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 22 de junio de 2017*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral – Modifica decisión del a quo que accedió a las pretensiones*

***Radicación No****:**66001-31-05-001-2013-00467-01 (acumulado 76834-31-05-001-2014-00292-00)*

***Demandante****: María Nidia Moreno Aguirre y Carmen Emilia Herrera Viuda de Duque*

***Demandado:*** *Colpensiones*

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

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

***Tema a tratar: Pensión de sobrevivientes. Cónyuges o compañeros beneficiarios. 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 que la sociedad conyugal no se hubiere disuelto 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, a los veintidós (22) días del mes de junio de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (09.45 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación de la demandante María Nidia Moreno Aguirre y el grado jurisdiccional de consulta ordenado frente a la sentencia dictada el 13 de julio de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que ***Maria Nidia Moreno Aguirre*** adelantacontra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones****,* al cual se acumuló el proceso en que la señora ***Carmen Emilia Herrera viuda de Duque*** obra como demandante, siendo demandada la misma administradora.

**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 las demandantes pretenden que se les declare como beneficiarias de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Carlos Enrique Rodríguez Jaramillo a partir del 14 de septiembre de 2012 y en consecuencia piden que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la prestación desde aquella calenda con las mesadas adicionales y los réditos moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993.

Para efectos prácticos, se hará un relato de hechos comunes y, posteriormente, se sintetizarán los hechos de cada una de las interesadas, así:

***a. Hechos comunes.***

Se indica que el señor Carlos Enrique Rodríguez Jaramillo falleció el 14 de septiembre de 2012 en el Municipio de La Virginia, Risaralda, que para esa calenda se encontraba percibiendo pensión de vejez y que la entidad de seguridad social mediante Resolución No. GNR046474 del 22 de marzo de 2013 dejó en suspenso el reconocimiento de la pensión, hasta que se dilucidara judicialmente la calidad de beneficiarias alegadas por ambas demandantes.

***b. Hechos de la señora María Nidia Moreno Aguirre.***

Relata esta litigante que desde el año 2005 hizo vida marital con el señor Rodríguez Jaramillo y lo hizo hasta el momento de su muerte, que el fallecido era casado y separado de hecho, más de 10 años atrás, que la demandante era beneficiara en salud del causante, que el 25 de octubre de 2012 elevó petición a Colpensiones para que se le reconociera la prestación, que la señora Carmen Emilia Herrera también se presentó a reclamar la pensión.

***c. Hechos de la señora Carmen Emilia Herrera viuda de Duque.***

Relata que contrajo matrimonio con el fallecido el 25 de septiembre de 1963, que dicho vinculo nació un hijo, que desde aquella fecha y hasta el deceso del señor Rodríguez Jaramillo se mantuvo vigente la sociedad conyugal y la convivencia, que el 16 de octubre de 2012 radicó solicitud para el reconocimiento de la pensión, que la señora María Nidia indujo en error al causante para que la incluyera como beneficiaria en salud.

***e. Contestación de la entidad demandada.***

Colpensiones dio respuesta por separado a las demandas sintetizadas anteriormente. En la instaurada por la señora Moreno Aguirre, el portavoz judicial se pronunció indicando que aceptaba los hechos alusivos a la calenda de fallecimiento del señor Rodríguez Jaramillo y su calidad de pensionado, así como la reclamación pensional y la respuesta dada por parte de Colpensiones, frente a los restantes, indica que no le constan. Se opone a las pretensiones de la demanda y formula como excepciones las de “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”. En el proceso instaurado por la señora Herrera vda. de Duque, el portavoz judicial aceptó todos los hechos, salvo el atinente a la vinculación engañosa de la señora Moreno Aguirre como beneficiaria en salud del causante, frente al que indica que no le consta. Se opone a los pedidos de la demanda y excepciona de fondo “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Carencia de la pretensión o de la acción” y “Prescripción”.

***f. Sentencia***

Agotados los ritos procesales, la señora Jueza profirió sentencia en la que reconoció el derecho pensional, a partir de la fecha de deceso del causante, a favor de la señora Carmen Emilia Herrera viuda de Duque, al encontrar que si bien ésta para el momento del deceso no hacia vida marital con el fallecido, tenía vigente el vínculo matrimonial y además existían unos lazos de amistad y colaboración aun entre ellos y, en otro tiempo, convivió con el señor Carlos Enrique Rodríguez Jaramillo por espacio aproximado de 18 años. En cuanto al derecho reclamado por la señora Moreno Aguirre, estima que la misma no acreditó debidamente la calidad de compañera permanente del señor Rodríguez Jaramillo, pues sus testigos fueron vagos e incongruentes, sin dar suficiente cuenta de la razón de sus conocimiento o admitiendo que lo narrado no provenía de conocimiento directo. Por tal razón, insiste la a-quo, se debe colegir la ausencia de acreditación probatoria de la convivencia por parte de esta litigante y, en consecuencia, niega sus pretensiones. Concluye condenando a Colpensiones a reconocer y pagar la prestación a la señora Carmen Emilia desde el 14 de septiembre de 2012, a razón de 14 mesadas anuales e impone intereses moratorios a la ejecutoria de la providencia.

