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, martes 10 de octubre de 2017*

***Radicación No****:**66001-31-05-003-2016-00190-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral*

***Demandante****: Ana Beatriz Cristancho Henao*

***Demandado:*** *Colpensiones y Consuelo Molina Ríos*

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

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

***Tema a tratar: Pensión de sobrevivientes. Cónyuge separado de hecho. Deberes probatorios.*** *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, incluso así se rompa la convivencia física. Pero tampoco puede llamarse convivencia a aquel aporte meramente económico que uno de los ex cónyuges hace al otro o a sus descendientes en cumplimiento de un deber legal o una obligación impuesta judicialmente, pues ello no se deberá a su mera potestad o ánimo, que es lo que debe imperar en la convivencia o en el ánimo de mantener vivos los lazos familiares, sino que es necesario que se evidencie el ánimo de ayuda y solidaridad que le asiste al cónyuge separado de hecho.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy diez (10) de octubre de dos mil diecisiete (2017), siendo las dos y diez de la tarde (02:10 p.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 los recursos de apelación propuestos por la demandante y la codemandada Consuelo Molina Ríos, así como el grado jurisdiccional de la sentencia dictada el 21 de octubre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***Ana Beatriz Cristancho*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones. Consuelo Molina Ríos y el menor Brayan Estiben Motato Molina***.

**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 que se declare a la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Osiel de Jesús Motato Jaramillo y que la señora Consuelo Molina Ríos no ostenta tal calidad y, en consecuencia, se disponga el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes a partir del 29 de junio de 2015, la cual se deberá incrementar cuando el joven Motato Molina pierda el derecho, por lo que se deberá modificar la Resolución emitida por Colpensiones el 26 de septiembre de 2015. Pide igualmente el correspondiente retroactivo pensional, los réditos moratorios y las costas del proceso.

Como sustento de hecho de tales pretensiones, se relata que el 29 de junio de 2015 falleció el señor Osiel de Jesús Motato Jaramillo, que al momento de su fallecimiento se encontraba pensionado, que desde el año 2002 sostenía una relación con la demandante la cual se mantuvo hasta su deceso, que la misma fue permanente, con convivencia bajo el mismo techo, que el 22 de julio de 2015 se presentó a solicitar pensión de sobrevivientes a Colpensiones, que la señora Consuelo Molina Ríos también reclamó tal reconocimiento en nombre propio y en el de su menor hijo, que la entidad mediante Resolución No. GNR 297662 del 26 de septiembre de 2015 reconoció la pensión de sobrevivientes a ambas solicitantes en un 21.67% a la demandante y un 28.33%, reconociendo el restante 50% al hijo menor, que el menor Brayan Estiben Motato Molina nació el 08 de septiembre de 1999, que la señora Consuelo Molina contrajo nupcias con el señor Osiel el 08 de noviembre de 1997, que convivieron hasta el año 2001, que el reconocimiento pensional no estuvo antecedido de una investigación administrativa, que la demandante era beneficiaria en salud del causante, que el 09 de marzo de 2016 se solicitó el reconocimiento del 50% de la sustitución pensional sin obtener respuesta.

Admitida la demanda se dispuso el traslado del caso a Colpensiones, quien allegó respuesta por intermedio de portavoz judicial, en el que acepta la fecha de deceso del señor Osiel y su calidad de pensionado, la fecha de nacimiento del hijo del causante, la fecha de su matrimonio con la señora Consuelo Molina Ríos, la reclamación del 50% por parte de la demandante el 09 de marzo de 2016 y la no respuesta. Frente a los restantes indica que no le constan. Se opone a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Inexistencia de la obligación demandada”, “Cumplimiento de un deber legal”, “Ausencia de causación de intereses moratorios”, “Imposibilidad de condena en costas procesales”, “Prescripción” y “Buena fe”.

Por su parte la codemandada Consuelo Molina Ríos, en su propio nombre y en representación de su hijo menor, dio respuesta a la demanda, indicando que acepta la fecha de deceso del señor Osiel, su calidad de pensionado, la fecha del nacimiento de Brayan Estiben y el matrimonio de Molina Ríos con el señor Motato Jaramillo. Frente a los restantes hechos indica que no le constan o no son ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda y no formuló excepciones de fondo.

***SENTENCIA***

La Jueza a-quo dictó sentencia en la que dispuso que se debe modificar la forma en que Colpensiones hizo la distribución de la prestación pensional, quedando el 30.49% para la demandante y el 19.51% para la señora Consuelo Molina Ríos, estando el 50% a favor del menor Brayan Estiben Motato Molina. Se abstuvo de imponer condena en costas a cargo de la codemandada.

