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, 21 de mayo de 2020

Radicación No: 66001-31-05-002-2018-00506-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: María Aura Henao Valencia

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: PENSION DE SOBREVIVIENTES / LEY 797 DE 2003 / CONYUGE SUPERSTITE / REQUISITOS / CONVIVENCIA / CINCO AÑOS EN CUALQUIER ÉPOCA.**

… en relación con la pensión de sobrevivientes, la norma que regula el derecho a la prestación, no es otra que la vigente al momento en que ocurre el deceso…

Como quiera que el óbito del asegurado en este asunto se produjo el 29 de octubre de 2017, se colige de manera indefectible que la norma que regula el caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.

Dicha disposición normativa establece en sus literales a) y b) que la vocación de beneficiario que tiene el cónyuge o el compañero permanente, está supeditada a que se evidencie que hubo una convivencia –mínimo– durante los cinco años que antecedieron al deceso del afiliado o del pensionado.

Adicionalmente, el legislador contempló varios supuestos fácticos que pueden presentarse en torno a la realidad social, para regular casos de convivencia simultánea o de existencia de varios beneficiarios de la prestación pensional…

… acorde con la reciente postura de la Sala de Casación Laboral, que este juez plural comparte, se tiene que, a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes, al cónyuge con unión matrimonial vigente y separación de hecho, le basta con acreditar 5 años de convivencia con el afiliado o pensionado en cualquier época…

… se concluye que al haberse acreditado (i) la vigencia del vínculo matrimonial entre la demandante y el causante hasta el momento del deceso de este y (ii) una convivencia superior a 40 años desde la celebración de las nupcias, la demandante, en calidad de cónyuge supérstite, tiene derecho, indiscutiblemente, a acceder a la sustitución pensional que reclama, pues se itera, la falta de cohabitación física entre la pareja no enervó el derecho pensional.

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTORA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

A pesar de compartir la decisión de confirmar la decisión de primer grado, se hace necesario aclarar mi voto, dado que la ponente llegó a la determinación de confirmar el derecho de la cónyuge a la pensión de sobrevivencia bajo el requisito expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia consistente en que únicamente se requiere 5 años de convivencia en cualquier tiempo.

Es en este último aspecto que aclaro mi voto, para lo cual resalto la sentencia de constitucionalidad C-515/2019…

Decisión de constitucionalidad que implica para los eventos de un cónyuge separado de hecho acreditar: i) convivencia con el causante “más” (sic) de 5 años en cualquier tiempo, ii) la separación de hecho y iii) que se encuentre vigente la sociedad conyugal, sin exigirse lazo de familiaridad hasta la muerte.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Siendo las……………… de la mañana del día 21 de mayo de dos mil veinte (2020),  la Sala  cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, conformada por los magistrados que a continuación se presentan ……… y quien les habla Alejandra Maria Henao Palacio, quien preside la Sala, se constituye en audiencia pública y virtual, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 del CPTSS y 103 del C.G.P., en el marco de PLAN DE JUSTICIA DIGITAL Y LITIGIO EN LÍNEA, debido al aislamiento social obligatorio, ordenado por el Gobierno Nacional para combatir la propagación del Covid-19.

Ésta audiencia tiene por objeto resolver el **grado jurisdiccional de consulta** frente a la sentencia proferida el 31 de octubre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **María Aura Henao Valencia** contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, tramitado bajo el radicado único nacional No. 66001-31-05-002-2018-00506-01.

… … … …

**IDENTIFICACIÓN DE LOS ASISTENTES:**

Para el efecto se realiza el registro de asistencia con todos los presentes solicitándoles que durante la audiencia sólo activen el micrófono en el momento que van a intervenir, en aras a preservar la calidad del sonido.

Demandante y su apoderado (especificar dirección de correo electrónico):

Demandado y su apoderado (especificar dirección de correo electrónico):

Ministerio público (especificar dirección de correo electrónico):

Se deja constancia por la Sala que la correspondiente identificación de los apoderados de las partes fue allegada por correo electrónico institucional y que en efecto corresponden a las personas que acaban de presentarse.

**I. ANTECEDENTES**

La demandante aspira a que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión al fallecimiento de su cónyuge, señor German Giraldo Escobar, y en consecuencia, se condene a la entidad de seguridad demandada a reconocer y pagar dicha prestación pensional desde su causación, junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación, más las costas del proceso a su favor.

