*REPÚBLICA DE COLOMBIA*

***
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA***

# *SALA DE DECISIÓN LABORAL*

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 2 de junio de 2016

**Radicación No**:66001-31-05-003-2009-00944-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Martha Lucia López

**Demandado:** Colpensiones, Vigleniza Vahos Correa y otros

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

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

**Tema a tratar: De la procreación de hijos comunes dentro del vínculo matrimonial o marital como eximente de la acreditación de la convivencia con el causante- Pensión de sobrevivientes**: ha manifestado la Sala de Casación Laboral en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia del 5 de mayo de 2011, radicación 38640, en la que se remitió a otra proferida el 10 de marzo de 2006, radicación 26710, que en los eventos en los cuales no se cumple con el requisito de la convivencia previsto en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 –original-, podrá la cónyuge o compañera permanente acceder a la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando demuestre que dentro de los dos años anteriores al fallecimiento del pensionado o afiliado ha procreado uno o varios hijos con éste; pues de lo contrario, no es posible suplir el requisito de la convivencia con la procreación de uno o varios hijos en cualquier tiempo.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los dos (02) días del mes de junio de dos mil dieciséis (2016), siendo la una y treinta de la tarde (1:30 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 21 de febrero de 2014 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Descongestión de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora ***Martha Lucia López*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** y como litisconsorte necesario la señoraVigleniza Vahos Correa, en nombre propio y de sus hijos menores Eliana Marcela y Luis Miguel Usma Vahos.

En sesión previa, la Sala discutió y aprobó el proyecto que presentó el Magistrado Ponente, el cual corresponde al siguiente,

**SENTENCIA**

***ANTECEDENTES***

Pide la demandante que se ordene a la entidad demandada, reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 8 de junio de 2002, con ocasión del deceso de su cónyuge, señor Luis Enrique Usma, más la indexación de las condenas y las costas procesales.

Expuso como fundamento a sus pretensiones, que contrajo matrimonio católico con el afiliado fallecido y que desde esa calenda convivieron bajo el mismo techo y lecho; que dependía enteramente de su esposo; que este falleció el 8 de junio de 2002, calenda para la cual la sociedad conyugal estaba vigente; y que el 11 de febrero de 2006 presentó ante la entidad demandada la solicitud pensional por sobrevivencia, sin que la misma hubiese sido resuelta.

La entidad demandada manifestó que negó la prestación con base en las normas existentes. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y en su defensa formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido y buena fe.

Dentro del trámite del proceso, se ordenó mediante providencias del 20 de abril de 2010 y 27 de octubre de 2011 (ver fls.121 y 170) la vinculación en calidad de litisconsorte necesario de la señora Vigleniza Vahos Correa, para actuar en nombre propio y de sus hijos menores Eliana Marcela y Luis Miguel Usma Vahos, a quienes les fue reconocida la pensión de sobrevivientes aquí reclamada.

***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

 El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Descongestión de Pereira, puso fin a la primera instancia a través de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2014, en la que negó los pedimentos de la demanda al encontrar que si bien la actora tenía el vínculo conyugal vigente con el causante al momento del deceso de este, no acreditó la convivencia exigida por el artículo 47 de la Ley 100 de 1990 original, pues los declarantes citados a la actuación entregaron distintas versiones al respecto, en tanto que, los demás medios de convicción apuntan a que la señora Vigleniza Vahos Correa tiene mejor condición para beneficiarse de la pensión de sobrevivientes, pues acreditó la vocación de convivencia, las condiciones de socorro, ayuda mutua y protección con el causante, hasta el momento del deceso de este.

Respecto al citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta ante esta Sala y surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia se procede a desatarlo,

***III. CONSIDERACIONES***

***3.1 Problema jurídico*.**

Vista la panorámica anterior, el problema jurídico a resolver por la Sala es el siguiente:

¿*Acreditó la demandante la convivencia exigida por el legislador para acceder a la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de Luis Enrique Usma?*

***3.2 Desenvolvimiento de la problemática planteada***

La legislación vigente al momento del deceso del afiliado, es la encargada de regular todo lo atinente a la pensión de sobrevivientes, esto es, lo tocante al nacimiento del derecho, sus beneficiarios, valor y demás aspectos.

