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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 28 de febrero de 2019

Radicación No: 66001-31-05-001-2017-00019-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María Cecilia Valencia Pineda

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones.

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / REQUISITOS / CONVIVENCIA MÍNIMO POR CINCO AÑOS ANTERIORES AL DECESO / CARGA PROBATORIA DE LA PARTE DEMANDANTE / LIBRE FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO POR PARTE DEL JUEZ.**

En cuanto a la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que alega la demandante, y que debe analizarse en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la demandada, se acude a la normatividad que regula el caso, esto es, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el canon 47 de la Ley 100/93.

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.

Por convivencia, ha entendido la jurisprudencia como aquella “comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado…

En el ejercicio probatorio que deben cumplir las partes, ha de decirse que estas cuentan con la libertad de acreditar sus dichos por cualquier medio de prueba, conforme a los postulados del canon 165 del CGP y el Juez está en libertad de formar su convencimiento también de manera libre, esto es, sin ataduras de tarifa legal o similares, simplemente valiéndose de los principios de la sana crítica y atendiendo las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal de las partes, tal como lo regla el artículo 61 del CPLSS. Y dígase que mientras se observe razonable y coherente la valoración probatoria, la misma debe mantenerse incólume al desatarse una alzada, puesto que solo es posible que se derruya el alcance probatorio que resulte ajeno a la realidad o abiertamente contradictorio con lo que la prueba, al aplicar una sana crítica sobre la misma, demuestre

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve de la mañana (9:00 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 recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la entidad demandada frente a la sentencia dictada el 21 de junio de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve **María Cecilia Valencia Pineda** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**.

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

**ANTECEDENTES**

Persigue la demandante que se declare como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Jorge Vergara Fierro y, en consecuencia, se condene a la entidad demandada a pagar la prestación a partir del 9 de marzo de 2012, junto con el retroactivo, los intereses moratorios que prevé el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como fundamento de esas pretensiones, expone que el 2 de mayo de 1970 contrajo matrimonio católico con el señor Vergara Fierro en el Municipio de Dosquebradas; que convivieron como pareja compartiendo techo, lecho y mesa en forma continua, y brindándose apoyo mutuo hasta el 9 de marzo de 2012, momento en que aquel falleció. Aduce que de mutuo acuerdo decidieron separase civilmente con el fin de que ella contrajera matrimonio civil con el señor Fray Angel Ospina Díaz, y este pudiera obtener la ciudadanía española; que el mentado matrimonio se llevó a cabo el 30 de julio de 2007 en la Notaría única del Circuito de Dosquebradas y el divorcio y liquidación de esa sociedad conyugal quedó protocolizada mediante escritura pública No. 3424 del 1º de diciembre de 2009. Refiere que el 1º de julio de 2011 contrajo nuevamente matrimonio con el causante, en Valdepeñas, en la Ciudad Real de España, lugar donde falleció; que aquel se encontraba afiliado al ISS y había empezado su vida laboral el 20 de julio de 1968, cotizando al momento de su muerte un total de 449.14 semanas, 64.28 cotizadas en los tres años anteriores al deceso. Refiere que el 20 de septiembre de 2013 presentó solicitud de pensión de sobrevivientes ante la demandada, empero que le fue negada mediante Resolución GNR18091 de 2014.

Admitida la demanda, Colpensiones allegó contestación por intermedio de procurador judicial, en la que se opuso a las pretensiones al considerar que la demandante no acredita los elementos subjetivos requeridos por la ley vigente para ser tenida como beneficiaria de la prestación que reclama. En su defensa, excepcionó de fondo “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”, ver fls.42 a 48.

**SENTENCIA DEL JUZGADO**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 21 de junio de 2018, en la que declaró que la señora María Cecilia Valencia Pineda tiene derecho a la pensión de sobrevivientes causada con el deceso del señor Vergara Fierro, por lo que condenó a Colpensiones a reconocer y pagar dicha prestación en cuantía equivalente a 1 SMLMV y a razón de 13 mesadas anuales, con un retroactivo de $38`793.332, por las mesadas causadas desde el 31 de enero de 2014 y la fecha de emisión de la sentencia, más los intereses moratorios peticionados. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, respecto de las mesadas causadas con antelación al 30 de enero de 2014. Autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo reconocido lo correspondiente a los aportes a salud, y la condenó en costas en un 100 % de las causadas.

