El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: Sentencia del 16 de septiembre de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-001-2014-00255-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Emilce Ateortúa González y Luz Dary Zapata de Tapasco (demandante ad-excludendum)

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema:

Pensión de sobrevivientes - Convivencia simultánea: Para el efecto, debemos recordar que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en los eventos en los que la cónyuge y la compañera permanente acreditan una convivencia simultánea en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del esposo y compañero, las dos tienen derecho a la pensión en forma proporcional al tiempo de convivencia, teniendo en cuenta que si bien, el texto del inciso tercero del literal b) modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, excluye a la compañera o compañero permanente y le otorga la pensión de sobreviviente a la esposa, dicho aparte de la norma fue declarado exequible por la Corte Constitucional pero de manera condicionada, mediante Sentencia C-1035 del 22 de octubre de 2008, con ponencia del magistrado, Dr. Jaime Córdoba Triviño, *“en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”.*

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Septiembre 16 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 9:40 a.m. de hoy, viernes 16 de septiembre de 2016, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Emilce Ateortúa González**  en contra de **Colpensiones**;proceso donde también interviene con sus propias pretensiones la señora **Luz Dary Zapata de Tapasco.**

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los argumentos expuestos en las alegaciones se tuvieron en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 7 de mayo de 2015, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

De acuerdo a la materia de la impugnación, corresponde a la Sala determinar si de la prueba documental y testimonial aportada por la demandante **Emilce Ateortúa González**  es posible inferir que el causante convivió simultáneamente con ella como compañera permanente y su cónyuge, Luz Dary Zapata de Tapasco, quien se encuentra disfrutando de la prestación; en caso positivo, se hace necesario revisar el porcentaje de la mesada pensional que le corresponde a cada una en proporción al tiempo convivido.

1. **La demanda y su contestación**

La señora Emilce Ateortúa González pretende que Colpensiones le reconozca el 25.64% de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de su compañero permanente, Luis Alfonso Tapasco, ocurrida el día 14 de julio de 2009, más el retroactivo pensional desde la fecha del deceso y la indexación de las mesadas pensionales adeudadas.

Para fundar su petitum asegura que convivió ininterrumpidamente desde 1999 hasta su fallecimiento con el señor Luis Alfonso Tapasco, como compañera permanente, dependiendo económicamente de aquel; que el causante falleció el 14 de julio de 2009, encontrándose disfrutando de la pensión de vejez otorgada por el ISS desde el 2005; por lo que solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, misma que le fue negada mediante la resolución No. 4763 del 3 de agosto de 2010, en la cual, en cambio, se concedió la prestación a la señora Luz Dary Zapata de Tapasco, con quien, afirma, el señor Tapasco contrajo nupcias el 6 de diciembre de 1970 y convivió hasta 1999.

Al proceso se vinculó a la señora Luz Dary Zapata de Tapasco, quien intervino para contestar la demanda promovida por Emilce Ateortúa González y presentó sus propios hechos y pretensiones. Con respecto a los hechos de la demanda inicial, aceptó los relativos a la muerte y la calidad de pensionado del causante, así como el contenido de la Resolución No. 4763 del 3 de agosto de 2010; en cuanto a los restantes, negó la convivencia aludida entre la demandante y el causante, aduciendo que ella conformó un hogar con el señor Tapasco desde que contrajeron matrimonio el 16 de febrero de 1970 hasta el deceso de aquel, sin que mediara ninguna separación. Seguidamente se opuso a las reclamaciones efectuadas por la señora Ateortúa González y propuso las excepciones de merito denominadas “falta de legitimación en la causa por activa”, “prescripción” y “temeridad y mala fe”.

Indicó como hechos propios que convivió con el causante desde el 16 de febrero de 1970, cuando contrajeron nupcias, prolongándose su unión hasta la muerte de éste, ocurrida en Pereira a causa de un infarto. Agrega que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante el ISS, la cual le fue concedida mediante la Resolución No. No. 4763 del 2010, al demostrarse en la investigación administrativa la convivencia efectiva por casi 39 años.

