Providencia: Sentencia - 2ª instancia - 27 de noviembre de 2017

Proceso: Ordinario laboral – Revoca decisión del a quo y asigna porcentajes diferentes de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge y a la compañera permanente

Radicación No.: 66001-31-05-003-2015-00191-01

Demandante: Ana Rosmira Aguirre Serna

Demandado: Colpensiones y Otra

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y CONVIVENCIA SIMULTÁNEA el legislador había establecido inicialmente, que en caso de convivencia simultánea en los últimos 5 años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y **una compañera o compañero permanente**, el beneficiario de la pensión de sobreviviente sería el esposo (sa), aspecto que fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, bajo el entendido de que, **además de la esposa o esposo, será también la compañera o compañero permanente beneficiaria de dicha pensión, la cual, en caso de simultaneidad en la convivencia, deberá dividirse entre ellos (o ellas) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido (C-1035 2008)**.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISION LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(noviembre 27 de 2017)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las………….. de hoy, veintisiete (27) de noviembre, 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 **ANA ROSMIRA AGUIRRE SERNA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** y **LEIDY AMPARO HERNANDEZ LONDOÑO.** 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 fueron tenidos en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver el recurso de apelación promovido por la codemandada **LEIDY AMPARO HERNANDEZ LONDOÑO**, en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el pasado 13 de Julio de 2016, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

1. **La demanda y su contestación**

Antes de pasar al resumen de los hechos de la demanda, con base en las resoluciones expedidas por la entidad demandada -las cuales obran como prueba documental en el expediente- conviene presentar el siguiente preámbulo, a efectos de facilitar la síntesis de los antecedentes fácticos de la litis:

**1)** el 09 de junio de 2009, tras la muerte violenta del señor JOSÉ IVÁN POSADA VÉLEZ, ocurrida el 15 de noviembre de 2007, ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (Hoy COLPENSIONES) se presentó a reclamar la pensión de sobrevivientes la señora **LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ LONDOÑO**, actuando en nombre propio y en representación del menor **STIVEN CAMILO POSADA HERNANDEZ**.

**2)** En respuesta a la solicitud, mediante Resolución No. 002746 de 2010 (Fl. 114), el fondo de pensiones accedió al pago de la prestación reclamada, dividiéndola en partes iguales para la compañera permanente y el hijo menor del afiliado fallecido.

**3)** Posteriormente, mediante solicitud radicada el 4 de abril de 2014 (Fl. 152), la señora ANA ROSMIRA AGUIRRE SERNA, alegando la calidad de cónyuge supérstite del señor JOSÉ IVÁN POSADA VÉLEZ, reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes para ella y para su hija menor, MARIA JOSÉ POSADA AGUIRRE, quien además se encuentra diagnosticada con síndrome de Down.

**4)** Mediante Resolución No. GNR-14328 del 2015 (Fl. 152), COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora ANA ROSMIRA AGUIRRE SERNA, pero accedió al pago retroactivo del 25% de la prestación a favor de la menor MARIA JOSÉ POSADA AGUIRRE, disminuyendo a la mitad la cuota parte de la que venía disfrutando el otro hijo menor del afiliado.

**5)** De otra parte, en la misma resolución, COLPENSIONES dispuso que **LEIDY AMPARO HÉRNANDEZ LONDOÑO**, en calidad de representante legal de STIVEN POSADA HÉRNANDEZ, como consecuencia de haber percibido mensualmente el 50% de la pensión de sobrevivientes, debía reintegrar a COLPENSIONES el 25% del valor girado por concepto de dicha prestación, el cual correspondía a la menor MARIA JOSÉ POSADA AGUIRRE, lo cual según los cálculos del Fondo de Pensiones, asciende a la suma de $45.760.177.

Los anteriores hechos precedieron la presentación de la **demanda** de la señora **ANA ROSMIRA AGUIRRE SERNA** en contra de **LEIDY AMPARO HERNANDEZ LONDOÑO** y de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, con la cual pretende que se declare que ella -y no la codemandada LEIDY AMPARO- es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes originada con ocasión de la muerte de su esposo, y como consecuencia de ello, se ordene su pago retroactivo desde el 15 de noviembre de 2007, esto es, a partir de la fecha del deceso del citado afiliado.