Para arribar a tal determinación, estimó en primer término que no existía discusión en torno a que el afiliado fallecido, Vergara Fierro, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de sus posibles beneficiarios, por cuanto acreditó haber cotizado dentro de los tres años anteriores a su deceso, un total de 64.28 semanas de aportes, tal como lo aceptó la entidad de seguridad social al momento de dar contestación a la demanda.

En cuanto al requisito de la convivencia que exige la Ley 797 de 2003, encontró conforme a la prueba testimonial citada a instancias de la parte actora, que existe certeza que la demandante hizo vida marital con el causante de manera permanente durante un lapso superior al exigido en la norma. Para el efecto, estimó que aunque se acreditó que la demandante contrajo nupcias por lo civil con Fray Ángel Ospina Díaz, ese acto jurídico se celebró con el consentimiento del causante, y con el único fin de que aquel obtuviera la ciudadanía española y pudiera viajar a ese país en busca de un mejor futuro, pero jamás porque existiera una real vida en pareja entre ellos, circunstancia que además consideró la a-quo no era ajena a las costumbres de nuestro país dada la difícil situación económica por la que atraviesa la mayoría de la población.

Consideró que la separación física que existió entre la actora y el causante en algún tiempo, no desdice la existencia de convivencia entre ellos por existir razones justificativas, como fue la difícil situación económica por la que atravesó la familia, lo que obligó a la actora a emigrar a otro país en busca de mejores oportunidades laborales que le permitieran cubrir sus propias necesidades básicas y las de su familia, integrada por el causante y sus dos hijos. Aunado a ello, estimó que si en gracia de discusión no se avalara esa tesis, el causante y la demandante convivieron en España durante 5 años, lo que da certeza de que además de la separación existió una convivencia durante ese lapso mínimo.

**APELACIÓN**

La vocera judicial de la entidad demandada se alzó contra la decisión, para lo cual indicó que al haber prosperado la excepción de prescripción en forma parcial, las costas procesales debieron ser liquidadas no en un 100% sino en un porcentaje menor a ello.

Además se dispuso la consulta de la decisión al encontrar que la misma era desfavorable para Colpensiones.

**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 y favorecida con el grado jurisdiccional de consulta (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 la instancia, la Sala deberá abordar el siguiente dilema jurídico:

*¿Acreditó la actora la calidad de beneficiaria a la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de Jorge Vergara Fierro, en los términos del canon 13 de la Ley 797/03?*

*¿Le asiste razón a la vocera judicial de la entidad demandada al indicar que las costas debieron ser fijadas en proporción inferior al 100%?*

**Desenvolvimiento de la problemática planteada**

Son supuestos fácticos no controvertidos: (i) que el señor Jorge Vergara Fierro falleció el 9 de marzo de 2012 en ciudad Real, Castilla de la Mancha en España, y (ii) que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes por haber acreditado 63.14 semanas de aportes en los tres años que precedieron su muerte.

En cuanto a la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que alega la demandante, y que debe analizarse en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la demandada, se acude a la normatividad que regula el caso, esto es, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el canon 47 de la Ley 100/93.

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.

Por convivencia, ha entendido la jurisprudencia como aquella “*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado* (ver sentencias CSJ SL, rad. 11245 del 2 marzo de 1999, y rad. 31605 del 14 junio de 2011, entre otras).

También consideró esa alta magistratura que la falta de cohabitación física de la pareja por motivos de fuerza mayor, tales como circunstancias especiales de salud, familiaridad, económicos, de trabajo u otras similares, no desdibuja la convivencia ni supone su ruptura, cuando quiera que subsistan los lazos afectivos de amor, apoyo y solidaridad mutua, acompañamiento espiritual, moral, económico y demás características esenciales, por cuanto la real y efectiva convivencia de una pareja supera la concepción meramente física y carnal de residir en el mismo domicilio y trasciende a los verdaderos aspectos que la misma entraña, de mantener vivo y actuante el vínculo, aun en estados de separación.

