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.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 5 de junio de 2019

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00371-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Blanca Nubia Hernández Duque

Demandado: Colpensiones y otra

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CARGA PROBATORIA / INCUMBE A LA PARTE DEMANDANTE DEMOSTRAR LA CONVIVENCIA ALEGADA / CASO DE CÓNYUGES DIVORCIADOS QUE PRESUNTAMENTE CONTINUARON CONVIVIENDO EN UNIÓN LIBRE.**

La demandante alega que pese al divorcio continuó haciendo vida marital con el causante en calidad de compañera permanente, y que por ende, le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, le corresponde a la Sala verificar si la demandante acreditó ser beneficiaria de la prestación reclamada.

Al respecto, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el canon 47 de la Ley 100/93, aplicable al caso por ser la vigente al momento del deceso del causante, regula en sus literales a y b 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. Ello, obviamente, sin perjuicio de la convivencia superada por razones justificadas, como por salud, trabajo, etc., conforme lo tiene adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral. (…)

… en tal libertad de valoración de la prueba, es necesario que el Juez tenga en cuenta los aspectos formales para ciertas pruebas que contempla el mismo legislador. Así, por ejemplo, al momento de ponderarse un testimonio recibido anticipadamente, es necesario que el fallador tome en consideración lo establecido en los artículos 187 y 188 del CGP, que establecen las formalidades que deben cumplirse para el mismo y, además, la validez que tienen tales declaraciones. En efecto, si no hay citación de la contraparte, al tenor del último de los cánones mencionados en concordancia con el 222 de la misma obra, es necesario, si así lo pide el litigante contra quien se aduce, que se ratifique tal declaración. (…)

… tampoco quedó probado que con posterioridad, pese a la separación o rompimiento de la pareja, esta decidió reanudar la convivencia, restableciendo el socorro, solidaridad y ayuda mutua.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, hoy cinco (5) de junio de dos mil diecinueve (2019), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 13 de junio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve **Blanca Nubia Hernández Duque** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, trámite al cual se vinculó en calidad de litisconsorte necesaria a **Melissa Botero Hernández**.

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***ANTECEDENTES***

Pretende la demandante se declare que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes generada con ocasión al deceso de su compañero permanente Álvaro de Jesús Botero Giraldo, y en consecuencia, se condene a la entidad demandada a reconocer dicha prestación a partir del 4 de agosto de 2009, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, junto con la indexación y las costas procesales a su favor.

Como fundamento de esas pretensiones, expone que el 22 de mayo de 2017 presentó solicitud de pensión de sobrevivientes ante Colpensiones, por cuanto fue compañera permanente del causante durante más de 18 años, convivió con aquel, lo cuidó, ayudó en su enfermedad y, asumió los gastos funerarios; que la entidad demandada negó dicha solicitud a través de la Resolución SUB 110621 del 2017, desconociendo el carácter imprescriptible e irrenunciable del derecho a la pensión.

Admitida la demanda, Colpensiones allegó contestación a través de su portavoz judicial, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, arguyendo que la pensión que se reclama fue reconocida por vía administrativa en favor de la hija menor del causante, Mellisa Botero Hernández, quien estuvo representada por su señora madre, la aquí demandante, por lo que al pretender esta que se le otorgo el derecho pensional ya reconocido, le compete a la jurisdicción ordinaria laboral definir la controversia. Como excepciones de fondo propuso: “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”, ver folios 32 a 38.

Mediante proveído del 15 de diciembre de 2017, la jueza del conocimiento dispuso integrar a la Litis a Mellisa Botero Hernández, para evitar futuras nulidades; no obstante, pese haber sido notificada personalmente de la demanda, esta guardó silencio, teniéndose esa conducta como indicio grave en contra, según lo dispuesto en el prgf.2º del art.31 CPTSS.

