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 respectiva Secretaría.

Asunto. Consulta

Proceso. Ordinario laboral

Radicación Nro.: 66001-31-05-002-2016-00492-01

Demandante: María Orfandi Giraldo López

Demandado: Colpensiones

Juzgado de Origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / LEY 797 DE 2003 / CONVIVENCIA / NATURALEZA DE LA MISMA / CARGA PROBATORIA DE QUIEN DEMANDA.**

Bien es sabido que la norma que rige el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, es aquella que se encuentre vigente al momento en que se presente el deceso del afiliado o pensionado; que para el presente asunto lo fue el 22-03-2016, por lo tanto, debemos remitirnos al contenido del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Frente al tema de la convivencia entre cónyuge o compañero permanente, nuestro órgano de cierre se pronunció mediante sentencia SL1399-2018 del 25-04-2018, con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en donde expuso:

“*Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida*.”



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora: **OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2017 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **María Orfandi Giraldo López** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,** radicado 66001-31-05-002-2016-00492-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandado y su apoderado:

**TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende la señora María Orfandi Giraldo López que se declare que es beneficiaria de la sustitución pensional de su cónyuge Oscar Arias Gómez; en consecuencia, se reconozca y pague la prestación reclamada desde el 22-03-2016, se condene a los intereses moratorios, subsidiariamente, la indexación y las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que (i) conformó una familia de hecho con el señor Arias Gómez desde el año 2006, con quien contrajo matrimonio católico (sic) el 16-09-2011 sin tener hijos; (ii) mediante Resolución No.013298 de 26-06-2008 el ISS le reconoció al señor Gómez la pensión de vejez desde el 01-05-2008, quien posteriormente falleció el 22-03-2016; (iii) arguye que convivieron bajo el mismo techo hasta el deceso, se brindaron ayuda mutua y que el causante fue la persona que siempre sostuvo económicamente el hogar; (iv) el 12-05-2016 solicitó la sustitución pensional a Colpensiones, la que negó mediante resolución GNR 209738 del 18-07-2016 por no demostrar los 5 años de convivencia anterior a la muerte.

**La** **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Propuso excepciones de fondo que rotuló como “inexistencia de la obligación de la demandada y cobro de lo no debido”; “buena fe”; “imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y “prescripción”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira declaró que la actora como cónyuge supérstite del señor Oscar Arias Gómez es beneficiaria de la sustitución pensional y ordenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes desde el 22-03-2016; junto con el retroactivo pensional desde el 13-07-2016, en cuantía de $951.247, en forma vitalicia; asimismo los intereses de mora desde la misma fecha.

Para sustentar su decisión señaló que de acuerdo a la prueba testimonial se puede colegir que los últimos años de vida la actora convivió con el señor Arias Gómez desde incluso antes de haber contraído matrimonio el 16-09-2011, en el barrio La Floresta y luego adquirieron una casa en Villa Juliana, donde fijaron su residencia final, y si bien no inició en el 2006, por cuanto aparece en el expediente declaración extrajuicio del causante del 24-04-2008 donde manifestó que no tenía unión marital de hecho vigente y que convivía bajo el mismo techo con su hijo Rodrigo, lo que corroboró la demandante cuando manifestó que el señor Arias Gómez vivió en la ciudad de Cali con su hijo, sí lo fue en una fecha posterior, donde crearon una comunidad de vida, tan es así, que recibió el incremento por cónyuge a cargo, según sentencia del 19-12-2014 del Juzgado Octavo Municipal de Pequeñas Causas de Cali.

**3. Del grado jurisdiccional de consulta**

Por resultar la anterior decisión adversa a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta a su favor, conforme lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.L.

**CONSIDERACIONES**

**1. De los problemas jurídicos**

Previamente a formularlos, debe acotarse que el derecho a la pensión de sobrevivientes se causó con la muerte del señor Oscar Arias Gómez, al ostentar éste la condición de pensionado; derecho que fue reconocido por el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No.013298 de 2008 a partir del 01-05-2008[[1]](#footnote-1), sobre lo que no existe controversia; por lo que los problemas jurídicos a resolverse son:

(i) ¿Demostró la señora María Orfandi Giraldo López ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama ante el fallecimiento del señor Oscar Arias Gómez, de quien dice fue inicialmente compañero y luego cónyuge?

