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 el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 23 de marzo de 2017*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral – Confirma sentencia que accedió a las pretensiones*

***Radicación No****:**66001-31-05-005-2013-00466-01 (Acumulado)*

***Demandante****: Maria Lida Arias de Mahecha*

***Demandado:*** *Colpensiones*

***Interviniente:*** *Luz Mery Aguirre Osorno*

***Juzgado de origen****: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.*

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

***Tema a tratar: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. CÓNYUGE Y COMPAÑERA. HIPÓTESIS.*** *Contempló el legislador varias hipótesis fácticas que se pueden dar, ajustadas a la realidad social y que regulan casos de convivencia simultanea o de la existencia de varios beneficiarios de la prestación: (i) cuando existan dos o más compañeros permanentes con vocación de beneficiarios, la pensión se repartirá entre ellos, a prorrata del tiempo de convivencia (inc. 2 lit. b); (ii) cuando exista convivencia simultánea de un cónyuge y un compañero permanente, según el texto legal, la pensión se otorgaría al cónyuge, sin embargo, tal consecuencia jurídica fue revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008, encontrándose que no puede excluirse al compañero permanente que acredite haber tenido convivencia con el causante en el mismo tiempo, razón por la cual la consecuencia es que se divida la pensión en proporción al tiempo convivido; (iii) finalmente, se contempla la posibilidad de que no exista convivencia simultánea, que el vínculo marital se haya roto de hecho y, además, exista una convivencia del afiliado o pensionado con otro compañero permanente, caso en el cual le corresponderá a éste una parte de la pensión en proporción al tiempo de convivencia y el resto le corresponderá al cónyuge.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017), siendo las once y diez de la mañana (11.10 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala de Decisión Laboral No. 03 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta y la apelación de la demandante Ad-excludendum contra la sentencia dictada el 16 de marzo de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***María Lida Arias de Mahecha*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones,*** al cual se acumuló el proceso de ***Luz Mery Aguirre Osorno****,* siendo esta última interviniente ad-excludendum.

**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 la demandante principal que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada por el deceso del señor Fabio de Jesús Mahecha Villada, que este tenía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 08 de junio de 2011 y, en consecuencia persigue que se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a la actora desde el 08 de junio de 2011, con el respectivo retroactivo, los réditos moratorios y las costas procesales.

Por su parte la señora Aguirre Osorno, elevó tanto en la demanda iniciada en el Juzgado Cuarto Laboral de Armenia, Quindío, como en la intervención ad-excludendum similares pretensiones desde las mismas calendas.

***Hechos comunes***

Se relata en ambos libelos, que el señor Fabio de Jesús Mahecha Villada falleció en la ciudad de Pereira el 26 de febrero de 2012, que para ese momento se encontraba afiliado a Colpensiones y estaba a la espera de la solicitud de su pensión de vejez.

***Hechos demandante Maria Lida Arias de Mahecha.***

Narra esta demandante que contrajo matrimonio con el fallecido el 24 de diciembre de 1973, que vivieron en la ciudad de Pereira, Montenegro, Quindío y San José, Caldas; que de dicha unión procrearon seis hijos, que en el año 1996 el señora Mahecha Villada inició convivencia simultánea con la señora Luz Mery Aguirre, que la misma se extendió hasta el año 2000, que posteriormente abandonó a la referida e inició convivencia con una mujer de nombre Deisy, simultáneamente con la demandante, que tal convivencia simultanea perduró hasta el año 2005, que posteriormente volvió a visitar a Luz Mery Aguirre, lo que hizo hasta el año 2009, cuando se quedó definitivamente con la señora Arias de Mahecha, que desde el año 2011 enfermó y recibió cuidados de su esposa hasta la fecha del deceso, que el 10 de agosto de 2012 la actora elevó reclamación pensional sin que a la fecha se hubiere dado respuesta alguna.

***Hechos demandante Luz Mery Aguirre Osorno***

Comenta este extremo litigioso que hizo vida marital con el señor Mahecha Villada a partir del año 1991 y hasta el momento del deceso de este, de manera ininterrumpida, que de dicha unión no se procrearon hijos, que el fallecido contaba con 1.238 semana cotizadas al sistema pensional, por lo que había elevado reclamación pensional por vejez, que la actora propuso reclamación para efectos de acceder a la pensión de sobrevivientes el 06 de febrero de 2013, que a la fecha no se ha dado respuesta.