Para fundar las pretensiones, manifiesta que contrajo matrimonio con el causante el 17 de mayo de 1980 y convivió con el mismo por espacio de veintisiete (27) años ininterrumpidos hasta la fecha de su fallecimiento. Agrega que de dicha unión nacieron varios hijos (4 en total), entre ellos, la menor María José Posada Aguirre, quien padece de Síndrome de Down, y que en vida el causante era quien velaba por el sostenimiento integral de ella y de su hija.

Finaliza indicando que el señor José Iván Posada Vélez era el sustento moral y económico de su hogar y que no es cierto que haya mantenido una convivencia simultánea con la señora **LEIDY AMPARO HERNANDEZ LONDOÑO**, pues nunca abandonó el lugar donde pernoctaba con su esposa e hijos; que ante la sociedad -amigos barriales y conocidos del trabajo- era ella la única persona que demostraba su calidad de cónyuge y que la relación que sostuvo con la codemandada, si es que la tuvo, nunca fue pública, fue una relación clandestina, pues de ser de otra forma, ella y sus hijos habrían tenido conocimiento de la existencia de la misma antes de la muerte de su esposo.

**Colpensiones** aceptó los hechos relacionados con el matrimonio y la existencia de la hija menor del causante, pues fueron aportados los respectivos registros; también los relacionados con la resolución que concedió el derecho a la pensión de sobrevivientes a los menores María José Posada Aguirre, Stiven Camilo Posada Hernández y a la señora Leidy Amparo Hernández Londoño, esta última en calidad de compañera permanente del causante. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban, que no eran ciertos o que eran apreciaciones de la demandante.

Por su parte, el apoderado judicial de la codemandada **Leidy Amparo Hernandez Londoño**, aceptó los hechos relacionados con el matrimonio y la existencia de la hija menor concebida dentro del mismo; también los relacionados con la resolución que concedió el derecho a la pensión de sobrevivientes a los menores María José Posada Aguirre, Stiven Camilo Posada Hernández y a ella, como compañera permanente, y el hecho que indica que no hubo convivencia simultánea, puesto que durante los últimos diez (10) años de vida del señor JOSÉ IVÁN POSADA VÉLEZ el causante convivió única y exclusivamente con ella. Frente a los demás hechos, indicó que no le constaban, que no eran ciertos o que no eran objeto del análisis probatorio. En ese orden, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las de “falta de legitimación en la causa por pasiva, reconocimiento de la pensión a favor de la demandada, acorde a los postulados constitucionales, legales y a las presunciones de legalidad del acto administrativo, y, por último, buena fe de la demandada en sus actuaciones dentro del trámite de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes”

1. **La sentencia de primera instancia**

La jueza de primera instancia declaró, ordenó y precisó, en síntesis:

**1)** que la señora **Ana Rosmira Aguirre Serna** acreditaba las condiciones de convivencia no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo con su esposo fallecido, JOSÉ IVÁN POSADA VÉLEZ, consecuencia de lo cual merecía el calificativo de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, la cual debía reconocérsele en una porción equivalente al 50% del valor de la mesada, a partir del 1º de abril del 2011, operando la prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad a dicha fecha.

**2)** Consecuencia de lo anterior, le **ordenó** a **COLPENSIONES** excluir de la nómina de pensionados a la codemandada **Leidy Amparo Hernández Londoño** para incluir como única beneficiaria de la cuota parte de la que esta venía disfrutando a la demandante **Ana Rosmira Aguirre Serna.**

**3) “precisar”** que la señora LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ tiene que hacer la devolución de ese 50% de la mesada pensional que ha venido devengando, por lo corrido entre el mes de abril de 2011 y la fecha en que se haga efectiva la sentencia, con la advertencia de que dicha suma debe ser indexada.