(ii) ¿Hay lugar a la condena de intereses moratorios?

(iii) ¿Operó la prescripción de las mesadas?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

**2.1. De la sustitución pensional**

**2.1.2. Fundamento jurídico**

Bien es sabido que la norma que rige el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, es aquella que se encuentre vigente al momento en que se presente el deceso del afiliado o pensionado[[2]](#footnote-2); que para el presente asunto lo fue el 22-03-2016[[3]](#footnote-3), por lo tanto, debemos remitirnos al contenido del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Ahora, para resolver los interrogantes planteados, es preciso analizar el aspecto relacionado con la convivencia, pues el sentido de la decisión dependerá de si la misma existió respecto de la reclamante con el causante, no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, tal y como se desprende del contenido del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Frente al tema de la convivencia entre cónyuge o compañero permanente, nuestro órgano de cierre se pronunció mediante sentencia SL1399-2018 del 25-04-2018[[4]](#footnote-4), con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en donde expuso:

“*Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.”*

**2.1.2. Fundamento fáctico.**

Al revisar la prueba documental – registro civil de matrimonio- fl.12 y los testimonios escuchados dentro de este asunto, de Inés Cecilia Abello de Rosero y Johana Alexandra Arredondo Jaramillo, como los rendidos en el año 2014 por Sonia Londoño López y Orlando González Morales, en el proceso iniciado a instancia del causante Oscar Arias Gómez en procura de obtener el incremento por persona a cargo, que obran como prueba trasladada que se puede valorar al tenor de los artículos 174 y 222 CGP; no queda duda que entre la pareja conformada por la señora María Orfandi Giraldo y el señor Oscar Arias Gómez existió una convivencia desde que contrajeron matrimonio el 16-09-2011 hasta la fecha de la muerte del último el 22-03-2016.

Declaraciones que sobre este espacio de tiempo merecen credibilidad al percibir por sus sentidos tal relación de pareja con ánimo de tener un proyecto de vida juntos, al verlos en el establecimiento de comercio de la actora y por el trato cariñoso que se prodigaban, al ser vecinas y clientas del negocio que tenía la actora primero en el barrio la Floresta y luego en Villa Juliana, en el municipio de Cartago Valle; donde también reside el último deponente. Periodo que alcanza solo 4 años, 6 meses y 6 días, insuficiente para dar por cumplido el requisito exigido, de 5 años, en el canon 13 de la ley 797 de 2003, que modificó la ley 100 de 1993

Lapso que quiso completar la demandante con la convivencia anterior al matrimonio, que dijo tuvo con el causante en calidad de compañera permanente; y si bien todos los testigos manifestaron que ello les constaba, no se logra tal cometido; por lo que pasa a explicarse.

La señora Inés Cecilia Abello de Rosero afirmó que los conoció en el 2011, mismo año en que contrajeron nupcias, sin precisar cuánto tiempo antes de tal suceso, por lo que no aporta nada su dicho.

Por su parte la señora Alexandra a pesar de manifestar que conoció a la pareja en el año 2006 y que los veía juntos en la cacharrería de propiedad de la actora, vino a referirse que convivían juntos solo al final de su declaración en los siguientes términos: “*Yo le pongo que duraron un añito más de novios y de ahí se fueron a vivir junticos, porque a pesar de eso, el mantenía muy de seguido la vista ahí, ella prácticamente no mantenía sola.”*; expresión que da cuenta de una conjetura, pero no de la certeza del inicio de la convivencia.

Ahora, de tener por cierta la convivencia con anterioridad al matrimonio, atendiendo las fechas dadas por esta testigo, se tendría por iniciada en el año 2007, que no puede serlo, en tanto entra en contraposición con lo declarado por el señor Oscar Arias Gómez en declaración extrajucio del 24-04-2008[[5]](#footnote-5) donde plasmó que no tenía unión marital de hecho vigente y que convivía con su hijo Rodrigo; documento que requería para trámite pensional, pues allí se dijo además que su deseo era seguir vinculado a la EPS Salucop cuando fuera pensionado; residiendo para tal momento en la calle 57 Nº12-33 B/La Base, Cali, al efectuarse tal diligencia en una notaría de ese Círculo; lo que reitera el causante en el formulario de afiliación a pensión entregado el 19-08-2008, por cuanto se dejó en blanco el espacio destinado para los beneficiarios (fl. 47 c.1).