Admitidas ambas demandas, se dio traslado a Colpensiones, la cual allegó en cada una respuesta. En la adelantadas por la señora María Lida Arias de Mahecha, se opuso a las pretensiones y aceptó como ciertos la fecha del deceso del señor Mahecha Villada, su afiliación a Colpensiones , el matrimonio que se celebró entre ambos y la reclamación pensional, indicando frente a los restantes que no le constan o que no son ciertos. Como excepciones de fondo propuso las de “Inexistencia de la obligación”, “Cobro de lo no debido” y “Prescripción”.

En la demanda propuesta por la señora Luz Mery Aguirre Osorno, Colpensiones se manifestó frente a las pretensiones, ateniéndose a lo probado dentro del proceso. En cuanto a los hechos acepto la reclamación de pensión de vejez elevada por el causante, la fecha de su deceso y la reclamación de la demandante, indicando frente a los restantes que no le constan o que no son ciertos y excepcionó “Imposibilidad del fondo de reconocer la prestación ante la controversia suscitada entre las pretendida beneficiarias”.

Dichas demandas fueron acumuladas y decididas en el actual proceso.

***SENTENCIA***

Agotadas las etapas procesales pertinentes, se dictó sentencia que puso a fina la primera instancia, en la que encontró que el causante sí tenía derecho a la pensión de vejez, de conformidad con las normas del Acuerdo 049 de 1990, por lo que impuso a Colpensiones el pago de las mesadas causadas entre el 07 de octubre de 2011, calenda desde la cual se reconoció la prestación, hasta el momento del deceso, sumas que deberán pagarse a la masa sucesoral. En cuanto a la pensión de sobrevivientes, encontró que la cónyuge María Lida Arias de Mahecha acreditó en debida forma su calidad y la permanencia del vínculo hasta el momento del deceso, encontrando que en algunos de esos períodos existió una convivencia simultánea con la señora Aguirre Osorno, pero que en los últimos años de vida del señor Mahecha, este solamente convivió con la señora María Lida, conclusión que apoya en los dichos de los varios testigos aportados. Por tanto, impuso a Colpensiones la carga de pagar las mesadas causadas desde el 26 de febrero de 2012 y hasta la fecha de la sentencia e igualmente el pago de intereses moratorios, pero desde el momento de la ejecutoria de la sentencia.

***APELACIÓN***

El apoderado de la señora Luz Mery Aguirre Osorno estuvo inconforme con la decisión, al estimar que la valoración probatoria no fue adecuada, pues a lo menos se hubiera llegado a una pensión compartida. Refiere que el mismo causante cuando inicio el trámite de la pensión de vejez, por medio de ese mismo abogado, le expresó su interés en que la pensión a su fallecimiento le quedara a Luz Mery. Indica que la misma demandante y la hija del causante admitieron conocer a Luz Mery. Estima que el alcance dado a los declarantes no es equitativo y que la pensión se debe pagar de manera proporcional.

Igualmente se dispuso la consulta de esta decisión, al contener condenas a cargo de 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 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 y el recurso de apelación, la Sala deberá abordar el siguiente problema jurídico:

*¿Alcanzo el señor Fabio de Jesús Mahecha Villada a dejar causado su derecho a la pensión de vejez?*

*¿Cuál de las interesadas acreditó la convivencia exigida por la ley para ser tenida como beneficiaria de la sustitución pensional del fallecido Fabio de Jesús Mahecha?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

El primer punto que debe verificarse en este caso, es si el señor Mahecha Villada dejo satisfechos los requisitos para acceder a su pensión vejez, la cual reclamó el 07 de octubre de 2011.

Para resolver ese tema, es necesario en primer momento determinar qué régimen le era aplicable al señor Fabio de Jesús, esto es, si es posible que se aplicaren las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en virtud del régimen de transición, o si la pensión debería estudiarse al amparo de dicha normatividad y sus modificaciones.

Pues bien, tal análisis en primera medida debe efectuarse, partiendo de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-. Para esa calenda, las personas que, en el caso de los hombres, contaran con 40 años de edad o tuvieran 15 o más años de servicios o su equivalente en cotizaciones, podían mantener, del sistema anterior al cual estuvieran afiliados, las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión. En el caso del señor Mahecha Villada, atendiendo que nació el 08 de junio de 1951, conforme se informa en la historia laboral aportada por Colpensiones –fl. 116 cdno. 1-, es fácil colegir que al inicio de la vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años de edad, por lo que se encontraba dentro del grupo de beneficiarios del régimen transitivo. Por tanto, el paso siguiente es verificar qué régimen anterior le era aplicable al fallecido. Para ello, basta con acudir nuevamente a la historia laboral, en la cual se puede verificar que el señor Mahecha Villada siempre cotizó al ISS y prestó sus servicios en el sector privado, por lo que la norma anterior que le resulta aplicable es el Acuerdo 049 de 1990. Dicha norma exige para pensionarse que el afiliado contara con 60 años de edad en el caso de los hombres y un total de 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad. No obstante lo anterior, debe verificarse previamente hasta cuando se le podía aplicar al causante esa norma, atendiendo la cortapisa dispuesta en el Acto Legislativo 01 de 2005, que consiste en que el régimen de transición se extendería hasta el 31 de julio de 2010, salvo que el beneficiario del mismo al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 -29 de julio de 2005-, contara con 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, caso en el cual se extendería su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pues bien, acudiendo nuevamente al listado de cotizaciones traído por la sociedad demandada, se observa que a esa calenda contaba con más de 1.060 semanas, razón por la cual su pensión se podía verificar acorde con las normas de transición, hasta el año 2014.

Atendiendo el análisis ya efectuado, puede colegirse que el fallecido Mahecha Villada sí alcanzó a dejar causado su pensión de vejez, la cual, como indicó la a-quo, debió empezar a disfrutar desde el 07 de octubre de 2011, razón por la cual, es viable declarar, como en efecto se hizo, que la masa herencial tiene derecho al retroactivo causado y que corresponde a la pensión de vejez que debió disfrutar aquel en vida y que se extiende desde el 07 de octubre de 2011 hasta el 26 de febrero de 2012, fecha de su deceso.

Verificado ese primer punto, corresponde entrar a determinar lo atinente a la pensión de sobrevivientes, debiéndose decir de manera inmediata que conforme a lo visto y al tenor del mandato contenido en el numeral 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el canon 12 de la Ley 797 de 2003, al haber consolidado en vida su derecho a la pensión de vejez, el señor Fabio de Jesús Mahecha Villada sí dejó causada la prestación pensional por sobrevivencia para sus beneficiarios.

Ya en cuanto a la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, que alegan las enfrentadas en el litigio, 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.

Contempló el legislador varias hipótesis fácticas que se pueden dar, ajustadas a la realidad social y que regulan casos de convivencia simultanea o de la existencia de varios beneficiarios de la prestación: (i) cuando existan dos o más compañeros permanentes con vocación de beneficiarios, la pensión se repartirá entre ellos, a prorrata del tiempo de convivencia (inc. 2 lit. b); (ii) cuando exista convivencia simultánea de un cónyuge y un compañero permanente, según el texto legal, la pensión se otorgaría al cónyuge, sin embargo, tal consecuencia jurídica fue revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008, encontrándose que no puede excluirse al compañero permanente que acredite haber tenido convivencia con el causante en el mismo tiempo, razón por la cual la consecuencia es que se divida la pensión en proporción al tiempo convivido; (iii) finalmente, se contempla la posibilidad de que no exista convivencia simultánea, que el vínculo marital se haya roto de hecho y, además, exista una convivencia del afiliado o pensionado con otro compañero permanente, caso en el cual le corresponderá a éste una parte de la pensión en proporción al tiempo de convivencia y el resto le corresponderá al cónyuge.

De todas estas hipótesis, lo que se extracta es que la pensión de sobrevivientes premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad o el ánimo de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia. Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación de sustituir a alguien en su pensión o acceder a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años. En el caso de quien alegue tener la calidad de beneficiario como compañero permanente, el lapso mínimo de convivencia exigido por el legislador, debe ser satisfecho en el tiempo inmediatamente anterior al deceso del afiliado o pensionado, sin embargo, cuando el beneficiario es un cónyuge separado de hecho, la convivencia de 5 años puede ser acreditada en cualquier tiempo.