Para arribar a la anterior decisión, señaló:

**1)** que si **LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ** pretendía salvaguardar su derecho a la pensión de sobrevivientes de las pretensiones de su contraparte procesal, ha debido actuar en el proceso a través de la figura de la demanda ad-excludendum, de acuerdo a lo que desde antaño ha sido establecido por la jurisprudencia local y nacional, según la cual solo de esa manera se puede generar la petición de derechos y prerrogativas dentro de aquellos procesos en los que existe controversia entre interesados en la pensión de sobrevivientes, concluyendo, que “*Leidy Amparo no intervino en el proceso como debía y, por tanto, el despacho está “vedado" para hacer pronunciamiento alguno frente aquello que no fue pedido”.*

**2)** Seguidamente abordó el análisis de la prueba testimonial y del interrogatorio absuelto por la parte demandante, para concluir que la relación entre esta última y el causante había empezado a deteriorarse desde el nacimiento de María José Posada Aguirre, la última hija de la pareja, una niña que nació con condiciones especiales (específicamente con Síndrome de Down) en el año 1998; que a partir de ahí, el esposo de la demandante comenzó a ausentarse con frecuencia de su hogar, a llegar tarde o simplemente a no llegar a dormir, como lo confesó la misma demandante al ser interrogada. De suerte que, “concatenando” este interrogatorio con la prueba testimonial practicada a instancias de la codemandada, se puede inferir que la relación “alterna” entre el causante y la señora LEIDY AMPARO (codemandada), surgió en el año 1998, cuando el causante se separó de su esposa, aunque no se tiene noticia de su prolongación más allá del 2003, año en el que nació STIVEN, el único hijo concebido por la nueva pareja, pues a partir de ahí estos se instalaron en municipio de Cartago y los testigos perdieron contacto con ellos, ya que la mayoría de ellos conservaron sus domicilios habituales en Zaragoza, y en el caso de MARÍA LUZ DARY PACHECO ARRUBLA, se trasladó a vivir en el municipio de Alcalá (Valle).

Ello así, remata aludiendo a la interpretación jurisprudencial del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, según la cual, la cónyuge o el cónyuge que persiga el derecho a la pensión de sobrevivientes, les basta con demostrar que convivieron con el causante un mínimo de cinco (5) años en cualquier tiempo *para automáticamente generar a su favor el reconocimiento de la prestación pensional en la cuantía pertinente”*. Que *ello le permitía concluir que se debía “despojar” a leidy amparo del porcentaje que se le había reconocido inicialmente, y reconocérselo a ANA ROSMIRA, porque no acreditó que para el año 2007 ella hubiera estado conviviendo de manera ininterrumpida no menos de cinco (5) años con el señor José Iván, pues ningún testigo, entre el 25 de junio de 2003 y el 15 de noviembre del año 2007, asevero que esa convivencia hubiera continuado.*

Para finalizar, indicó respecto a la prueba documental con la que se demuestra que LEIDY AMPARO fue la persona que reclamó el cuerpo sin vida del señor Posada Vélez, que *“la reclamación de un cadáver o el pago de las exequias no demuestra convivencia, esos son aspectos ajenos a una relación de amor, a una relación de pareja, a una relación de socorro, eso lo puede hacer cualquier ser humano con cualquier vínculo de amistad o generosidad, por esos eventos que ocurrieron el 15 de noviembre entre dos mujeres, una porque le importo muy poquito la suerte que corría Jorge Iván, porque se sintió dolida en su orgullo, al darse cuenta en medio del dolor que su esposo tenía otra relación y un hijo, demuestra que no era tanto el amor que existía: el amor rompe barreras, el amor supera cualquier dificultad y perdona cualquier defecto. La otra, el hecho de reclamar un cadáver tampoco acredita tener una relación ni que era esa pareja que había estado pendiente de todo y para todo señor José Iván.* (Cita textual)

**III - Recurso De Apelación**

**LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ**, a través de apoderado judicial, interpone recurso de apelación en contra de la decisión antes resumida, señalando, en síntesis, que en el preámbulo y los antecedentes de la decisión atacada, la a-quo se refiere a lo relacionado con la figura jurídico-procesal bajo la cual intervino la demandada y menciona que no serán atendidas las pretensiones y las excepciones debido a que no se formularon bajo la figura del tercero ad-excludendum en el respectivo trámite procesal.

No obstante lo anterior, como se puede constatar en el audio de la sentencia, procede el despacho a resolver de fondos las excepciones que se formularon en la contestación a la demanda, de manera que en ese aspecto, manifiesta el apelante, la codemandada actúa bajo esta figura al lado de Colpensiones, porque de esta manera fue llamada al proceso. Desde la notificación de la demanda se corrió traslado, en donde la señora LEIDY AMPARO fue citada como codemandada.