***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La jueza del conocimiento profirió sentencia el 13 de junio de 2018, en la que luego de analizar las pruebas documentales que fueron decretadas de oficio, encontró que la demandante y el causante tuvieron la calidad de cónyuges desde el año 1987, empero que, sólo se mantuvo vigente hasta el año 2001 cuando por mutuo acuerdo los contrayentes decidieron romper el vínculo matrimonial, tal como consta en la sentencia judicial proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Pereira que declaró la cesación de los efectos civiles, por lo que a la actora le correspondía demostrar que en calidad de compañera permanente hizo vida marital con el causante durante los cinco años que precedieron su muerte, conforme lo exige el artículo 13 de la Ley100/93.

Sin embargo, consideró que la actora no satisfizo ese presupuesto, puesto que la única prueba que allegó al proceso, consistente en una declaración extra-juicio ante notario, carece de certeza y credibilidad porque contiene imprecisiones que impiden dar por acreditado que la relación de pareja entre los ex cónyuges se restableció luego del divorcio.

***RECURSO DE APELACIÓN***

Inconforme con lo decidido, la vocera judicial de la parte actora se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se acceda a las pretensiones de la demanda.

En la sustentación indicó que la declaración extra juicio demuestra que la demandante tenía la calidad de compañera permanente del causante y que convivieron durante los últimos cinco años de existencia de aquel. Adujo además que si bien es cierto la actora presentó la reclamación administrativa a nombre de su hija para efectos de que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes, también lo es que la entidad no hizo la visita domiciliaria correspondiente, por lo que no puede perder el derecho a obtener la prestación.

***ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales asistentes a la audiencia, empezando por la parte recurrente (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 los siguientes problemas jurídicos:

*¿Acreditó la demandante la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del pensionado Álvaro de Jesús Botero Giraldo?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

No es objeto de discusión que el señor Álvaro de Jesús Botero Giraldo falleció el 4 de agosto de 2009 -fl.15- y que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de sus posibles beneficiarios, por cuanto el extinto ISS hoy Colpensiones reconoció a través de la Resolución No. 004496 de 2011, la prestación a su entonces hija menor, Melisa Botero Hernández, - ver fls.8 y CD a fl.39.

Así mismo, que la demandante y el causante contrajeron matrimonio por rito católico el 5 de diciembre de 1987, pero que de común acuerdo adelantaron ante la justicia ordinaria un proceso de divorcio, que fue resuelto mediante sentencia proferida el 19 de abril de 2001 por el Juez Segundo de Familia Pereira, en el que se decretó además de la cesación de los efectos civiles de dicho vinculo jurídico, que cada consorte asumiría sus gastos propios y tendrían residencias separadas, ver fl.59.

La demandante alega que pese al divorcio continuó haciendo vida marital con el causante en calidad de compañera permanente, y que por ende, le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, le corresponde a la Sala verificar si la demandante acreditó ser beneficiaria de la prestación reclamada.

Al respecto, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el canon 47 de la Ley 100/93, aplicable al caso por ser la vigente al momento del deceso del causante, regula en sus literales a y b 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. Ello, obviamente, sin perjuicio de la convivencia superada por razones justificadas, como por salud, trabajo, etc., conforme lo tiene adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral.

En el ejercicio probatorio que deben cumplir las partes, ha de decirse que estas cuentan con la libertad de acreditar sus dichos por cualquier medio de prueba, conforme a los postulados del canon 165 del CGP y el Juez está en libertad de formar su convencimiento también de manera libre, esto es, sin ataduras de tarifa legal o similares, simplemente valiéndose de los principios de la sana crítica y atendiendo las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal de las partes, tal como lo establece el artículo 61 del CPLSS. Y dígase que mientras se observe razonable y coherente la valoración probatoria, la misma debe mantenerse incólume al desatarse una alzada, puesto que sólo es posible que se derruya el alcance probatorio que resulte ajeno a la realidad o abiertamente contradictorio con lo que la prueba demuestre, al aplicar una sana crítica sobre la misma.

