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 Secretaría de la respectiva Sala.

***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 26 de octubre de 2017.

**Radicación No**:66001-31-05-002-2015-00129-01

**Tipo de Proceso**:  Ordinario Laboral.

**Demandante**: Gloria Inés Calvo Díaz

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: Pensión de sobrevivientes. Convivencia mínima. Hipótesis contempladas por el legislador.** 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 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, siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco años en cualquier tiempo y 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 2016).

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve y cuarenta y cinco (9:45 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado 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 dictada el 2 de noviembre de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Gloria Inés Calvo Díaz** en contra de **Colpensiones**, trámite al cual se vinculó a la señora ***Ruth Arismendi.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Pretende la demandante que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con el deceso del señor Jairo Martínez Arias, y en consecuencia, se condene a la sociedad demandada a reconocerle el beneficio pensional a partir del 8 de marzo de 2008, junto con los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, o en subsidio de éstos la indexación, más las costas del proceso.

Sus peticiones se fundamentan en que convivió con el señor Jairo Martínez Arias, en calidad de compañera permanente, por un periodo de 35 años, de manera interrumpida, hasta la fecha del deceso de aquel, esto es, del 7 de marzo de 2014, calenda para la cual él se encontraba disfrutando de la pensión de vejez reconocida por la entidad demandada. Indica que ella era la única beneficiaria en salud del causante, que actualmente cuenta con 72 años y que no tiene hijos ni familiares que velen por su sostenimiento; que el 8 de abril de 2014 radicó ante Colpensiones su solicitud de pensión, misma que fue resuelta mediante Resolución GNR 308664 de esa anualidad; que agotó los recursos de ley, sin embargo a la fecha no han sido resueltos.

Trabada la Litis, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a través de apoderada judicial allegó escrito de contestación, en el que aceptó lo atinente a la fecha del deceso del causante, su condición de pensionado, la calidad de beneficiaria en salud de la demandante, la reclamación pensional y su solución desfavorable y el agotamiento de la vía gubernativa. En su defensa, formuló como excepciones las de “Inexistencia del derecho”, “Buena fe”, y “Prescripción”.

Por auto del 10 de febrero de 2016, la jueza del conocimiento ordenó integrar el contradictorio con la cónyuge del causante, señora Ruth Arismendi, quien a través de curadora ad-litem, allegó escrito de contestación, oponiéndose a las pretensiones, por considerar que es ella y no la demandante, quien tiene derecho a la pensión de sobrevivientes que se reclama. Propone como excepciones “Falta de legitimación en la causa por activa” y “Cobro de lo no debido”.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado de conocimiento profirió fallo el 2 de noviembre de 2016, en el que declaró que la señora Gloria Inés Calvo Díaz tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso de su compañero permanente Jairo Martínez Arias, y como consecuencia de ello, condenó a Colpensiones al pago de dicho beneficio en forma vitalicia a partir del 7 de marzo de 2014, por trece mesadas anuales y en el 100 % del valor de la mesada que venía recibiendo el pensionado, esto es, de $ 716.764 para el año 2014. Condenó al pago de la suma de $25`309.065 por concepto de retroactivo pensional, debidamente indexado al momento de su cancelación. Declaró que a la señora Ruth Arismendi no le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes y, absolvió a la entidad demandada del pago de los intereses moratorios solicitados.

En la motiva, la sentenciadora de primer grado luego de realizar un análisis de las pruebas testimoniales allegadas al proceso, estimó que las traídas a instancias de la parte actora ofrecen plena credibilidad y son demostrativas de la convivencia que aquella sostuvo con el causante durante más de los cinco años que antecedieron su fallecimiento. Respecto de la cónyuge, indicó que no existe prueba que acredite el cumplimiento del tiempo mínimo de convivencia con el de cujus luego de la celebración del matrimonio.

1. ***CONSULTA***

Respecto del 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.

***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:

***IV. CONSIDERACIONES***

1. ***Del problema jurídico.***

*¿Acreditó la demandante la convivencia exigida por la ley para ser tenida en cuenta como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión del fallecimiento del señor Jairo Martínez Arias?*

*¿Demostró la señora Ruth Arismendi, en calidad de cónyuge supérstite del de cujus, el tiempo mínimo de convivencia exigido en la norma para ser tenida como beneficiaria de la prestación pensional reclamada?*

1. ***Desarrollo de la problemática planteada.***

Para empezar, se tiene que es un hecho irrefutable que el señor Jairo Martínez Arias dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes, pues el ISS mediante Resolución No. 7055 de 1997, le concedió la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre de 1997, la cual a la fecha del deceso equivalía a $716.764.

Ya en cuanto a la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, debe partirse indefectiblemente por la normatividad que regula el caso, que no es otra que 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 la cónyuge o la compañero permanente, la cual está supeditada a que se evidencie que hubo una convivencia de –mínimo- 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:

1. 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);
2. 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;
3. 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, siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco años en cualquier tiempo y 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 2016).

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, de que permanezca el ánimo de colaboración económica, acompañamiento espiritual y auxilio mutuo entre los cónyuges.

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación de beneficiaria a la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, 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 inmediatamente anteriores al deceso. Al paso que la cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente deberá demostrar que convivió con el afiliado o pensionado durante cinco años en cualquier tiempo, y que el ánimo de colaboración y auxilio mutuo permaneció entre los cónyuges hasta la fecha del deceso de aquel.

Partiendo entonces de lo dicho, se dirá que la valoración efectuada por la a-quo del compendio probatorio que integra este proceso se observa adecuado a lo que relataron los testigos citados, y permiten arribar a la conclusión de que la demandante hizo vida marital con el causante por lo menos durante los 7 años que antecedieron su muerte. Para empezar, obra en el plenario a folio 13, certificación de la Nueva EPS S.A., en la que se hace constar que la señora Gloria Inés Calvo Díaz, en calidad de compañera permanente era beneficiaria en salud del extinto Jario Martínez Arias, con fecha de afiliación del 1 de agosto de 2008.