De manera que, agrega, fue bajo tal figura que se actuó en el proceso, y si lo que el despacho de primera instancia pretende es no tener en cuentas las pretensiones, las peticiones de pruebas y las excepciones formuladas en el presente proceso para que se resolviera de fondo el asunto por la naturaleza de la figura bajo la cual se actuó. Además, no se puede poner por encima de los derechos sustanciales las figuras de las formalidades procesales, porque aquellos prevalecen encima de las normas procesales.

En segundo lugar, en lo que tiene que ver con la prueba de la convivencia de la señora Leidy Amparo con el causante, el despacho de primera instancia manifestó que la propia demandante, Ana Rosmira Aguirre Serna, confesó que se había “roto” la relación desde un momento determinado de su matrimonio con el señor José Iván; además, al proceso se arrimaron múltiples pruebas de la convivencia entre LEIDY AMPARO y el causante, porque además de los testimonios, que dieron cuenta de esa convivencia, se arrimaron una serie de medios probatorios, que de acuerdo al sustento de la sentencia de primera instancia, fueron desestimados, no fueron valorados, y si de lo que se trataba era de desentrañar la verdad real, alguna referencia ha debido hacerse al documento obrante en el folio 109, consistente en la copia de un carnet de afiliación a salud en el antiguo SEGURO SOCIAL, donde LEIDY AMPARO y su hijo menor, STIVEN, figuran como beneficiarios de JOSÉ IVÁN POSADA. A esa prueba no se hizo la más mínima referencia durante todo el sustento de la motivación de la sentencia.

Existen otros medios de prueba que permiten llegar a la conclusión de que LEIDY AMPARO y JOSÉ IVÁN convivieron ininterrumpidamente por más de diez (10) hasta la muerte de este último, porque no solo de un testimonio se puede extraer la prueba plena de un hecho. Verbigracia: **1)** quedó probado que la señora Leidy amparo, por lo menos desde el año 1997, tenía una convivencia con el causante, **2)** se comprobó que procrearon un hijo de esa unión, nacido en el año 2004; **3)** no se entiende como se desconoce la calidad de compañera al momento de la muerte de alguien que acude al auxilio del causante en su lecho de muerte, cuando fue baleado en el año 2007; va al hospital, responde como su acudiente, atiende los asuntos relacionados con su salud, lo acompaña en la agonía, gestiona la atención funeraria, la reclamación del cuerpo etc.; una persona que quedó probado “cumplía las funciones de un cónyuge”; por último, **4)** se están desconociendo principios de valoración probatoria, no se hizo una valoración en conjunto de los medios de prueba que permitiera llegar a conclusiones más lógicas, más ajustadas a la realidad. Los carnets no fueron tachados, la señora Leidy dependía económicamente del señor Jorge Iván. La jueza de primera instancia malinterpreto o no escuchó que la cuñada sí la visito en Cartago.

En ese orden, reclama que se revoque la decisión de primera instancia y en su defecto se le siga pagando la prestación a ella, como hasta ahora se ha hecho.

**IV – CONSIDERACIONES**

**4.1. INTERVENCIÓN PROCESAL DEL LITISCONSORTE NECESARIO**

La intervención ad exludendum es una figura por medio de la cual se admite en un proceso la presencia de un tercero cuya pretensión es la cosa o el derecho controvertido en todo o en parte, es decir, que quien interviene como tercero ad excludendum pretenden que se le reconozca el derecho, sobre lo que se está discutiendo en el proceso.

En el presente asunto la demandada, **LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ LONDOÑO**, acudió de manera forzosa al proceso en procura defender su derecho a la pensión de sobrevivientes de los intereses de la demandante, quien asegura que tiene mejor derecho que ella a disfrutarlo, en su calidad de esposa del afiliado fallecido.

En esa medida, como quiera que **LEIDY AMPARO** no puede pretender un derecho que ya le fue reconocido, era innecesario que ventilara sus propias pretensiones a través de la figura de la demanda ad-excludendum, puesto que no fue convocada como tercera interviniente, sino como demandada, debido a que, hasta la fecha, ella, y no la demandante, viene disfrutando del derecho en disputa.