En el caso presente, ha de decirse que la señora María Lida Arias de Mahecha, acreditó su calidad de cónyuge del señor Fabio de Jesús Mahecha Villada, con la copia del registro civil de matrimonio celebrado el 24 de diciembre de 1973 –fl. 18 cdno. 1-, sin que tal documento tenga notas al margen que contradigan la vigencia de la unión. Lo anterior, sin duda que la ubica en la ventajosa posición de poder acreditar los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, lo que efectivamente hizo al traer a declarar a María Janeth Mahecha Arias, Jaime de Jesús Mahecha Villada, Mirruby Salazar Hoyos, Gloria Cecilia Mahecha Villada, Maria de los Ángeles Calzada Salazar y Diana Sirley Mahecha Arias, quienes de manera clara relataron que la pareja convivio desde el momento de su matrimonio y lo hicieron hasta el momento del deceso del señor Fabio de Jesús, que en ese interregno este consiguió varias parejas, pero que siempre mantuvo el hogar. Efectivamente admiten haber conocido a la señora Luz Mery, pero como alguien con quien el fallecido tuvo una relación sentimental que duro por unos cinco años entre el año 2000 y 2005 y después cesó, también recuerdan otra compañera sentimental de nombre Daisy con quien también hizo vida marital el causante en la ciudad de Armenia con posterioridad a aquella, pero que en todo caso, desde el año 2009, aproximadamente, el señor Fabio de Jesús regresó a su casa y si bien se iba en algunas temporadas como lo admite en su interrogatorio la misma demandante, lo cierto es que su vocación de mantener la convivencia y unión con ésta era evidente, pues a pesar de sus múltiples relaciones extramaritales, siempre retornaba a casa de la señora Arìas de Mahecha y a partir del año 2011, en razón de su enfermedad, estuvo de manera permanente y exclusiva y lo estuvo hasta su deceso.

Estas versiones en verdad son contestes en afirmar que el señor Mahecha Villada siempre mantuvo el vínculo marital y la convivencia con la señora Arias de Mahecha, más sin embargo, también dan cuenta de que esa relación sufrió varias infidelidades de parte del fallecido, quien en varias ocasiones hizo vida marital con al menos dos personas, de manera simultánea con Arias de Mahecha.

Una de esas relaciones fue con la señora Luz Mery Aguirre Osorno, quien alega que el óbito convivio con ella desde 1991 y lo hizo de manera constante hasta su deceso. Para revalidar sus versiones trajo como deponentes a José Joaquín Mahecha Villada, Cristian David Duque Aguirre y Luz Marina Hernández Gutiérrez, quienes comentaron que en efecto, la pareja tuvo como lugar de habitación La Tebaida, Quindío, que el causante siempre vivía allí con Aguirre Osorno, con quien no tuvo hijos, que ante la sociedad actuaban como pareja y que incluso los hijos que tenía el fallecido con la demandante Arias de Mahecha lo visitaban allí. Estas versiones dan cuenta de que efectivamente hubo una convivencia del causante con la señora Aguirre Osorno, pero en verdad, dejan un vacío en su versión sobre el tramo final de la vida del señor Mahecha Villada, pues no dan razón clara de por qué el último tramo de la vida de éste fue en la ciudad de Pereira con la señora María Lida y no con la persona con quien, según dicen los deponentes, decidió compartir su vida. Además, por ejemplo en el caso del deponente Duque Aguirre, relató que vario tiempo antes del fallecimiento del señor Fabio de Jesús se encontraba fuera del país, razón por la cual su deponencia se ve afectada, pues su versión –en lo menos frente a este tramo- no refiere a situaciones que hubiere podido percibir por sí mismo. Y la señora Hernández Gutiérrez, quien era vecina de la demandante ad-excludendum, tampoco logra explicar con suficiencia que pasó en el último tramo de la vida del señor Mahecha Villada, por qué falleció lejos del hogar que conformaba con la señora Luz Mery.

No desconoce la Sala que efectivamente la prueba da fe de una convivencia del causante con la señora Luz Mery, pero no indica que esta convivencia datara a lo menos, de los 5 años que antecedieron su deceso, lapso que precisamente, para el caso de una compañera permanente, es el que debe acreditar como convivencia.

Por lo tanto, se insiste, si bien existió convivencia simultánea en alguna época de la vida del señor Fabio de Jesús Mahecha Villada tanto con la señora María Lida como con la señora Luz Mery, no hay probanza alguna que acredite que ello ocurriera en los 5 años anteriores al deceso de aquel, por lo que se observa tino en la valoración probatoria que efectuó la a-quo, siendo además indispensable precisar que, lo que dice el abogado de que conoce de primer mano los pormenores de la relación, por haber sido el abogado del fallecido en su trámite de pensión de vejez, ningún peso probatorio tienen en este asunto, amén que no se trata de una prueba legal y oportunamente allegada al proceso.

Así las cosas, se insiste, la decisión de la Jueza a-quo se observa acertada y, por tanto, se deberá confirmar íntegramente.

Costas en esta instancia a cargo de la señora Luz Mery Aguirre Osorno y a favor de la demandante María Lida Arias de Mahecha.

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. Confirmar*** la sentencia proferida el 16 de marzo de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

***2. Costas*** en esta instancia a cargo de la señora Luz Mery Aguirre Osorno y a favor de la demandante María Lida Arias de Mahecha.

***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