En consecuencia, solicita que se declare que Colpensiones es responsable del pago de la pensión de sobrevivientes y, por tanto, sea condenada la administradora pensional a continuar cancelando la prestación a su favor.

La demandante inicial se pronunció frente a la interviniente ad-excludendum, aceptando el reconocimiento pensional a favor de la señora Zapata de Tapasco y el motivo del deceso del causante, en cuanto a los demás hechos manifestó que no le constaban. Asimismo se opuso a la totalidad de las pretensiones.

Por su parte, Colpensiones contestó la demanda promovida por Emilce Ateortúa González, así como los hechos y pretensiones de Luz Dary Zapata de Tapasco, manifestando que no le constaban los hechos de la demanda inicial ni los de la intervención ad-excludendum, salvo aquellos que refieren la calidad de pensionado del señor Tapasco, su muerte y la reclamación administrativa, los cuales aceptó. Se opuso a prosperidad de las pretensiones y sustentó las excepciones de mérito denominadas “inexistencia de la obligación demandada” y “prescripción”, para ambas demandas.

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación demandada propuesta por Colpensiones, en relación a la señora Emilce Ateortúa González, y las de falta de legitimación en la causa por activa, temeridad y mala fe, propuestas por la interviniente ad excludendum. En consecuencia, absolvió a la administradora pensional de todas las pretensiones propuestas por la demandante y declaró que la señora Luz Dary Zapata de Tapasco tiene derecho a percibir la sustitución pensional por el deceso de su cónyuge.

Para llegar a tal determinación la A-quo consideró, en síntesis, que el señor Luis Alfonso Tapasco dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes por ostentar la calidad de pensionado al momento de su muerte, y que la esposa acreditó ser su beneficiaria, no sólo en el curso del proceso, sino desde la investigación administrativa ante Colpensiones, por lo que era dable que continuara percibiendo la prestación. Por el contrario, en relación con la señora Ateortúa González, sus afirmaciones presentan inconsistencias con las hechos relatados en la demanda y con las declaraciones de los testigos traídos por ella, quedando de manifiesto que de haber existido una relación entre ella y el causante, la misma no tuvo vocación de permanencia ni animo de estabilidad, siendo un intercambio ocasional y pasajero con el fin de divertirse, salir a tomar unos tragos o jugar bingo.

1. **Recurso de apelación**

El vocero judicial de la demandante al momento de sustentar la alzada, aceptó que si bien se notaron inconsistencias en los dichos de los testigos y la misma demandante en cuanto al tiempo de convivencia, lo cierto es que sin importar si fueron 12, 10 o 9 años y medio, estos, en todo caso, resultan superiores a los 5 años exigidos por la norma. Asimismo, razonó que las imprecisiones en las diferentes declaraciones resultan naturales en esas diligencias, puesto que sería excesivo exigir a una persona un alto grado de exactitud en los hechos relacionados con alguien más.

1. **Consideraciones**
   1. **De la convivencia simultánea**

Para el efecto, debemos recordar que, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en los eventos en los que la cónyuge y la compañera permanente acreditan una convivencia simultánea en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del esposo y compañero, las dos tienen derecho a la pensión en forma proporcional al tiempo de convivencia, teniendo en cuenta que si bien, el texto del inciso tercero del literal *b)* modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, excluye a la compañera o compañero permanente y le otorga la pensión de sobreviviente a la esposa, dicho aparte de la norma fue declarado exequible por la Corte Constitucional pero de manera condicionada, mediante Sentencia C-1035 del 22 de octubre de 2008, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, *“en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”****.***

* 1. **Caso concreto**

Tal como quedo planteado en el problema jurídico, no existe discusión en el caso de marras en que el señor Luis Alfonso Tapasco dejó causado el derecho para que sus beneficiarios disfrutaran de la pensión de sobrevivientes. Igualmente, está por fuera de toda discusión la calidad de beneficiaria de la prestación que le asiste a la señora Luz Dary Zapata de Tapasco –*interviniente ad-excludendum*- en calidad de cónyuge supérstite pues así lo demuestran los testimonios, el registro civil de matrimonio y el reconocimiento a su favor que hiciera la administradora pensional, circunstancia que fue aceptada plenamente por la demandante y su vocero judicial en el curso del proceso.