Por su parte, las deponentes Blanca Lucía Ferro Bedoya y María Agedia Medina Rodríguez, indicaron haber conocido a la pareja desde hace 10 y 18 años, por razones de negocios, y de vecindad, respectivamente. La primera, indicó que es rentista de capital y tiene algunos bienes raíces en el barrio la libertad cerca de donde vivía la pareja, concretamente en la carrera 12 bis; que por tal motivo los veía pasar constantemente para el médico o hacer sus diligencias y quehaceres; que debido a la enfermedad del señor Jairo Martínez era la demandante quien en los últimos meses cobraba la pensión; y que en la actualidad vive de la caridad de sus vecinos pues dependía en un todo de su compañero permanente.

La segunda, por su parte, indicó que convivió con la pareja en la 12 con 5ª, entre en un inquilinato, que por tal razón los veía casi todos los días, pues ellos habitaban una pieza en la parte de adelante y ella en la parte trasera de la casa; que para esa época – año 96 o 97- el señor Jairo Martínez ya estaba pensionado; que siempre vivieron solos, pues no tuvieron hijos; que la pareja luego se fue a vivir a la 12 bis entre 4ª y 5ª, en el mismo sector; que se dio cuenta que el estado de salud del de cujus era delicado, y que estuvo hospitalizado alrededor de dos meses; que no asistió al sepelio del pensionado por razones de trabajo, empero, que nunca tuvo noticia de rompimiento o separación de la pareja.

Del material probatorio antes referido, se colige que aunque la prueba testimonial referida no brinda detalles muy puntuales acerca de la relación de pareja que existió entre la demandante y el de cujus, sí fue clara y precisa en establecer que aquellos mantuvieron una convivencia de muchos años que perduró hasta la fecha del deceso del pensionado, expresando cada una de las deponentes la razón de sus dichos, motivo por el que la Sala les dará credibilidad, pues no se trata de informadoras de oídas, sino de testigos que percibieron por sus propios sentidos los sucesos antes descritos, más aun cuando la prueba documental, esto es, la certificación de la Nueva EPS, permite inferir que por los menos desde el año 2008, la pareja tenía una unión marital siendo la demandante la compañera permanente del de cujus.

Todo lo anterior, permite arribar a la conclusión de que la demandante cumplió con la carga que le correspondía de demostrar el tiempo mínimo de convivencia con el causante. Por ende, acertó la jueza al tenerla como beneficiaria de la prestación pensional reclamada, con derecho a 13 mesadas anuales, pues la causación del derecho se dio con posterioridad al 31 de julio de 2011, al tenor de lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005.

En cuanto a la relación de pareja que sostuvo el causante con la señora Ruth Arismendi, la Sala concluye igual que la sentenciadora de primer grado, que el requisito de la convivencia quedó huérfano de prueba, pues únicamente se cuenta en el proceso con la anotación que obra en la partida de bautismo de aquel, de que contrajeron matrimonio católico en la Parroquia San Vicente de Cartago el 8 de octubre de 1970, sin que ninguna prueba se allegara con el ánimo de probar cuánto tiempo convivieron.

Por consiguiente, forzoso resulta la confirmación de este punto de la sentencia.

Respecto al retroactivo pensional otorgado en favor de la actora, actualizado al 30 de septiembre del año en curso, conforme al cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta final de esta audiencia, asciende a la suma de $32`477.033, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.

En cuanto a la indexación de las condenas a la cual accedió la a-quo, la Sala dirá que avala tal decisión, en la medida en que la misma opera como un mecanismo encaminado a actualizar el valor de una suma de dinero, teniendo en cuenta el fenómeno inflacionario que afecta a la economía y que trae como consecuencia ineludible, la merma en el poder adquisitivo del dinero.

No prospera la excepción de prescripción interpuesta por la entidad de seguridad social demandada, habida consideración de que en los términos del artículo 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S. no transcurrió el trienio legal desde que la respectiva obligación se hizo exigible y la presentación de la demanda, que data del 9 de marzo de 2015 (ver folio 5).

Por último, se adicionará la providencia, para autorizar a Colpensiones que del retroactivo pensional, haga los correspondientes descuentos del valor que corresponda al total de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, a partir de la fecha en la cual se ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud a la que la demandante escoja o se encuentra afiliada. Lo anterior, de conformidad con el inciso 2 del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto por el inciso 3, artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

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

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

**FALLA**

1. **Modifica** el ordinal 2º de la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de indicar que el valor de la mesada pensional para el año 2017 es de $838.913, y que el retroactivo pensional causado hasta el 30 de septiembre de los corrientes asciende a $32`477.033, sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución.
2. **Adiciona** la providencia en el sentido de Autorizar a Colpensiones a descontar del valor del retroactivo reconocido, los aportes con destino al sistema general de seguridad social en salud.
3. **Confirma** todo lo demás.
4. Sin costas en esta instancia.

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

Quedan las partes notificadas en***ESTRADOS.***

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma por quienes en ella intervinieron.

El Magistrado Ponente

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Las Magistradas

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

ANEXO

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **IPC año anterior** | **No. MESADAS** | **MESADA RECONOCIDA** | **SUBTOTAL** |
| 2014 | 1,94 | 10,2333 | $716.764 | $7.334.861 |
| 2015 | 3,66 | 13 | $742.998 | $9.658.968 |
| 2016 | 6,77 | 10 | $793.298 | $7.932.985 |
| 2017 | 5,75 | 9 | $838.913 | $7.550.218 |
| TOTAL |  |  |  | **$32.477.033** |