**4.2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO LEGAL DE “VIDA MARITAL” PREVISTO EN EL ARTÍCULO 47 DE LA LEY 100 DE 1993.**

Es indudable, como regla general, que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la que se encuentre vigente al momento del fallecimiento del pensionado o del afiliado al sistema de Seguridad Social; y además, que el cónyuge o compañero o compañera permanente del causante deben cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivencia, lo cual constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar, potencialmente beneficiarios de la misma prestación.

Para el presente caso, dada la fecha del fallecimiento del pensionado, la normatividad a aplicar no es otra que la Ley 797 de 2003, que establece, a la altura del artículo 13, modificatorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en lo que interesa al proceso, lo siguiente:

***“****beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes: “a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite (…) En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. (Subrayado fuera del texto)* *(…)”.*

Adicionalmente, en la misma norma el legislador había establecido inicialmente, que en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y **una compañera o compañero permanente,** la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente sería el esposo o la esposa, aspecto que fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, bajo el entendido de que, **además de la esposa o esposo, será también la compañera o compañero permanente beneficiaria de dicha pensión, la cual, en caso de simultaneidad en la convivencia, deberá dividirse entre ellos (o ellas) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido (puede consultarse, al efecto, la sentencia C-1035 de 2008).**

Pero además, el último inciso del literal b) de la norma en comento, dispone que *“si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho,****la compañera o compañero permanente****podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. "La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”.*

La norma citada precedentemente es clara en exigirle a la compañera permanente que se crea con derecho a disfrutar de la sustitución pensional, la obligación de acreditar que convivía por lo menos con 5 años de anterioridad a la fecha del deceso con el pensionado; lo que indica que el derecho a la pensión de sobrevivientes desaparece ante la ausencia de vida en común *–durante ese lapso-* entre los compañeros permanentes, toda vez que es presupuesto de elemental exigencia de la norma, la convivencia del causante con quien pretende el derecho. Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia de 8 de febrero de 2002, Rad. 16.600.

De acuerdo a dicha sentencia, la convivencia hace relación a la participación conjunta de quienes hacen vida marital en los aspectos de conformación de una familia con todas las connotaciones que ello implica, el respeto mutuo, la comunicación permanente, el diálogo constante, el mantenimiento de la paz de pareja que trasciende los espacios familiares, la unidad estable, la colaboración, la protección y ayuda en todos los momentos de la vida, la participación en los episodios de felicidad y de tristeza y las condiciones de igualdad de derechos y deberes. En fin, todos aquellos comportamientos que indican con claridad que se trata de personas unidas para afrontar las contingencias de la vida, que se socorren, entendido en el amplio sentido de la palabra, en cuanto a proporcionarse la congrua subsistencia, el apoyo intelectual, moral, afectivo y la fidelidad.

**4.3. CONCLUSIÓN Y CASO CONCRETO**

Sobre el interrogatorio absuelto en primera instancia por la parte demandante, conviene subrayar que la interrogada fue enfática en afirmar que su esposo jamás había abandonado el hogar. Aunque reconoció, eso sí, que con posterioridad al nacimiento de su hija menor, empezó a comportarse de manera más licenciosa y despreocupada, pues salía de rumba los fines de semana, llegaba tarde y se iba temprano de la casa; compró una “moto grande” y cuando salía a vacaciones de la empresa, se iba de paseo solo y alguna vez se ausentó por varios días para ir a visitar a su familia en el municipio de Villamaría, de donde era oriundo.

Escuchada la declaración rendida por la demandante, no se entiende entonces por qué la jueza de primera instancia dio por confesado el hecho de la separación de cuerpos entre la pareja de esposos. Dicho aserto del fallo de primera instancia no tiene asidero probatorio en el interrogatorio de parte y en realidad tampoco hay manera de deducirlo del contenido de las demás evidencias que obran en el proceso.