En consecuencia, resta verificar si del acervo probatorio obrante en el plenario es posible deducir que concomitante a la relación marital que existió entre el causante y la señora Luz Dary Zapata de Tapasco, el causante convivió como compañero permanente de la demandante, Emilce Ateortúa González, configurándose una convivencia simultánea que haga necesaria la división de la mesada pensional que ha reconocido Colpensiones en favor de la cónyuge supérstite, en proporción al tiempo en que ambas hubieran convivido con el *de cujus*.

En ese orden de ideas, tenemos que para invocar el derecho a la pensión de sobrevivientes debió la demandante acreditar, primero que todo, la calidad de compañera permanente del extinto pensionado, e igualmente, que convivió con él en los cinco años que precedieron su defunción.

En ese sentido, la parte actora aportó la declaración de Ana Cristina Quintero Ateortúa, Dora Vélez Álvarez, María del Socorro Álvarez Vélez, Rocío Vélez Álvarez y Luz Marina Sánchez Bedoya, siendo la primera hija y las restantes amigas de la demandante, quienes si bien fueron precisas al asegurar que la convivencia entre el señor Luis Alfonso Tapasco y la señora Emilce Ateortúa Gonzalez tuvo una duración de 12 años hasta la muerte de aquel y, que la misma empezó en una reunión del colegio de sus respectivas hijas, en el curso de cada una de sus declaraciones presentaron inconsistencias entre sí y poca claridad al ubicar temporalmente los 12 años de convivencia con el conocimiento de su amiga.

Así, Ana Cristina Quintero Ateortúa, si bien coincidió en la forma en que se conoció su madre y el causante y la duración de la convivencia con los restantes testigos, al ser interpelada no dio detalles exactos que como hija pudo haber percibido, demostrando vaguedad en sus afirmaciones y tratando de ceñirse a lo expuesto en la demanda para favorecer a su progenitora, afirmando que la pareja decidió empezar a compartir techo al poco tiempo en que se conocieron en una reunión del colegio de sus hijos, mientras que al final de su declaración expresó que la convivencia empezó 4 años después del primer encuentro, los cuales coinciden con los 3 años que mediaron entre la separación de sus progenitores, es decir, Emilce Ateortúa González y Luis Gonzaga Quintero Tobón, quien, dicho sea de paso, *“nunca se desentendió de ellos”.*

En cuanto a las señoras María del Socorro Álvarez Vélez, Dora Vélez Álvarez y Rocío Vélez Álvarez, si bien afirmaron ser vecinas colindantes de la demandante al venderle una parte del inmueble donde habitaba, al que incluso se podía acceder por su propia casa y, compartir con ella una amistad cercana, presentan conocimientos disimiles entre las tres, puesto que de lo dicho por la señora María del Socorro se desprende que lo que sabe es porque lo oía de sus hijas o de la misma demandante, mas no tiene claridad sobre el tiempo que llevaba habitando Emilce en esa casa, aunque recuerda que cuando se mudó, la acompañaba el padre de su hijo Carlos, el señor Gonzaga, mientras que al causante lo conoció 8 años atrás, cuando veía que iba de visita.

Por otra parte la señora Dora Vélez Álvarez fue la única de las deponentes en afirmar que la demandante tenía tres hijos y que el menor de ellos, llamado Steven, a la fecha de la declaración tenía 15 años pero no es hijo del causante ni del padre de los hijos mayores de la actora - Luis Gonzaga Quintero Tobón-, sino de un señor que identificó con el nombre de Fabio, es decir, que nació cuando supuestamente ya había empezado la convivencia pero al que ni la propia demandante se refirió en el interrogatorio.