Para arribar a tales conclusiones, estimó que las pruebas obrantes en el infolio, tanto las declaraciones de parte, como los testigos, dan cuenta de que el señor Osiel de Jesús Motato Jaramillo compartió su vida con dos personas. Entre 1992 y el 2000 con la señora Consuelo Molina, con quien inicialmente hizo vida marital de hecho y, posteriormente, se casaron -1997-, separándose en el año 2000 como lo admite la misma demandada al absolver el interrogatorio de parte en la que acepta que en ese año se dio una ruptura. Desde el año 2000 y hasta el momento de la muerte del pensionado, la convivencia se dio con la señora Ana Beatriz Cristancho Henao, tal como se colige de la prueba testimonial.

Por lo tanto, encontró que la distribución no era como la había efectuado Colpensiones, aunque sí coexistía el derecho para ambas. Estableció entonces el porcentaje que, de conformidad con el tiempo vivido por cada una de ellas con el causante, le correspondía, encontrando que a la demandante Ana Beatriz le correspondía un 30,49%, mientras que a la señora Consuelo el 19,51%. Por ello, dispuso que a la demandada le incumbía retornar a Colpensiones el valor pagado en exceso, mientras que la entidad demandada le debe a la actora el retroactivo correspondiente a la diferencia. Niega las costas procesales a cargo de la codemandada Consuelo Molina, atendiendo la prosperidad apenas parcial de las pretensiones de la demanda.

***APELACIÓN***

La parte actora estuvo inconforme con la determinación judicial, por lo que propuso recurso de apelación, indicando que su inconformidad iba en contra de dos aspectos. El primero, es que la demandante es beneficiaria del 50% de la prestación, dado que si bien se mantuvo vigente la unión matrimonial, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debe permanecer el ánimo de permanencia, el cuidado mutuo y la ayuda, lo que no se acreditó en este caso después del año 2000, por lo que la codemandada no tiene derecho a acceder a la prestación pensional. En subsidio de lo anterior, pide que al haber prosperado parcialmente las pretensiones, rebajándose en consecuencia la prestación que recibía la codemandada, debió haberse impuesto condena en costas, también parcial.

La codemandada Consuelo Molina estuvo inconforme con la decisión, al encontrar que si bien se admitió por esa parte la ruptura que hubo en el 2000 también se dijo por ella misma y por los testigos, que posteriormente retornaron a vivir juntos, mientras que la demandante no logró demostrar fehacientemente de que la convivencia empezó en el 2002. Indica que la cónyuge no perdió su derecho pensional, pues fue el causante el que decidió irse. Refiere que se le debe reconocer a la demandada el 50% de la pensión de sobrevivientes.

Al ser adversa la decisión respecto a Colpensiones, se dispuso además el grado jurisdiccional de consulta de la misma, al tenor del canon 69 del CPLSS.

***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:

*¿Acreditó la demandante un mejor derecho que la codemandada o se debe compartir la prestación pensional entre ambas?*

*¿Se deben imponer costas a la parte que resultó parcialmente vencida?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Son hechos fuera de todo debate en el presente asunto el fallecimiento del señor Osiel de Jesús Motato Jaramillo el 29 de junio de 2015, así como la calidad de pensionado que éste ostentaba a su deceso. Igualmente está debidamente acreditado que el señor Motato Jaramillo contrajo matrimonio con la señora Consuelo Molina Ríos el 08 de noviembre de 1997 y que no hubo divorcio, ni separación legal de cuerpos o de bienes y que de dicha unión nació Brayan Estiben Motato Molina el 08 de septiembre de 1999.

Lo anterior, permite aseverar, sin lugar a equívocos, que al morir, el señor Motato Jaramillo dejó para sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes, aspecto que se ratifica con la Resolución GNR 297662 del 26 de septiembre de 2015 –fl. 20-, donde se reconoce la prestación pensional.

La real discusión que se presenta en este proceso es la de determinar quién ostenta la calidad de beneficiaria del 50% de la prestación pensional, atendiendo que se presenta la señora Consuelo Molina Ríos, en calidad de cónyuge y la señora Ana Beatriz Cristancho Henao en condición de compañera permanente. Para solucionar tal conflicto 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 y (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 y cuando se acredite que se mantuvieron los lazos familiares, el ánimo de ayuda mutua y de socorro. Así lo ha asentado recientemente la jurisprudencia patria, siendo pertinente citar un aparte de la providencia SL 16949 del 23 de noviembre de 2016:

*“conforme a la postura de esta Corte frente a la interpretación del precitado artículo 47 con la modificación del 2003, no se requiere que los cinco años de convivencia sean previos al día del fallecimiento del pensionado, sino que se han de tomar los años compartidos en comunidad de pareja en cualquier tiempo, pero no inferiores a cinco; eso sí, siempre y cuando, 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”.*

La anterior regla tiene como excepción, cuando el mismo causante evitó o hizo imposible que tales lazos familiares, ayuda o ánimo de solidaridad pervivieran.

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, incluso así se rompa la convivencia física. Pero tampoco puede llamarse convivencia a aquel aporte meramente económico que uno de los ex cónyuges hace al otro o a sus descendientes en cumplimiento de un deber legal o una obligación impuesta judicialmente, pues ello no se deberá a su mera potestad o ánimo, que es lo que debe imperar en la convivencia o en el ánimo de mantener vivos los lazos familiares, sino que es necesario que se evidencie el ánimo de ayuda y solidaridad que le asiste al cónyuge separado de hecho.

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 una relación 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.

En el caso puntual, se tiene que obran declaraciones de ambas contendientes a la pensión, de las cuales se puede extractar lo siguiente:

La señora Consuelo Molina Ríos admite en su declaración que aproximadamente para el año 2000 tuvo una ruptura o separación con el señor Osiel, la cual indica que duró casi un año y que posteriormente retorno pero se perdía por períodos largos, sin dejar nunca de estar pendiente del hogar.

Por su parte, la señora Ana Beatriz Cristancho Henao confiesa en su declaración que conoció al señor Motato Jaramillo para el año 2002 y que ese mismo año inició la convivencia con él y que lo hizo hasta el momento de su fallecimiento.

También se escucharon varias declaraciones de personas que conocieron de las relaciones del causante con ambas pretensoras. De parte de la actora se escuchó a las señoras Ayde Castro Largo, María del Carmen Saenz Arango y al señor Jhon Jairo Mejía Taba. La primera de ellas, fue comnpañera de trabajo de la demandante y compartió con ella y con el señor Osiel en varias ocasiones, dando fe que entre la pareja existió una relación permanente de pareja, que convivían bajo el mismo techo. Refiere que se enteró que la demandante –al momento de que el causante se enfermó- se salió de trabajar para acompañarlo a Bogotá a la Clinica Shaio, donde pasaba períodos de varios meses, relata además que vivieron en el sector de la vía a Armenia y después lo hicieron en Dosquebradas. Refiere que conoció a la pareja desde el año 2001. La señora Saenz Arango, por su parte, era amiga del señor Osiel por espacio de 12 años, lo conoció viviendo solo, que a los pocos días le presentó a la señora Ana Beatriz como la novia y posteriormente se dio cuenta de que se fueron a vivir juntos. Supo que el actor era conductor de bus y posteriormente de camión, que la pareja Motato Cristancho la visitaba a ella y a su esposo constantemente y que al momento de la enfermedad la señora Beatriz era la encargada de cuidarlo. Finalmente el señor Mejía Taba indica que conoció al actor en el año 2010, en virtud de un negocio de compraventa de un camión, que cuando se encontraba con él para pagarle cuotas del automotor él estaba con Ana Beatriz, que se encontraban en la plaza de Bolívar y que el señor Osiel presentaba a la demandante como su esposa.

Por parte de la señora Consuelo Molina Ríos, se trajeron dos testigos Vicente Emilio Valencia, quien poco aportó pues indicó que apenas compartió con la pareja en dos ocasiones, el día del matrimonio y una reunión en una finca en el año 2005, relata además, que se encontraba con el señor Osiel en carretera, pero siempre solo y no pasaban de saludarse. También se citó a la señora Marìa Rosalia Motato, hermana del causante, quien ratificó que ellos – Consuelo y Osiel- iniciaron a vivir en el año 1992, que posteriormente para el año 1997 se casaron, supo que tuvieron una ruptura en su convivencia aunque no precisa cuánto duró y cuándo ocurrió, indica que su hermano siempre estuvo pendiente de la señora Consuelo y de su hijo Brayan Estiben y supo que también se ausentaba por períodos de la casa. Dice que fueron los hermanos del señor Osiel y unos amigos los encargados de cuidarlo, no la señora Ana Beatriz, a quien afirma conocer desde 2003 y saber de la existencia de la relación entre ambos, pero indica que nunca la aceptó como la pareja de su hermano, por sus convicciones religiosas.

Los medios probatorios sintetizados en las líneas que anteceden, permiten a esta Sala colegir que el señor Osiel tuvo convivencia con ambas contendientes a la pensión. Con la señora Consuelo Molina Ríos, que inició en el año 1992 y culminó en el año 2000, cuando cesó la convivencia como tal, y si bien se trata indicar que se mantuvieron vividos los lazos familiares entre ambos, la única deponente que así lo expone no resulta una testigo creíble para esta Sala, pues se observa parcializada a favorecer a esta pretensora de la prestación, por ser la esposa de su hermano fallecido, aspecto que por sus convicciones religiosas, como ella misma lo indica, le impide aceptar la relación que Osiel de Jesús tuvo con la señora Cristancho Henao. Por lo tanto, este testimonio se observa parcializado y esta Sala, insiste, no le dará credibilidad, por lo que se concluye que la señora Consuelo Molina Ríos no tiene derecho a la prestación pensional, a pesar de no haberse disuelto la sociedad conyugal, pero no logró demostrar que se mantuvieron constantes los lazos de ayuda y de familiaridad, como lo ha indicado la jurisprudencia patria.

Siguiendo con el alcance de las pruebas obrantes en el infolio, debe decirse que posteriormente, en el año 2002, el señor Osiel de Jesús conoció a la señora Ana Beatriz Cristancho Henao y decidió conformar con ella una familia, decisión que culminó únicamente con el deceso de aquel en el año 2015. Tal conclusión se encuentra afincada, tanto en la confesión efectuada por la litigante Consuelo Molina Ríos al absolver los interrogatorios de parte y fue ratificado por las declaraciones de los testigos traídos por la parte actora, que dígase de una vez son claros, contundentes y veraces sobre la forma como se desarrolló la relación del señor Osiel con Ana Beatriz, dando detalles de lugares de habitación y algunas fechas que permiten verificar los hitos en qué se desarrolló la relación sentimental.

Por lo tanto, esta Sala debe colegir que razón le asiste a la apelación de la demandante Cristancho Henao, pues conforme a los medios probatorios correspondientes, la prestación de sobrevivientes solamente se le debe reconocer a ella en un 50%, la cual se acrecentará cuando el menor y actual beneficiario del restante 50% pierda su derecho, conforme a la ley.

Así las cosas, se deberá revocar parcialmente la sentencia apelada y, en su lugar se dispondrá que el 50% de la prestación se debe reconocer exclusivamente a la señora Ana Beatriz Cristancho Henao a partir del 29 de junio de 2015. En cuanto a las mesadas que se han reconocido a la señora Consuelo Molina Ríos, las mismas deberán ser reintegradas a Colpensiones, sin que ello afecte el reconocimiento pensional, con el correspondiente retroactivo, a la señora Cristancho Henao.

Frente a la condena en costas pedida por la parte actora en el escrito de apelación, a cargo de la señora Molina Ríos, encuentra esta Sala que ante las resultas de este recurso de apelación, en la cual salen avantes totalmente las pretensiones de la demandante, claramente debe imponerse condena en costas a su favor.

Frente a las costas en esta instancia, las mismas serán a favor de la demandante y a cargo de la codemandada Consuelo Molina Ríos.

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. ***Revocar parcialmente*** la sentencia del 21 de octubre de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, y en su lugar:
2. ***Declarar***que la señora Ana Beatriz Cristancho Henao es beneficiaria exclusiva del 50% de la prestación de sobrevivientes generada con el deceso del señor Osiel de Jesús Motato Jaramillo, a partir del 29 de junio de 2015.
3. **Condenar** a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** a reconocer y pagar a la señora Ana Beatriz Cristancho Henao el 50% de la pensión de sobrevivientes generada por el deceso del señor Osiel de Jesús Motato Jaramillo, la cual se acrecentará cuando el menor beneficiario del 50% restante, pierda su derecho conforme a la ley. El reconocimiento se deberá hacer con el correspondiente retroactivo al 29 de junio de 2015.
4. **Ordenar** a la señora **Consuelo Molina Ríos** a reintegrar a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** las sumas recibidas por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes efectuado, sin que ello afecte el reconocimiento pensional, con el correspondiente retroactivo, a la señora Cristancho Henao.
5. **Condenar**  en costas de ambas instancias a la señora Consuelo Molina Ríos a favor de la actora.
6. ***Confirmar*** la sentencia en todo lo demás.

***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