Como hechos que soportan sus pretensiones, expuso, en síntesis, que contrajo matrimonio católico con el señor German Giraldo Escobar el día 27 de diciembre de 1976, en cuyo seno procrearon tres hijos, actualmente mayores de edad; que su cónyuge estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, entidad que a través de la Resolución 176745 del 19 de mayo de 2014 le reconoció la pensión de vejez; que el pensionado falleció el 27 de octubre de 2017, calenda para la cual tenían más de 40 años de convivencia ininterrumpida como pareja; que presentó ante Colpensiones la reclamación administrativa tendiente al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, empero que, la petición le fue negada mediante Resolución SUB 92781 del 9 de abril de 2018; que contra la misma interpuso los recursos de ley, los cuales resolvieron confirmar la decisión inicial. Por último, indicó que, aunque el causante durante los dos últimos años de vida tuvo una vivienda adicional a la que compartía con ella, esto no deslegitimó el vínculo matrimonial dentro del contexto de cohabitación, singularidad y permanencia.

**Respuesta a la demanda**

Admitida la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones** **Colpensiones** dio respuesta a través de apoderada judicial, en la que se opuso las pretensiones al considerar que la demandante no reúne los requisitos necesarios para ser beneficiaria de la prestación pensional que reclama, por cuanto no convivió con el pensionado durante el lapso mínimo que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En su defensa, propuso como excepciones de fondo las que denominó “Inexistencia de la obligación”, “Prescripción”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe” e “Imposibilidad de condena en costas”, ver folios 60 a 68.

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 31 de octubre de 2019, en la que declaró que la señora María Aura Henao Valencia, en calidad de cónyuge supérstite del señor German Giraldo Escobar, es beneficiaria de la sustitución pensional que reclama.

En consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la sustitución pensional en cuantía igual al 100 % del valor que recibía el pensionado y por 13 mesadas anuales, dado que la prestación se causó con posterioridad al 25 de julio de 2010. Así, al declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, al encontrar que, tanto la reclamación administrativa como la presente acción judicial fueron instauradas dentro del término trienal establecido en los artículos 488 CST y 151 CPTSS, condenó al pago de $37´227.930 por concepto de retroactivo causado entre el 29 de octubre de 2017 y el 30 de septiembre de 2019.

Accedió al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 22 de abril de 2018. Finalmente, condenó en costas a la parte vencida en juicio en un 100% de las causadas.

Como fundamento de su decisión, estimó que, si bien el material probatorio recopilado permite inferir que el pensionado residió en lugar diferente al de su cónyuge durante los dos últimos años de vida, sin que fuese posible establecer a ciencia cierta si durante dicho lapso se suspendió o no la vida en común entre la pareja, puesto que la prueba testimonial no fue clara en ese aspecto, lo cierto es que para definir el asunto, concluye la A-quo , que en todo caso, la demandante demostró que el vínculo matrimonial perduró vigente hasta el deceso y que hizo vida marital con el causante durante un lapso superior a cinco años en cualquier tiempo, circunstancias que en los términos de la norma y del precedente jurisprudencial del Superior, eran suficientes para otorgarle el derecho.

**III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Respecto del citado proveído se dispuso ante esta Sala el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada y surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia, se procederá a desatarlo.

**ALEGATOS DE INSTANCIA**

………………………

Reanudada la audiencia y analizadas las alegaciones de los apoderados judiciales, que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala en proyecto registrado por la ponente, se procede - previa autorización a los demás integrantes de la Sala de decisión y apoderados a apagar sus cámaras si así lo desean - a proferir decisión de fondo teniendo en cuenta las siguientes,

**IV. CONSIDERACIONES**

**Del problema jurídico.**

Atendiendo lo dispuesto por el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala, al resultar adversa la sentencia a los intereses de COLPENSIONES, entidad respecto del a cual la Nación es garante; por lo que en esta instancia el **problema jurídico a resolver**, **se circunscribe a determinar**:

¿Acreditó la demandante María Aura Henao Valencia, en calidad de cónyuge supérstite, los requisitos necesarios para ser tenida como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante German Giraldo Escobar?

En caso positivo, ¿Hay lugar a condenar a Colpensiones al pago del retroactivo pensional e intereses moratorios?

**V. CONSIDERACIONES**

**Requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes en vigencia de la Ley 797 de 2003**

En materia laboral, el régimen de los efectos de la ley se estatuyó en el artículo 16 del Código Sustantivo, prescribiendo que las normas del trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, y por tanto, incluso se aplican a las relaciones vigentes o en curso al momento en que empiezan a regir, pero no tienen efecto retroactivo sobre situaciones definidas o consumadas bajo leyes anteriores.

Acorde con este precepto, en relación con la pensión de sobrevivientes, la norma que regula el derecho a la prestación, no es otra que la vigente al momento en que ocurre el deceso. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde antes de la sentencia del 25 de abril de 2007, radicado Nº 29121, ha venido afirmando que “[f]rente la pensión de sobrevivientes, (…) es la fecha del fallecimiento la que determina la normatividad que gobierna el caso”.