No obstante, en tal libertad de valoración de la prueba, es necesario que el Juez tenga en cuenta los aspectos formales para ciertas pruebas que contempla el mismo legislador. Así, por ejemplo, al momento de ponderarse un testimonio recibido anticipadamente, es necesario que el fallador tome en consideración lo establecido en los artículos 187 y 188 del CGP, que establecen las formalidades que deben cumplirse para el mismo y, además, la validez que tienen tales declaraciones. En efecto, si no hay citación de la contraparte, al tenor del último de los cánones mencionados en concordancia con el 222 de la misma obra, es necesario, si así lo pide el litigante contra quien se aduce, que se ratifique tal declaración.

En el sub-judice, la parte actora a fin de acreditar el derecho que le asiste a la pensión trajo como única prueba, la declaración extraprocesal rendida por Mauricio Jiménez Gómez y Luz Piedad Torres, quienes manifestaron conocer de trato, vista y comunicación a la demandante hace 18 y 4 años respectivamente, constarles que estuvo casada por espacio de 14 años con el señor Álvaro de Jesús Botero Giraldo, que se separaron y luego convivieron en unión libre bajo el mismo techo durante de cinco años hasta el deceso, que procrearon dos hijas, y que el fallecido dependía económicamente de la actora.

De tal probanza, se advierte una incongruencia en la declaración de Luz Piedad Torres, que impide otorgar credibilidad y certeza a sus dichos, en cuanto afirma que la pareja convivió durante los últimos cinco años de existencia del causante, y que tiene conocimiento de que estuvieron unidos en matrimonio durante 14 años. ¿Cómo puede ser ello posible si apenas la conoció 4 años antes de rendir la declaración el día 8 de agosto de 2009?

Nótese además que tales declaraciones no dan detalles o pormenores de la presunta relación de pareja que existió entre los ex cónyuges, puesto que nada dicen sobre el lugar donde se dio la misma, sus extremos en el marco de una unión marital de hecho, la existencia de una comunidad de vida permanente de carácter singular, imperada por el afecto, el auxilio mutuo, el acompañamiento espiritual, entre otros aspectos esenciales de la convivencia. De suerte que, dado el carácter genérico de las declaraciones no es posible llegar a la certeza de la misma.

Aunado a ello, se tiene que revisado el expediente administrativo del causante, el cual fue adosado por la entidad demandada al momento de dar contestación a la demanda, milita la declaración extra-proceso rendida por Olga María Duque Valencia y Luisa Fernanda Castro Agudelo, en la que manifestaron que el causante era de estado civil separado y sin unión marital de hecho al momento de su deceso, siendo la menor Melisa Botero Hernández la única persona con derecho a reclamar la pensión de sobrevienes, puesto que dependía económicamente en todos los sentidos de su padre y que este no dejó compañera permanente, esposa, ni otros hijos menores o con discapacidad.

Finalmente, es del caso precisar que la sentencia que declaró la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, no es indicativa de que el vínculo se mantuvo vivo y actuante mediante el auxilio mutuo, el acompañamiento espiritual económico y permanente, tal como lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL12442-2015 y más recientemente SL 1399 de 2018; amén de que tampoco quedó probado que con posterioridad, pese a la separación o rompimiento de la pareja, esta decidió reanudar la convivencia, restableciendo el socorro, solidaridad y ayuda mutua.

Lo anterior, sin duda conduce a prohijar la conclusión de la a-quo, de que la señora Hernández Duque no cumple las condiciones necesarias para ser tenida como beneficiaria de la prestación pensional, por cuanto la prueba traída al proceso es insuficiente para llevar al convencimiento al fallador, de tener por demostrada la convivencia.

Por lo tanto, la actora incumplió el deber probatorio que le incumbía, razón por la cual se deberá confirmar la sentencia de primera instancia.

Costas a cargo de la recurrente y en favor de la entidad demandada.

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

**FALLA**

 **1. Confirmar** la sentencia proferida el 13 de junio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**2. Costas**  en esta instancia a la recurrente y en favor de Colpensiones.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada