimonio hasta la muerte, a lo cual se suma que la parte demandada no aportó prueba de que alguna vez se hayan separado definitivamente o por razones distintas de lo laboral a lo largo de su matrimonio, por lo que es correcto concluir, como lo hizo la juez de primera instancia, que está acreditado también ese requisito y, no como lo aduce la parte recurrente, en cuanto no hay certeza de los extremos temporales para determinar si convivieron o no los cinco (5) años, dado que quedo claro que no existió separación de hecho entre los cónyuges desde su matrimonio.

**2.1.3. Tasa de reemplazo.**

Ahora, para determinarse la tasa de reemplazo aplicable en el presente caso, reglada en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, que establece que “*el monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.”;* es preciso verificarse por la Sala, en primer lugar, la densidad de semanas efectivamente cotizadas por el causante, a fin de establecer el monto aplicable.

Para el efecto, se tiene la historia laboral expedida por Colpensiones-fls. 115 y ss C. 1-, que da cuenta de 287.15 semanas cotizada, entre el 01-10-2002 al 30-06-2012, y las certificaciones de información laboral expedidas por la Gobernación Departamento de Amazonas-fls. 123 al 129, 139 al 144, del 153 al 158 y del 121 al 133-, en la que refrendan los periodos comprendidos entre el 18-05-1970 al 03-01-1983 y del 01-10-2002 al 31-12-2008, presentando interrupciones en el primer ciclo de 8 días, que comprende entre el 07-04-1981 al 14-04-1981, y para el segundo de 60 días, correspondientes a 19-08-2008 al 17-10-2008.

Entonces, al revisarse la historia laboral, encuentra esta Corporación que el ciclo laborado al servicio del Departamento de Amazonas, entre el 01-10-2002 al 31-12-2008 ya aparece allí reflejado, por lo que no habría lugar a contabilizarse; sin embargo, se advierte que dentro de ésta no se incluyen todos los periodos completos-*10-2002 al 01-2003-*, lo que obedece al traslado de los aportes del RAIS al RPM, los cuales se efectuaron erróneamente por el empleador, pero los que al imputarse figuran cobrando intereses; adicionalmente en algunos periodos aparecen en 0. Por tanto, ese ciclo se establecerá con la información contenida en las certificaciones expedidas por el Departamento de Amazonas.

En ese orden de ideas, de la historia laboral solamente se tomarán los ciclos del 01-04-2011 al 30-06-2012, para un total de 64 semanas. Por su parte, de las certificaciones, se contabiliza un total de 648.142 semanas para el primer ciclo, y de 312.86, para el segundo, cada uno restándosele los días de interrupciones, para un total de 961 semanas cotizadas.

Ahora, al sumarse los tiempos cotizados al ISS y en el sector público en toda su vida laboral, se obtiene un total de 1025 semanas cotizadas por el causante, es decir, resulta una densidad de semanas superior al establecido por la Jueza de primera instancia, correspondiente a 955 semanas. Por lo tanto, habría lugar a modificarse en ese sentido la sentencia de la a quo, sino fuera porque la decisión se revisa en virtud al grado jurisdicción de consulta, y dicho aspecto le resulta favorable a Colpensiones, dado que a mayor densidad de semanas mayor tasa de reemplazo.

De acuerdo a lo anterior, se tendrá en cuenta para establecerse la tasa de reemplazo, un total de 955 semanas, que daría lugar a un 63%; no obstante, como la Jueza de primer nivel, aplicó una tasa del 61%, en ese sentido no se puede modificar la decisión adoptada, por lo antes señalado.

Dilucidado lo anterior, y para adentrarnos en el tema de estudio del IBL, habrá que acudirse al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que establece que el monto de la pensión, es el promedio de las sumas sobre que el afiliado haya efectuado sus cotizaciones en los 10 años que anteceden al reconocimiento de la prestación, esto es, 3600 días cotizados o el de toda la vida si este fuere inferior para el caso de las pensiones de sobrevivencia.

Efectuado el promedio de los salarios devengados, se tiene que para el mes de noviembre de 2013, su ingreso base de liquidación es $1.078.798, el cual resulta superior al calculado por la a quo, lo que se explica en que esa instancia se tomó los IBC reflejados en la historia laboral y aquí se tienen los periodos debidamente acreditados por el Departamento de Amazonas, con sus IBC. No obstante, y a tono con lo discurrido, se tendrá en cuenta el IBL calculado en primera instancia, esto es, $1.036.239.

Ya al aplicársele el 61% como tasa de reemplazo, arroja una primera mesada pensional por valor de $632.106, para el 2013; la cual para el año 2018, corresponde a la suma de $785.027.

El retroactivo a que tiene derecho la señora Carmen Sofía Otálora de Vargas, se liquidará desde el día siguiente del fallecimiento del señor Vargas González-*11-11-2013-* , tal como lo ordenara la Jueza de primera instancia y hasta el 31/03/2018, asciende a la suma de *$40.178.583*, conforme consta en la liquidación que hace parte integral del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando, hasta que sea incluida en nómina de pensionados.

En lo atinente a la excepción de prescripción propuesta, la misma no está llamada a prosperar, como quiera que no transcurrieron más de los 3 años previstos en el artículo 151 de C.P.L., desde la fecha en que se estableció el reconocimiento de la pensión-11/11/2013- y la fecha en que inclusive, se presentó la demanda que dio origen a este proceso -06/12/2014-, conforme se extrae del acta individual de reparto visible a folio 33 del cuaderno de primer grado.

Ahora, para la liquidación del retroactivo y las mesadas que a futuro se causen, deberán tenerse en cuenta 13 mesadas anuales, al causarse la pensión con posterioridad al 31/07/2011, al fallecer el señor José Gabriel Vargas González en 10-11-2013.

**2.2. Intereses moratorios**

**2.2.1. Fundamento jurídico**

En lo que tiene que ver con la fecha a partir de la cual proceden los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en tratándose de pensiones de sobrevivientes, tiene definido esta Corporación que los mismos proceden al vencimiento de los 2 meses de presentada la solicitud de reconocimiento pensional.[[1]](#footnote-1)

**2.2.2. Fundamento fáctico**

Encuentra la Sala, teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento pensional fue presentada por la demandante el día 5 de diciembre de 2013 (fls. Fls. 31 al 92) –*momento para el cual se cumplían con la totalidad de requisitos para acceder a la pensión,* por lo que la entidad contaba hasta el 5 de febrero de 2014 para efectuar el reconocimiento de las mesadas pensionales respectivas, lo que ocurrió el 19 de febrero de 2014, es decir, por fuera el término otorgado por la Ley, de tal manera que habría lugar a que los intereses corrieran a partir del día siguiente a la última calenda anunciada, esto es, 06/02/2014 y hasta el pago efectivo de la obligación, tal como lo dispusiera la a quo.

**2.3. De la condena en costas**

**2.3.1 Fundamento jurídico**

En términos generales, dispone el artículo 365 del Código General del Proceso, que debe condenarse a la parte que resulte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente un recurso.

**2.3.2. Fundamento fáctico**

En el presente asunto, lo primero que hay que decir es que no resulta claro si es que la recurrente considera que las costas debieron haberse limitado a un porcentaje inferior que el 90% dispuesto por la jueza de primera instancia, o si es que no debieron haberse ordenado. Y es que en la apelación ni siquiera se manifiesta de manera expresa si lo que persigue Colpensiones es que se revoque o reduzca la condena impuesta, puesto que se limita a utilizar la expresión “que se revise la condena en costas”.

Ahora bien, si lo que se pretende es que la jurisdicción se abstenga de condenar en costas por tratarse de un fallo producido por facultades ultra o extra petita, como erradamente lo señaló la Jueza de instancia, debe tenerse en cuenta que en realidad la pensión de sobrevivientes sí fue solicitada por la parte demandante, según se constata en el primer numeral de las pretensiones, y por lo tanto la premisa de la apelación no es cierta, pues no se concedió más de lo pedido en el líbelo inicial (ultra), ni se resolvió algo no deprecado (extra), sino que se hizo uso del principio *iura novit curia,* consistente en la aplicación de las normas que regulen la prestación reclamada. Pero en todo caso, la condena en costas se da por ser vencido, y Colpensiones se ha opuesto rotundamente al reconocimiento del derecho a la parte actora, tanto en vía administrativa como judicial, y por tanto, indiferentemente del modo como se haya llegado a la condena, esta implica que la posición de la Entidad ha sido derrotada.

Por otro lado, si lo que se pretende es que se reduzca el porcentaje de condena en costas, la recurrente no manifiesta motivo alguno por el cual dicho porcentaje debería ser inferior, y como vimos, no se trata en realidad de un fallo extra petita, ni no se observa que haya desfase alguno en el porcentaje asignado por la a quo.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se confirmará la decisión, salvo el numeral quinto, para actualizar el valor del retroactivo generado causado hasta el 31/03/2018.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no prosperar el recurso interpuesto.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Segunda de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de diciembre 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Carmen Sofía Otálora de Vargas** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones** **COLPENSIONES,** por las razones expuestas en precedencia, salvo el numeral quinto, que quedarán así:

*SEXTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, reconocer y cancelar a favor de la demandante la pensión en los términos del numeral anterior, y el retroactivo pensional causado a su favor desde el 11 de noviembre de 2013 y hasta que se haga la respectiva inclusión en nómina, lo que al 31/03/2018 arroja una suma de $40.178.583.*

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, al no salir avante el recurso presentado.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**  **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

 *ANEXO 1 – LIQUIDACIÓN IBL ÚLTIMOS 10 AÑOS*



***OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA***

*Magistrada*

*ANEXO 2 – RETROACTIVO*





***OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA***

*Magistrada*

1. M.P Olga Lucía Hoyos Sepúlveda, Rad. 2013-00601 del 18/07/2017. Dte: Francy Yulieth Arbeláez Pulgarín (Sebastián Lopera Arbeláez) vs Colpensiones [↑](#footnote-ref-1)