Para la calenda en que falleció el señor Luis Enrique Usma -8 de junio de 2002 según copia simple del registro civil de defunción visible a fl.7-, se encontraba vigente la versión original de la Ley 100 de 1993, la cual exige en su artículo 46 a los afiliados al sistema de seguridad social, haber cotizado 26 semanas al momento de la muerte, en caso de ser cotizante activo, o 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento de la muerte, para quienes hubiesen dejado de cotizar. Por su parte, el artículo 47 ibídem, exige para quien reclame la prestación, en calidad de cónyuge o compañera permanente, haber convivido con el causante por espacio mínimo de 2 años anteriores al deceso de aquel, salvo que haya procreado uno o más hijos con el fallecido.

En el caso de autos, no se discute que el señor Luis Enrique Usma dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues por la vía administrativa la entidad de seguridad social reconoció a los hijos menores del afiliado la prestación pensional, en tanto que, por vía judicial, la señora Vigleniza Vahos Correa, en calidad de compañera permanente del causante, obtuvo una cuota parte de la prestación, (ver fls.29 y 200).

De modo que, la discusión jurídica gira en torno a determinar si la demandante demostró la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama.

Para el efecto, citó como declarantes a Jaime Alexander y Juliana Andrea Usma López, y Yolanda López, en calidad de hijo.

La Sala, luego de realizar un atento examen del acervo testimonial recopilado en la actuación, concluye como el juez de instancia, que en efecto, ninguna de las deponencias ofrece credibilidad y respaldo para erigir sobre las mismas la declaratoria de convivencia entre la demandante y el causante durante los dos años anteriores a su deceso, dado que admitieron que el causante conformó una nueva relación de pareja con la señora Vigleniza Vahos Correa, luego del rompimiento con la demandante; y existen contradicciones en sus dichos respecto a la existencia o no de convivencia simultánea con ambas señoras, que deja entrever el ánimo por favorecer los intereses de la parte actora.

Tal es el caso de la señora Yolanda López, quien indicó que entre el causante y su compañera permanente, Vigleniza Vahos Correa se presentó un fuerte altercado, y que la relación nunca se reanudó después de la ruptura, por lo que aquel empezó a visitar constantemente la casa de su hermana, sin embargo, afirmó más adelante que él seguía viviendo en la casa donde convivía con su compañera permanente y que pasaba las noches con ella.

Por su parte, Juliana Andrea, sobrina de la demandante, no aporta mayores detalles de la intimidad de la pareja, en tanto que, declaró que aunque el causante tuvo pleitos con la compañera permanente, finalmente se reconciliaron y mantuvieron la relación, empero, que aquel también visitaba la casa de su tía y colaboraba con los gastos del hogar y de los hijos. Y Jaime Alexander, sostuvo que el causante tuvo otra relación con Virgleniza Vahos, pero que siempre se hizo cargo de los hijos que procreó con la demandante.

Dichos medios de convicción son indicativos de que en realidad de verdad no existió una convivencia, en los términos de la norma en cuestión, pues no había ánimo de permanencia, ayuda y continua colaboración entre el causante y la demandante, antes bien, lo que se atisba del compendio de pruebas, es que ocasionalmente el afiliado visitaba el domicilio de la demandante y sus hijos mayores, con un ánimo de solidaridad y ayuda, para fortalecer los vínculos filiales con sus hijos y darles un respaldo económico, más no para procurar una convivencia real y efectiva con la demandante.

Ahora, el hecho de que la cónyuge supérstite hubiese procreado hijos con el causante dentro del vínculo matrimonial, no es en modo alguno un eximente de la acreditación de convivencia exigida por el legislador, pues la procreación de hijos en común debe ocurrir dentro del mismo lapso de los dos últimos años continuos con anterioridad a la muerte, situación que no corresponde a la de demandante.