La señora Rocío Vélez Álvarez, dentro de su declaración, pese al haber sido mencionada por las anteriores testigos como la que mayor cercanía tuvo con la pareja, presentó contradicciones en su relato, puesto que respondió que hacía 12 años conocía a la demandante cuando le vendieron el inmueble y vivía con el señor Gonzaga quien es el padre de sus hijos Cristina y Carlos pero que no recuerda hace cuanto se separaron, retractándose con posterioridad al decir que los 12 años fueron de la convivencia de la pareja conformada por el causante y la demandante, aunque finalizando su declaración señaló que la actora conoció al causante en una reunión de colegio ocurrida 9 años atrás, en el 2006, es decir, 3 años antes de la muerte de aquel.

Por último, Luz Marina Sánchez Bedoya nuevamente establece el límite temporal en 12 años de conocer a la actora y que también fueron 12 anualidades las que compartió la pareja, aunque cree que convivían desde tiempo atrás. Ella, al igual que las anteriores declarantes, no refirió una fecha aproximada acerca del momento en que comenzó la convivencia o si la misma fue ininterrumpida, pues repitió mecánicamente que duró 12 años sin dar la razón de sus dichos, alude que la demandante tuvo tres hijos, de los cuales uno está lejos y por tanto conoce a dos, pero omite mencionar cuando terminó la relación con el padre de sus hijos, pues habitaba en la misma casa en la que supuesta se fue a vivir el causante, refiriéndose frente a este último: *“me imagino que la quería mucho y que era muy pendiente de ella”,* al ser interpelada por los voceros judiciales sobre la relación de la pareja.

Así pues, con los testimonios solicitados por la parte actora gran cantidad de dudas surgen, toda vez que resulta extraño para la Sala que personas que aseguran ser amigas y vecinas tan cercanas de la demandante, como para estar segura de que aquella convivió 12 años con el señor Luis Alfonso Tapasco, y que éste era tan celoso como para no dejar salir a su compañera en sus ausencias *–lo que para ellas justifica que conoció de su deceso sino hasta 3 días después de acaecido-,* no tengan un conocimiento acertado acerca del momento en que comenzó la convivencia efectiva y la relación como pareja, con al ánimo de conformar una familia, ni que aquel tenía otra familia. Incluso las aludidas declarantes no coinciden con la propia demandante al mencionar el número de hijos de aquella, el padre de los mismos o la convivencia con alguno de ellos, encontrándose versiones diferentes sobre este tema, a saber:

1. La actora dentro del interrogatorio de parte tan solo mencionó la existencia de dos hijos, Carlos Enrique y Ana Cristina, quienes compartieron techo con el causante, sin referirse al tiempo en que convivió con el padre de ellos o a la existencia de un hijo menor.
2. Tanto la señora Luz Marina Sánchez Bedoya como Dora Vélez Álvarez afirmaron que la actora tenía un tercer hijo, pero sólo fue la última quien lo identificó con el nombre de Steven, le asignó una edad de 15 años para la época de la declaración y refirió que su padre es un señor Fabio y no Gonzaga o el causante; en cambio, para la testigo Luz Marina Sánchez afirmó que los tres hijos son de Gonzaga, con quien convivía la demandante cuando la conoció.
3. María del Socorro Álvarez Vélez y Rocío Vélez Álvarez coincidieron en que Emilce Ateortúa González cuando se mudó cerca de su casa vivía con el señor Gonzaga Quintero Tobón, quien es el padre de sus hijos Carlos y Cristina. Nuevamente se omite la existencia del supuesto hijo menor y la duración de la relación con el señor Quintero Tobón.
4. Finalmente la hija de la demandante, Ana Cristina Quintero Ateortúa, dentro de su declaración mencionó ser la hermana mayor y por tanto la que más tiempo pasaba con la pareja conformada por su madre y el causante, pero no especificó cuantos hermanos tiene, eso sí aseguró que su padre, Gonzaga Quintero Tobón, pese a haberse separado de su madre cuando ella tenía 6 años, siempre estuvo pendiente de ellos.

De lo anterior, lo que puede concluir la Sala es que si la demandante efectivamente tiene tres hijos, ninguno es hijo del causante y que ésta, junto con su hija mayor, quisieron ocultar la existencia del menor, quien al parecer nació dentro del periodo que alega que compartió con el señor Tapasco. Por otra parte, las deponentes llamadas al proceso por la demandante carecen de la seguridad y conocimiento de la vida de la actora al punto que son evasivas incluso en un tema tan sensible como en el número de hijos que tiene aquella. En consecuencia, sus afirmaciones no trascienden para probar los hechos presentados en el libelo inicial.

Contrario a lo anterior, la familia del causante (hijas y hermanos), acudieron al despacho a reforzar la calidad de beneficiaria de la cónyuge supérstite y aseguraron que su pariente jamás abandonó su hogar y que si bien solía visitar a toda su familia, tales visitas las realizaba en el día para no ausentarse en las noches de su casa, salvo cuando esporádicamente decidía “amanecer tomando”, antes bien, aseguraron que en los periodos de enfermedad y las visitas familiares la señora Luz Dary Zapata de Tapasco siempre lo acompañaba.

Por si lo anterior no fuera suficiente, encuentra oportuno resaltar la Sala que en el interrogatorio que absolvió la señora Emilce Ateortúa afirmó que no acudió al sepelio de quien alegó fue su compañero permanente, porque el causante se ausentaba por grandes periodos de tiempo para visitar a su familia, y que al ser extremadamente celoso no le permitía salir de su casa mientras no estuviera, hecho que no demostró. A la inconsistencia de esa afirmación hay que adicionar que la propia hija de la demandante relacionó un centro médico distinto del que le prestaba la atención al señor Tapasco por estar afiliado al I.S.S. Por otra parte, los restantes declarantes aseguraron que en los periodos de enfermedad del *de cujus* sus hijos y cónyuge era quienes lo acompañaron.

En ese orden de ideas, encuentra esta Colegiatura que las pruebas recaudas dentro de la litis tiene la contundencia suficiente para demostrar que la señora Luz Dary Zapata de Tapasco es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada el señor Luis Alfonso Tapasco, toda vez que el acervo probatorio aportado, compuesto exclusivamente por testimonios y declaraciones extra proceso, y no de fotografías u otras pruebas de las que se pueda deducir una convivencia que supuestamente se prolongó por más de 10 años, no permite reconstruir un escenario completo de la eventual relación que pudo existir entre la señora Emilce Aterhortúa González y el causante, o, en caso de haber existido una convivencia con el animus de conformar una familia y para prestarse ayuda mutua, cuándo inició exactamente ésta, pues se itera, sus testigos repiten mecánicamente que duró 12 años la relación pero ninguna refiere una anualidad precisa de la que pueda desprenderse el inicio de una eventual convivencia, quedando la posibilidad de un vinculo amistoso o sentimental que se basó únicamente en encuentros, visitas y salidas ocasionales, las cuales no tiene la virtualidad de desencadenar las consecuencias jurídicas alegadas en la demanda. En ese sentido, acertada resulta la decisión de primera instancia.

En consecuencia, deviene la confirmación en todas sus partes de la sentencia de primera instancia y se condenará en costas a la parte demandante por no haber tenido prosperidad su recurso, las cuales deberán fijarse por la secretaria del juzgado de origen.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala de Decisión Laboral No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 7 de mayo de 2015.

**SEGUNDO.-** **CONDENAR** en costas procesales en esta instancia a la parte demandante por no haber prosperado el recurso, mismas que se fijaran por la secretaría del juzgado de origen, de acuerdo al Código General del Proceso.

**Notificación surtida en estrados.**

**Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los Magistrados,

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

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

Secretario Ad-Hoc