Como quiera que el óbito del asegurado en este asunto se produjo el **29 de octubre de 2017**, se colige de manera indefectible que la norma que regula el caso es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.

Dicha disposición normativa establece en sus literales a) y b) que la vocación de beneficiario que tiene el cónyuge o el compañero permanente, está supeditada a que se evidencie que hubo una convivencia –mínimo– durante los cinco años que antecedieron al deceso del afiliado o del pensionado.

Adicionalmente, el legislador contempló varios supuestos fácticos que pueden presentarse en torno a la realidad social, para regular casos de convivencia simultánea o de existencia de varios beneficiarios de la prestación pensional, a saber: (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 durante los últimos cinco años anteriores al deceso, según la norma, la pensión se otorgaría al cónyuge, sin embargo, tal consecuencia jurídica fue revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008, declarándose condicionalmente exequible en el entendido que no puede excluirse al compañero permanente que acredite haber tenido convivencia con el causante en el mismo tiempo, razón por la cual la prestación debe dividirse divide en proporción al tiempo convivido con este y (iii) cuando no existiendo convivencia simultánea, existe una separación de hecho del cónyuge con vínculo matrimonial vigente, y además, el causante establece una nueva relación de convivencia y concurre un compañero (a) permanente, caso en el cual la convivencia de cinco años que exige la norma para el cónyuge potencialmente beneficiario de una cuota parte, puede ser cumplida en cualquier tiempo, pues debe entenderse que durante ese lapso entregó parte de su existencia a un proyecto de vida en común y contribuyó a la construcción del derecho pensional, ver sentencias SL de la CSJ del 29 de noviembre de 2011, rad. 40055 y SL, del 24 enero de 2012, rad. 41637.

De ahí, que a partir de ese momento, de manera reiterada e invariable[[1]](#footnote-1) se haya admitido que la convivencia entre cónyuges con vínculo matrimonial vigente puede ser acreditada en cualquier tiempo.

Con posterioridad, la Sala de Casación Laboral mediante sentencia CSJ SL12442 de 2015, argumentó que dicha hermenéutica no respondía al imperativo de hacer efectivo el bien jurídico protegido; de modo que, para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes consideró necesario que se acreditara ser miembro del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido; y en ese orden, estimó que el amparo a los cónyuges separados de hecho, únicamente podía ser concebible, cuando quien reivindica el derecho merece la protección por haber mantenido vivo y actuante el vínculo de familia, mediante la comunicación, el auxilio mutuo u otras expresiones de su vigencia, más allá del rompimiento de la convivencia.

Sin embargo, tal condición fue revaluada nuevamente de manera reciente por la colegiatura de cierre de esta especialidad.

En efecto, en sentencia CSJ SL5169 de 2019, reiterada entre otras, en sentencias SL100 y SL229, ambas de 2020, la Corte expresamente indicó que la vigencia de los lazos familiares no son un requisito para que el cónyuge separado de hecho acceda a la pensión de sobrevivientes: **primero;** porque no está consagrado como tal en la disposición que regula este supuesto; **segundo;**  porque “de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social”; **tercero;** porque resulta contrario a los principios de igualdad y equidad de género; y **cuarto**; porque de esta manera no se invisibilizan las circunstancias que rodean la cesación de la vida en comunidad entre esposos, las cuales, precisamente, son las que habilitan el rol del juez como intérprete de la norma frente a escenarios no previstos por el legislador.

En conclusión, acorde con la reciente postura de la Sala de Casación Laboral, que este juez plural comparte, se tiene que, a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes, al cónyuge con unión matrimonial vigente y separación de hecho, le basta con acreditar 5 años de convivencia con el afiliado o pensionado en cualquier época; convivencia que ha sido entendida por la Corte, como aquella que se predica del auxilio mutuo, el afecto entrañable, el acompañamiento espiritual permanente entre la pareja, el apoyo económico y la vida en común, aún en aquellos eventos en que por situaciones especiales de salud, de trabajo o cualquier otra no pueden compartir el mismo espacio físico, puesto que esas solas circunstancias no sirven para desdibujar la comunidad de vida o la vocación de convivencia como pareja (ver sentencia SL 793 del 13 de noviembre de 2013, radicación 47031, entre otras)

Es así como, en sentencia SL 3202 de 2015 la Sala de Casación Laboral adoctrinó que en la familia, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que conlleven a que la pareja no comparta el mismo techo, pero que en modo alguno pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, cuando se mantienen de manera patente otros aspectos que son indicativos de que la relación de pareja permanece indemne, pues la subsistencia de los lazos afectivos y sentimentales, el apoyo mutuo y demás son rasgos que caracterizan la convivencia entre una pareja, la cual debe ir más allá de la concepción meramente física y carnal.