Así lo estableció el órgano de cierre de esta especialidad, entre otras, en sentencia del 5 de mayo de 2011, radicación 38640, en la que se remitió a otra proferida el 10 de marzo de 2006, radicación 26710, en los siguientes términos:

*“Esta Sala de la Corte en diversos pronunciamientos ha fijado el correcto entendimiento del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cónyuge o la compañera permanente, según el caso, tienen que demostrar la convivencia con el fallecido, no menos de 2 años continuos con anterioridad a su muerte, “salvo que haya procreado uno o más hijos”, durante ese preciso lapso; quiere ello decir que no es necesario demostrar la convivencia, si dentro de los 2 años anteriores al fallecimiento se procrearon hijos, incluido el póstumo, pero en manera alguna, los nacidos en cualquier época. En sentencia de 10 de marzo de 2006 Rad. 26710 se precisó:*

*“Afirma el impugnante que también incurrió el Juzgador Ad quem en un yerro de interpretación, cuando estimó que el cumplimiento del requisito de la convivencia de no menos dos años continuos con anterioridad a la muerte, no era exigible para el cónyuge o la compañera o compañero permanente del pensionado fallecido que aspira a beneficiarse de la pensión de sobrevivientes, en todos los eventos en que se ha procreado uno o más hijos comunes.*

*Para el censor la descendencia tiene esos efectos, pero siempre y cuando se trate de un hijo habido dentro del lapso de los 2 años anteriores al fallecimiento del pensionado a que se refiere la disposición, o con posterioridad a ese hecho en los casos del hijo póstumo.*

*Comparte la Sala la inteligencia que la censura da a la referida norma en el aspecto tratado, pues se ha de precisar que la ley no solamente exige que el grupo familiar exista al momento de la muerte, sino que éste haya tenido alguna permanencia o estabilidad en el periodo último de la vida del pensionado fallecido. Es esa la razón por la cual se exigen mínimo dos años continuos de convivencia con anterioridad a la muerte del pensionado, y por lo tanto no podría admitirse que la procreación de un hijo en cualquier tiempo, tuviera la virtualidad de reemplazar o equivaler al tiempo de convivencia. No es indicativa de la mencionada permanencia o estabilidad, la circunstancia de que el hijo se haya procreado diez, veinte o treinta años atrás”.*

 De otra parte, encuentra la Sala que las declaraciones de Graciliano Barragán Alba, Liliana Patricia Ramos Largo, Diana María Arango Gaviria y Elvia María Nidia Borja, citados a instancias de la codemandada Vigleniza Vahos Correa, ofrecen la certeza suficiente respecto de la vocación de convivencia de esta con el causante hasta el momento de su deceso, de las condiciones de ayuda y socorro mutuo, del ánimo constante de estar unidos, y de la procreación de Eliana y Luis Miguel, nacidos el 8 de octubre de 1988 y el 13 de enero de 1994, según los registros civiles de nacimiento obrantes a fls.106 y 10. Aunado a ello, militan los certificados y carnets de salud, que informan que la beneficiaria era la aquí compañera permanente; los recibos de pago de los gastos fúnebres del causante, asumidos por la codemandada, y algunas fotografías representativas de su relación de pareja, que refuerzan la tesis de la unión marital existente entre ellos.

En pos de lo anterior, de la valoración conjunta del acervo probatorio, la Sala concluye que la demandante no probó la convivencia que exige la norma, en tanto que la compañera permanente sí la probó, razón por la que le fue reconocida la pensión de sobrevivientes en trámite judicial distinto a este.

Vistas así las cosas, no se dan los presupuestos para conceder la gracia pensional que aquí se reclama, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primer grado.

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

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. Confirma*** la sentencia proferida el 21 de febrero de 2014 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Descongestión de Pereira, dentro del proceso ordinario de la referencia.

**2**. Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrado Magistrada