La Sala encuentra mayores razones de peso para concluir que el causante convivió de manera simultánea con su esposa, **ANA ROSMIRA SERNA** y con **LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ LONDOÑO**, compañera permanente. Se llega a dicha conclusión, luego de examinar los siguientes medios de convicción:

a) En relación con la prueba testimonial, los deponentes se pueden dividir en dos bandos. De un lado se encuentran **Orlando Ramírez Valencia** y **Mariana Naydu Ochoa**, quienes concurren a instancia de la demandante, y del otro, **Virginia Vélez Millan**, **María Luz Dary Pacheco Arrubla** y **Luz Mary Naranjo Echeverry**, quienes lo hacen por citación de la demandada.

b) El primer grupo está compuesto por dos vecinos de la pareja de esposos. Ambos coinciden en afirmar que el causante vivía junto a su esposa y sus hijos en el municipio de Cartago, que lo veían frecuentemente al interior de su casa, compartiendo con su familia, y que mientras estuvo vivo, no llegaron a darse cuenta de la existencia de una pareja distinta a Rosmira, aunque casualmente, con motivo del atentado que le ocasionó la muerte, todos se habían enterado que había tenido un hijo por fuera del matrimonio.

c) En el segundo grupo se ubican **Luz Mary Naranjo Echeverry**y**Virginia Vélez Millan**, la primera se presenta como cuñada de la demandada -esto es, esposa de un hermano de Leidy- y la segunda, como conocida y vecina desde hace más de 20 años. Estas declarantes son contestes al afirmar que el causante vivía con Leidy y no con Rosmira, que la relación entre ellos había iniciado más o menos en el año 1996 o 1997, cuando se instalaron inicialmente en el corregimiento de Zaragoza -contiguo al municipio de Cartago- del que se habían traslado a Cartago, más o menos en el año 2004, con posterioridad al nacimiento de STIVEN.

Contrario a lo afirmado por la jueza de primera instancia, la verdad es que la cuñada de la demandada sí reconoció haber visitado a la pareja en Cartago e incluso afirmó que en dos o tres oportunidades la visitaron a ella en el municipio de la Unión (Valle), donde casi toda su vida ha vivido, pero nunca se quedaron a dormir allí.

Ahora bien, al valorar dichas probanzas, queda puesto de relieve que el causante convivía de manera simultánea y en distintos domicilios con su esposa, ANA ROSMIRA (con quien tuvo 4 hijos) y con LEIDY AMPARO HÉRNANDEZ, madre del menor de sus hijos, de nombre Steven, quien nació en el año 2004.

Ahora bien, también es evidente que la relación afectiva que JOSÉ IVÁN sostenía con LEIDY AMPARO era desconocida por ANA ROSMIRA, quien solo vino a tener noticia de la misma el día del atentado sufrido por aquel, momento en cual también se dio cuenta que su esposo tenía un hijo menor de edad por fuera del matrimonio, según lo expresado por **Orlando Ramírez Valencia** y **Mariana Naydu Ochoa.**

Por último, otra prueba de la estabilidad de la relación que el trabajador fallecido sostuvo con la madre del menor de sus hijos, se desprende de la copia del carnet de afiliación a salud que obra en el folio 109 del expediente, en el que figura LEIDY AMPARO HÉRNANDEZ (demandada) como beneficiaria del cotizante, JOSÉ IVÁN POSADA VÉLEZ, desde el 16 de septiembre de 2003, es decir antes del nacimiento del STIVEN.

Ello así, tal como se tiene previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (con el alcance que la Corte Constitucional le dio a dicha norma a través de la sentencia C-1035 de 2008), tanto la esposa como la compañera permanente del causante tienen derecho a que la pensión de sobrevivientes se divida entre ellas en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En ese orden, habiendo quedado comprado que el afiliado falleció el 15 de noviembre de 2007, que contrajo nupcias con ANA ROSMIRA AGUIRRE SERNA el 17 de mayo de 1980 (Fl. 20) y que inició la relación de convivencia con LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ LONDOÑO en el año 1996, la proporción de la pensión que a cada una de ellas le corresponde, de acuerdo al tiempo de convivencia con el fallecido, es del 30% para la esposa y del 20% para la compañera permanente, Teniendo en cuenta que el 50% restante actualmente se divide en partes iguales entre dos hijos del causante: MARÍA JOSÉ POSADA AGUIRRE, quien padece síndrome Down, y STIVEN CAMILO POSADA HERNÁNDEZ (nacido en el año 2004), quien a la fecha de fallecimiento del afiliado era menor de edad.

Ahora bien, como quiera que hasta la fecha, la señora LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ LONDOÑO ha venido disfrutado de la mitad de la prestación, cuando en realidad le correspondía solo el 20% de la misma, estando prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 4 de abril de 2011, se ordenará que proceda a reembolsarle a la señora ANA ROSMIRA AGUIRRE SERNA, dentro del término de un mes seguido a la fecha en que quede ejecutoriado el presente fallo, la suma de **$66.397.397** de pesos, por concepto del retroactivo pensional causado entre el 4 de abril de 2011 y el 31 de octubre de 2017.