De suerte que, no puede llamarse convivencia a aquella ayuda simplemente 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 y físicos con vocación de permanencia, que ineludiblemente permitan colegir que dos personas hacen o hicieron una vida en común.

Por eso, la labor probatoria 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 inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado o afiliado. Ello, obviamente, sin perjuicio de la convivencia superada por razones justificadas.

En el ejercicio probatorio que deben cumplir las partes, ha de decirse que estas cuentan con la libertad de acreditar sus dichos por cualquier medio de prueba, conforme a los postulados del canon 165 del CGP y el Juez está en libertad de formar su convencimiento también de manera libre, esto es, sin ataduras de tarifa legal o similares, simplemente valiéndose de los principios de la sana crítica y atendiendo las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal de las partes, tal como lo regla el artículo 61 del CPLSS. Y dígase que mientras se observe razonable y coherente la valoración probatoria, la misma debe mantenerse incólume al desatarse una alzada, puesto que solo es posible que se derruya el alcance probatorio que resulte ajeno a la realidad o abiertamente contradictorio con lo que la prueba, al aplicar una sana crítica sobre la misma, demuestre.

Para la Sala, la a-quo no se equivocó al dar por demostrado que la demandante convivió con el causante durante un lapso muy superior al exigido en la norma, desde el 2 de mayo de 1970, calenda en que contrajeron matrimonio católico en la Parroquia San Pedro y San Pablo de Dosquebradas, Risaralda, y hasta el 9 de marzo de 2012, cuando se produjo el deceso de aquel, pues si se reparan las pruebas que gozan de pleno valor probatorio en el proceso, pues existen unas de carácter documental que fueron aportadas sin el lleno de los requisitos formales, por carecer del certificado de apostilla, se arriba a idéntica conclusión.

De las declaraciones de José Guillermo Londoño, María Aurora Valencia y Luis Emilio Valencia Pineda, el primero en calidad de cuñado de la demandante y los últimos como hermanos de aquella, se colige por ejemplo que la pareja contrajo nupcias en el año 1970, en cuyo seno se procrearon dos hijos, Jorge Enrique y Angélica, en la actualidad mayores de edad; y que residían en el barrio Santa Teresita en Dosquebradas en una casa su propiedad. Dieron cuenta que debido a la difícil situación económica por la que atravesaba la pareja, pues ambos estaban desempleados, estuvieron de acuerdo que la demandante viajara a España en busca de mejores oportunidades laborales y un futuro para todos, quedándose su esposo en Colombia en compañía de sus hijos; que la demandante mantenía en comunicación telefónica constante con ellos, les mandaba dinero mensualmente para cubrir las necesidades básicas y los gastos del hogar, y cada año venía al país en época decembrina para compartir con ellos las festividades; que después de un tiempo la demandante se llevó al causante a vivir a España, que allá permanecieron juntos hasta que él murió, siempre manteniendo la ilusión de regresar a Colombia; que él alcanzó a trabajar varios años en ese país extranjero antes de enfermar, y que la demandante era quien lo cuidaba, se hacía cargo de él y nunca lo desamparó.

Al unísono, dieron cuenta que si bien en el año 2007 la demandante se casó por lo civil a través de apoderado, con el señor Fray Ángel Ospina Díaz, yerno de los dos primeros declarantes y esposo de la señora Luz Miriam Londoño, sobrina de la demandante, con quien procreó tres hijas; dicho matrimonio se llevó a cabo no por la existencia de una relación sentimental entre ellos, sino por un convenio que pretendía que aquel obtuviera la residencia española y pudiera ingresar a ese país para mejorar el aspecto económico de su familia, situación que fue consentida y avalada por el causante, quien para esa fecha, según indicaron los declarantes, ya se encontraba viviendo en España con la actora.

Refirieron además, que el viaje del señor Fray Ángel a España nunca se materializó debido a que su real esposa, Luz Miriam Londoño presentó problemas graves de salud, siendo esa la razón por la que en el año 2009 se adelantaran los trámites del divorcio con la demandante.