Esta misma argumentación, centrada en el contenido de la prueba documental, impide que los testimonios trasladados y rendidos en el año 2014 – fls. 27 a 29 cdno 2- conduzcan a alcanzar la certeza del inicio de la convivencia antes de contraer nupcias; en tanto Sonia Londoño López refiere que los conoció como pareja hace 6 años, que se remonta al año 2008, sin precisar si existió convivencia para tal momento, ya que la palabra pareja no implica necesariamente esta, solo relación sentimental, máxime el antecedente del noviazgo que existió entre ellos.

Por su parte Orlando González Morales dijo conoció a Oscar hace 10, lo que nos sitúa en el año 2004, pero añadió, que cuando los conoció (refiriéndose a los dos) ya vivían juntos, precisando lo han hecho por 7 años, que nos traslada al 2007, lo que a su vez implica una contradicción en cuanto al tiempo que hace que los conoce, ofreciendo además reparos la ciencia y razón de su dicho que recae en la calidad de pensionado que ostenta el testigo y que se veía en el parque de Cartago, que puede situarlo como un testigo de oídas.

Hasta aquí queda claro que antes de agosto de 2008 no pudo darse una convivencia entre el señor Oscar y la señora María Orfandi entendida como aquella comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión y apoyo; sin que se logre precisar otra fecha con posterioridad, diferente a la que se contrajo matrimonio, al manifestar de manera espontánea la señora María Orfandi Giraldo López en el proceso por incremento a cargo antes mencionado, que al señor Oscar Arias Gómez lo conoció desde que empezaron a ser novios, relación que duró 3 años, y que llevaban 3 años y medio de casados. Noviazgo que no tiene otro propósito que mantener relaciones amorosas, según lo ha definido la Real Academia de la Lengua Española, sin que se haga vida marital, como se conoce en nuestra cultura.

Finalmente, debe agregarse que todo lo dicho deja en duda lo afirmado por el señor Oscar en declaración extrajuicio efectuada el 31-08-2014, con el propósito de reclamar el incremento por persona a cargo, en el sentido de que tenía a cargo a su esposa por más de 6 años, que abarcaría hasta el año 2008; así mismo, refuta lo afirmado por la actora en la demanda en cuanto al inicio de la convivencia con el señor Oscar fue en el 2006.

Así las cosas, lo que deja entrever la prueba arrimada a este proceso con certeza es que la señora Giraldo López y el señor Arias Gómez convivieron por un espacio de 4 años y 6 meses, luego de contraer matrimonio el 16-09-2011 y hasta su fallecimiento el 22-03-2016 y en el tiempo previo solo fueron novios, sin completar el requisito de la convivencia de 5 años anteriores a su deceso, lo que impide que la primera adquiera la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivencia causada con el deceso del señor Oscar Arias Gómez.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se revocará la decisión revisada para en su lugar absolver de todas las pretensiones invocadas por la parte actora en contra de Colpensiones.

Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta. Las de primera correrán a cargo de la parte actora en 100% al fracasar en su totalidad las pretensiones de la demanda.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el proferida el 30 de noviembre de 2017 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **María Orfandi Giraldo López** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y, en su lugar, ABSOLVERLA de todas las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, las de primera correrán a cargo de la parte actora en 100%, por lo mencionado.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

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

 Magistrado Magistrado

 (Salva voto)

1. Folio 3 del expediente administrativo No.2 que reposa en el CD visible a folio 36. [↑](#footnote-ref-1)
2. SL15199 del 2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 4 del expediente administrativo No.1 que reposa en el CD visible a folio 36. [↑](#footnote-ref-3)
4. Decisión reiterada en sentencia SL2653-2018 de 04-07-2018, Mp. Ernesto Forero Vargas. [↑](#footnote-ref-4)
5. Fl.36 y 46. [↑](#footnote-ref-5)