De otra parte, se ORDENARÁ a COLPENSIONES que incluya en nómina de pensionados a la señora ANA ROSMIRA AGUIRRE SERNA (en calidad de cónyuge supérstite) desde el 1º de noviembre del presente año, pagándole, a partir de esa fecha, el 30% del valor actual de la mesada. Asimismo, que disminuya el porcentaje de la cuota parte de LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ LONDOÑO al 20% del valor de la mesada y siga pagando el 50% de la misma a los hijos del causante, según sea el caso, y en el evento de llegar al límite de la pensión, se acrezca la cuota parte en forma proporcional a favor de quienes continúen disfrutando el derecho, con arreglo a lo previsto Decreto 1889 de 1994.

**CUADRO 1. (RETROACTIVO A CARGO DE LEIDY AMPARO)**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **IPC** | **AÑO** | **V. MESADA** | **No. MESADAS** | **PORCENTAJE A FAVOR DE ROSMIRA (30%)** | **RETROACTIVO A CARGO DE LEIDY AMPARO** |
| 3,73 | 2011 | $2.188.200 | 10,13 | $656.460 | $6.649.941 |
| 2,44 | 2012 | $2.269.820 | 14 | $680.946 | $9.533.245 |
| 1,94 | 2013 | $2.325.204 | 14 | $697.561 | $9.765.856 |
| 3,66 | 2014 | $2.370.313 | 14 | $711.094 | $9.955.314 |
| 6,77 | 2015 | $2.457.066 | 14 | $737.120 | $10.319.678 |
| 5,75 | 2016 | $2.623.410 | 14 | $787.023 | $11.018.320 |
|  | 2017 | $2.774.256 | 11 | $832.277 | $9.155.044 |
|  |  |  |  | **RETROACTIVO** | **$66.397.397** |

Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso de apelación. Las costas de primera instancia correrán por cuenta de la codemandada LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ LONDOÑO en un 20% a favor de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del **Tribunal Superior de Pereira**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**.- **REVOCAR** la sentencia objeto del recurso de apelación

**SEGUNDO**. -**DECLARAR** que la señora ANA ROSMIRA AGUIRRE SERNA tiene derecho a disfrutar el 30% del valor de la mesada pensional originada con ocasión del fallecimiento de su esposo, JOSÉ IVÁN POSADA VÉLEZ, ocurrido el 15 de noviembre de 2007, mientras que LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ LONDOÑO, en calidad de compañera, tiene derecho al 20% de la misma, en proporción al tiempo que convivencia que cada una de ellas tuvo con el fallecido.

**TERCERO.** -**DECLARAR** prescrita las cuotas partes (o mesadas) no reclamadas por ANA ROSMIRA AGUIRRE SERNA con anterioridad al 4 de abril de 2011, teniendo en cuenta que aquella elevó solicitud pensional a COLPENSIONES el 4 de abril de 2014.

**CUARTO. -CONDENAR** a la codemandada LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ LONDOÑO al pago de la suma de **$66.397.397** a favor de ANA ROSMIRA AGUIRRE SERNA, por concepto del retroactivo pensional, tal como se explicó en precedencia.

**QUINTO. –ORDENAR** a **COLPENSIONES** incluir en nómina de pensionados a la señora **ANA ROSMIRA AGUIRRE SERNA** a partir del 1º de noviembre de 2017, pagándole, a partir de esa fecha, el 30% del valor actual de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ IVÁN POSADA VÉLEZ. Asimismo, que disminuya el porcentaje de la cuota parte de LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ LONDOÑO al 20% del valor de dicha mesada y que siga pagando el 50% de la misma a los hijos del causante, y en el evento de llegar al límite de la pensión, según sea el caso, se acrezca la cuota parte en forma proporcional a favor de quienes continúen disfrutando el derecho.

**SEXTO. –CONDENAR** en costas procesales de primera instancia a la codemandada LEIDY AMPARO HERNÁNDEZ LONDOÑO en un 20% a favor de la parte actora. Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE**, **CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma por las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los Magistrados,

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