Tales declaraciones, resultan convincentes y creíbles para la Sala, si se tiene en cuenta que provienen de personas que dada su cercanía con la pareja, por razones de familiaridad, tuvieron conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la convivencia, ratificando que la falta de cohabitación entre ellos durante un periodo de tiempo, se debió a razones de fuerza mayor, en este caso económicas, que obligaron a uno de los cónyuges a migrar a otro país en busca de mejores oportunidades, sin que tal circunstancia, ni la del posterior matrimonio civil simulado o por conveniencia que celebró la demandante con un tercero, el cual se hizo para que este obtuviera papeles en España, hubiesen alterado el sentimiento de amor entre la pareja, el ánimo de vocación y permanencia de seguir unidos, estar en familia, de ayudarse mutuamente; características estas que son las que realmente encierran el verdadero significado de convivencia, indistintamente de que hubiere sido en el marco de una relación marital entre compañeros permanentes o entre cónyuges.

Otro argumento que sirve para ratificar lo anterior, es el hecho de que la demandante hubiere procurado la reagrupación familiar, por lo que adelantó a través de su hija los trámites necesarios para que el causante pudiera viajar a España a reunirse con ella, lo que para el año 2007 ya había ocurrido, según los dichos de los deponentes, por lo que residieron juntos en ese país durante un periodo continuado de cinco años hasta el momento del deceso.

Lo anterior, permite colegir que la prueba traída por la interesada resulta suficiente para llevar certeza al fallador sobre la convivencia, en los términos que exige el legislador.

Por lo tanto, se deberá confirmar la sentencia de primera instancia en este puntual aspecto.

Revisado el valor del retroactivo pensional al que accedió la a-quo, atendiendo la prescripción de las mesadas causadas con antelación al 30 de enero de 2014, se obtiene idéntica suma a la obtenida por ella, de $ 38`793.332, misma que al actualizarla con las mesadas causadas a la fecha de proferimiento de esta sentencia, es decir al 28 de febrero del año en curso, arroja un monto de $46`152.631, tal cual se ilustra en el cuadro elaborado por la Sala, que se pone de presente a los asistentes y hará parte integrante del acta final que se suscriba con ocasión de esta diligencia. Se modificará por ende, el ordinal 4º de la sentencia de primer grado.

Queda en esos términos desatado el grado jurisdiccional de consulta.

En relación con la inconformidad de la vocera judicial de Colpensiones, quien se duele de la imposición de las costas procesales en proporción del 100%, se observa que razón le asiste al apelante al indicar que debieron fijarse en proporción inferior dada la prosperidad de la excepción de prescripción que fue propuesta por la entidad demandada.

Así las cosas, como quiera que no todas las pretensiones de la demanda salieron del todo avante, se modificará la condena en costas procesales en un 80 % de las causadas. Prospera, por tanto, este segmento de la apelación. Sin costas en esta instancia.

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

**FALLA**

**1. Modificar** el ordinal 4ºla sentencia proferida el 21 de junio de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de indicar que el valor del retroactivo pensional causado entre el 31 de enero de 2014 y el 28 de febrero de 2019, asciende a $46`152.631.

**2. Modificar** el ordinal 8º de dicha providencia, en torno a que la condena en costas procesales a cargo de la entidad demandada es en proporción igual al 80 % de las causadas.

**3. Confirmar** todo lo demás

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 CALDERÓN**

 Magistrada Magistrada

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**

Secretario

**ANEXOS**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| 2014 | $616.000 | 12,03 | $7.410.480 |
| 2015 | $644.350 | 13 | $8.376.550 |
| 2016 | $689.454 | 13 | $8.962.902 |
| 2017 | $737.717 | 13 | $9.590.321 |
| 2018 | $781.242 | 5,7 | $4.453.079 |
| **TOTAL**  | **$38.793.332** |
|  |  |  |  |
|  | **ACTUALIZADO:**  |  |  |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| 2014 | $616.000 | 12,03 | $7.410.480 |
| 2015 | $644.350 | 13 | $8.376.550 |
| 2016 | $689.454 | 13 | $8.962.902 |
| 2017 | $737.717 | 13 | $9.590.321 |
| 2018 | $781.242 | 13 | $10.156.146 |
| 2019 | $828.116 | 2 | $1.656.232 |
| **TOTAL**  | **$46.152.631** |