***g. Apelación y consulta.***

El apoderado de la señora María Nidia Moreno Aguirre interpuso y sustento recurso de apelación contra la sentencia, indicando que los testimonios sí dan cuenta de la convivencia de su prohijada con el señor Carlos desde el año 2005 y hasta el momento de su deceso, además, todos son unánimes en decir que desconocían a la señora Carmen Emilia. Insiste en que los declarantes demostraron que la unión se sostuvo de manera constante por espacio de 7 años, sin que hubiere separación alguna, razón por la cual se le debe reconocer la parte de la pensión que le corresponde.

Igualmente, al imponerse una condena a Colpensiones, se asumió el conocimiento del asunto en sede de consulta.

***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, la Sala deberá abordar el siguiente problema jurídico:

*¿Ostentan las señoras Carmen Emilia Herrera y María Nidia Moreno Aguirre la condición de beneficiarias de la sustitución pensional, generada con el deceso del señor Carlos Enrique Rodríguez Jaramillo?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Como punto de partida, hay que decir que no queda duda alguna de que el señor Rodríguez Jaramillo, al momento del deceso ostentaba la calidad de pensionado por vejez del Colpensiones, tal como consta en la Resolución No. 01194 del 14 de junio de 1989 –fl. 184- siendo tal hecho aceptado por la entidad demandada. Así las cosas, siguiendo las voces del canon 46 de la Ley 100 de 1993, al momento de su deceso legó a sus causahabientes el derecho pensional de sobrevivientes.

Verificado ese primer aspecto, ha de decirse que la calidad de beneficiario de la prestación de sobrevivientes, se encuentra regulada por la norma que está vigente al momento del deceso del pensionado o del afiliado, que para el caso puntual 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) se contempla la posibilidad de que no exista convivencia simultánea, que el vínculo marital siga vigente, pero se haya roto de hecho la convivencia 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, siempre que *“ante la falta de convivencia al momento de la muerte, el solicitante demuestre que se hace acreedor a la protección, en cuanto, tras la separación de hecho, efectivamente siguió haciendo parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y, por esta razón, su partida definitiva le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención”.* (Sentencia SL 16949).

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 o, en caso de separación de facto, permanezca el ánimo de colaboración y ayuda entre los cónyuges. No puede llamarse convivencia –únicamente- a aquella ayuda material o económica que por cualquier circunstancia una persona brinda a otra, pues el concepto de vida en pareja trasciende lo meramente económico y engloba conceptos afectivos, espirituales, morales y físicos, que ineludiblemente permitan colegir que dos personas hacen o hicieron una vida en común.

Por eso, la labor 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. Y como la norma exige convivencia, no importa si se dio en el marco de una relación matrimonial o de hecho, pues ambas tienen igual tratamiento por la ley, pudiendo incluso darse la convivencia una parte, en el marco de una unión de hecho y otra por vínculos jurídicos o viceversa. Ello, obviamente, sin perjuicio de la convivencia separada por razones justificadas, caso que ha sido ampliamente analizado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral.

En estos casos, y cuando se alegue solamente convivencia de hecho, el lapso mínimo de convivencia exigido por el legislador, debe ser satisfecho en el tiempo inmediatamente anterior al deceso del afiliado o pensionado, y para el evento en que la convivencia la alegue el esposo separado de hecho, pero con vínculo matrimonial no disuelto, los cinco años correrán en cualquier tiempo, siempre que se den las circunstancias antes anotadas, esto es la permanencia de lazos de solidaridad y ayuda, situación que dará al traste cuando existe el divorcio o la cesación de los efectos civiles de matrimonio católico.

En cuanto a la valoración probatoria, es indispensable recordar que al tenor del canon 61 del CPTSS, el Juez cuenta con la libertad de fijarle el alcance a los medios probatorios que fueron legal y oportunamente allegados al infolio, siempre que el actor no exija determinada solemnidad y encontrando como único limite la sana crítica y la razonabilidad que debe tener la valoración.

En el caso sub – examine, se tiene que ambas demandantes trajeron al proceso prueba testimonial con la que pretendían hacer salir avantes sus pedidos de reconocimiento como beneficiarias de la prestación de sobrevivientes. La señora Moreno Aguirre llamó a declarar a los señores: James Betancur Rodríguez, Gerardo Antonio Uribe Ramírez y María Andrea Guerrero Torres. En cuanto al primero, relata que visitaba periódicamente –cada 15 días- al señor Carlos, quien era su tío, en el inquilinato que vivía, y que allí estaba siempre la señora Nidia con él y que por ello supo que desde el año 2005 eran pareja, por comentarios que el mismo fallecido le hacía. Relata que en el cuarto donde vivía el señor Rodríguez Jaramillo había pertenencias de la señora María Nidia. Por su parte el señor Uribe Ramírez en su declaración, da cuenta que el testigo tiene dos hijos en común con la demandante Moreno Aguirre, que ellos le contaban que ésta estaba viviendo con el señor Carlos Enrique y que el mismo occiso le contaba a él cuando lo encontraba en la calle o en alguna cafetería, pero admite que nunca fue al lugar donde vivían, más sin embargo sabe que es un inquilinato donde alquilan habitaciones a hombres pensionados. Finalmente, la versión de la señora Guerrero Torres, afirma que solo saludaba al señor Carlos Enrique, pero que era muy amiga de la señora María Nidia, quien le relataba detalles de la relación de pareja que sostenían. Indica que vivían en un inquilinato que quedaba cerca de la sede de la Flota Occidental en La Virginia y que allí María Nidia era la única mujer, pues el señor Carlos se encontraba muy enfermo.

Por su parte la señora Carmen Emilia trajo como deponentes a las señoras Melba Marín Rodríguez, Luz Mery Hernández y Rosalba de Jesús Duque Herrera, esta última hija de la demandante. La primera de las llamadas indica que Carmen y Carlos llevaban 18 años separados de hecho, que no obstante esa separación, el señor Rodríguez le mandaba mensualmente una ayuda y periódicamente se visitaban. Refiere que el fallecido vivía solo en un inquilinato que recibía únicamente a hombres pensionados y solos. Destaca que la señora María Nidia fue contratada para cuidar al señor Carlos Enrique y que lo hizo en su último año de vida, que recibía como contraprestación la suma de $200.000. La señora Hernández por su parte, fue la encargada por un tiempo de elaborar la alimentación del señor Rodríguez Jaramillo. Destaca que por ese medio pudo conocer que él vivía solo en un inquilinato cerca a la Flota Occidental y relata que efectivamente María Nidia era la encargada de asear la habitación donde vivía el mencionado, así como de recoger los alimentos y llevarlos hasta el sitio de vivienda para su consumo. Indica que la relación de Carlos y Nidia era estrictamente laboral, pues le pagaban para que lo cuidara. Refiere que la señora Carmen iba a veces y visitaba al señor Carlos. También destaca que en algunas ocasiones debió ir ella misma (la testigo) hasta la habitación donde vivía el causante y llevarle alimentos, sin percatarse nunca de la presencia de alguna mujer en dicho sitio. Finalmente, la versión que da la hija de la demandante, da cuenta de que su madre convivió con el señor Carlos hasta el último momento, lo que pasa es que por razones de edad y estado de salud, su madre debió trasladarse hasta Tuluá, pero que nunca faltó la comunicación y la ayuda entre ambos y que periódicamente se visitaban, así como mensualmente, el señor Carlos le giraba un aporte económico a doña Carmen. Refiere que María Nidia fue contratada para cuidar al señor Rodríguez en el último tramo de su vida y que por ello recibía un pago de $250.000 mensuales.

Sintetizados ambos bloques de declarantes, debe decir la Sala que los traídos al estrado por cuenta de la señora Moreno Aguirre muestran imprecisiones y falta de conocimiento directo que merman considerablemente la credibilidad de sus dichos. En efecto, nótese como las versiones de Gerardo Antonio Ramírez y María Andrea Guerrero se basan en dichos de terceros, pues poco conocieron por sus propios sentidos. El primero confiesa que nunca asistió al lugar donde vivían –presuntamente- como pareja María Nidia y Carlos Enrique y que supo de la relación por sus hijos, mientras que la segunda sí indica que visitaba la pieza donde vivían, pero los pormenores de la relación los escuchó únicamente de boca de la demandante, porque con el causante solamente se saluda, lo que permite colegir que su conocimiento no proviene de una verdadera percepción personal, sino que está claramente sesgado por la versión ofrecida por la interesada. En cuanto a la versión del señor James Betancur Rodríguez, se tiene que su conocimiento se dio por sus visitas al lugar de habitación del señor Carlos, visitas que se daban ocasionalmente antes de la enfermedad y con cierta regularidad –cada quince días- con posterioridad al quebranto de salud del señor Carlos. Sin embargo, no da cuenta de detalles puntuales que permitieran colegir que en realidad existía una convivencia de pareja entre la demandante y el de cujus, pues se limita a expresar que cada que iba la veía allá, mas no indica detalles o aspectos que en verdad dieran a entender que existía vida en pareja, ello con el fin de desvirtuar los dichos de la contraparte, en el sentido de que la señora María Nidia fue contratada para cuidar al señor Carlos en el tramo final de su enfermedad.

Por tal razón, ha de decirse que la señora María Nidia Moreno Aguirre no cumplió su deber de acreditar la calidad alegada en la demanda, por lo que sus pretensiones no están llamadas a prosperar.

En cuanto a la calidad de beneficiaria de la señora Carmen Emilia, se tiene que obra a folio 188 del expediente registro civil de matrimonio, donde consta que ella y el señor Rodríguez Jaramillo contrajeron nupcias el 25 de septiembre de 1963, documento que no cuenta con notas al margen que den cuenta de la ruptura del vínculo.

Partiendo de esa base, ha de decirse, conforme a la prueba testimonial arrimada, que entre la aludida pareja ocurrió una separación de hecho, tal como lo relata la señora Melva Marín Rodríguez en su declaración, que data de 18 o 20 años atrás. No obstante tal separación, nunca hubo disolución de la sociedad conyugal o separación de cuerpos o de bienes y antes bien, mantuvieron su comunicación y ayuda mutua, así como las visitas periódicas, como lo indica la misma deponente. Tal versión, que resulta plenamente creíble para esta Sala, pues se trata de una persona que no tiene interés en las resultas del proceso y que narra lo que conoció directamente, habida cuenta el parentesco que la ataba al fallecido –sobrina- y la labor que cumplió de cuidarlo parte de su enfermedad, acredita que a pesar de la ruptura fáctica de la relación, siguieron existiendo lazos de solidaridad y ayuda entre la pareja, aspectos que encajan perfectamente en las exigencias jurisprudenciales memoradas párrafos atrás y que permiten colegir, en puridad de verdad, que la demandante Herrera viuda de Duque, ostenta la calidad de beneficiaria de la prestación pensional, conclusión a la que atinadamente llegó la juzgadora de primer grado. Por tal razón estima la Sala que se deberá confirmarse la decisión de primera instancia de tener a la señora Carmen Emilia como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Finalmente, se adentrará la Sala –en sede de consulta- a determinar los aspectos accesorios a la pensión, esto es, las mesadas adicionales y los intereses moratorios, que se impusieron a cargo de Colpensiones.

En cuanto al tema de las mesadas adicionales, ha de decirse que el Acto Legislativo 01 de 2005 suprimió la catorceava mesada, por lo que a partir de la vigencia del mismo se reconocerán pensiones únicamente con 13 mesadas pensionales. No obstante lo anterior, el parágrafo transitorio 6º del aludido acto modificatorio de la Carta Polìtica, establece una excepción temporal a dicha regla, indicando que se reconocerán 14 mesadas a quienes causen su prestación antes del 31 de julio de 2011 y reciban una prestación igual o inferior a 3 salarios mínimos.

En el caso de la prestación de sobrevivientes que se pagará a la demandante, se tiene que la misma se causó por fuera de ese hito temporal, pues la misma surgió el 14 de septiembre de 2012 con el deceso del señor Carlos Enrique, por lo que se deberán reconocer 13 mesadas y no 14 como se ordenó en la sentencia atacada. Por lo tanto se modificará la misma en tal sentido, debiéndose varias así mismo, el monto del retroactivo pensional causado hasta la fecha de este fallo, así:



En cuanto a los réditos moratorios, se tiene que los mismos se impusieron desde la ejecutoria de la sentencia, lo que resulta adecuado, pues ya existe decisión judicial que discernió quien era la beneficiaria, quedándole a la entidad demandada únicamente cumplir con el fallo judicial, por lo que de no hacerlo de manera oportuna, lo correcto es que se deban los réditos moratorios. Por lo tanto, se confirmará la decisión en tal sentido.

Habida cuenta la improsperidad del recurso de apelación propuesto por el portavoz judicial de la señora Moreno Aguirre, se le impondrá costas a este extremo litigioso a favor de Colpensiones y de la señora Carmen Emilia Herrera.

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. ***Modificar el ordinal tercero***dela sentencia proferida el 13 de julio de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de que la señora Carmen Emilia Herrera viuda de Duque tiene derecho a trece mesadas pensionales y que el valor del retroactivo hasta la fecha de esta sentencia corresponde a la suma de $39.306.357. Se confirma la decisión en todo lo demás.

***2. Costas*** *en esta sede a cargo de la señora María Nidia Moreno Aguirre y a favor de Colpensiones y de Carmen Emilia Herrera viuda de Duque.*

***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

**ANEXO**