Significa lo anterior, que la convivencia puede verse afectada en la unión física, por circunstancias que la justifiquen, siempre que la intención del vínculo matrimonial o de hecho permanezca inalterado en el tiempo.

**Caso concreto**

Está fuera de toda discusión lo atinente al fallecimiento del señor Giraldo Escobar el día 29 de octubre de 2017 (fl.8); y que al momento de su fallecimiento ostentaba la calidad de pensionado por parte de Colpensiones. (expediente administrativo CD - fl.69 vto.),

Así mismo no son objeto de controversia los siguientes hechos: **(i)** que la demandante contrajo matrimonio por rito católico con el señor Germán Girado Escobar el día 27 de diciembre de 1976, y que dicho vinculo mantuvo indemne puesto que no se observa nota marginal en el registro civil de matrimonio que desdiga su vigencia, (f.11); **(ii)** que procrearon tres hijos, Simón Andrés, Sebastián y Catalina, en la actualidad mayores de edad, (fls.12 a 14); **(iii)** que el 22 de febrero de 2018 la demandante presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el reconocimiento y pago de dicha prestación, en calidad de cónyuge supérstite, empero que, a través de la Resolución SUB 92781 del 9 de abril de 2018, la entidad resolvió negativamente la petición argumentando que la pareja no convivió durante los dos años que precedieron el fallecimiento del de cujus (fl.24 a 27); y **(iv)** que contra dicho acto administrativo la demandante interpuso los recursos de ley correspondientes, los cuales fueron resueltos confirmando la decisión inicial (fls.28 a 33).

Pues bien, atendiendo la fecha del fallecimiento del causante, que lo fue el día 29 de octubre de 2017 se debe estudiar la sustitución pensional pretendida a la luz de los preceptos de la Ley 100 de 1993 con sus respectivas modificaciones de la Ley 797de 2003.

Dice el Numeral 1° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca”. Frente a este requisito no hay duda de que fue cumplido a cabalidad, pues como se dijo en apartado anterior, está probada la calidad de pensionado que ostentaba el causante al momento de su fallecimiento.

En cuanto a las personas que pueden ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, al cónyuge o compañero permanente se le exige lo dispuesto en el literal A del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual dice que:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. 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”.

Pues bien, atendiendo el recuento normativo y jurisprudencial brevemente reseñado en líneas anteriores de esta decisión la sala evalúa el material probatorio arrimado a las diligencias encontrando lo siguiente:

En el **interrogatorio de parte** absuelto por la actora, narró que ella y su esposo hicieron vida marital desde el momento en que contrajeron nupcias hasta que se produjo el deceso; que procrearon tres hijos, Simón Andrés, Sebastián y Catalina, quienes en la actualidad son mayores de edad; que residieron en varios lugares en la ciudad de Manizales, primero cerca a Villa del Pilar, por Chipre, luego directamente en Villa del Pilar y después en el Barrio Palermo; que su esposo tenía varias complicaciones de salud, pues era operado del corazón, con varios stent y sufría del riñón, pulmones y azúcar alta; que su esposo durante los dos últimos años de vida, decidió irse a una apartamento cercano ubicado en el Edificio Horizonte –a una cuadra y media del que vivían- porque no soportaba el ruido de los nietos cuando llegaban, y porque además era muy malgeniado y con un carácter muy fuerte; que pese a ello, siguieron siendo pareja y él continuó respondiendo por las obligaciones del hogar, que se visitaban mutuamente, compartían, y ella lo acompañaba a sus citas médicas; que él tenía una enfermera y que falleció en el apartamento que alquiló. Finalmente, aseguró que su esposo nunca tuvo otra pareja, aunque tal vez sí otras mujeres.

Se recibió además **el testimonio** de la señora Sandra Maryori Pinzón López, quien manifestó haber sido la secretaria del causante durante 24 años, en la oficina personal de hipotecas, arrendamientos y préstamos que este tenía en Manizales. Manifestó conocer a la demandante desde hace 26 años por ser la esposa de su jefe, así como a sus tres hijos. Dijo tener conocimiento de que la pareja convivió en barrio Palermo, y también en San Luis; que no tuvo noticia de separación entre ellos; que el causante era quien le proveía todo a su familia.

Catalogó al señor Germán Giraldo Escobar como una persona rígida y malgeniada a la que le gustaba estar sola, siendo ese el motivo por el que este buscó un apartamento en el Edificio Horizonte para estar solo de manera esporádica en medio de sus “resabios”, pero que nunca se separó de su familia, pues permanecía, compartía, se alimentaba y dormía donde su esposa. Refirió que el deceso del causante fue producto de una afección cardiaca, que tiempo atrás estuvo hospitalizado; que falleció en el apartamento que había alquilado, y que su esposa y su familia lo cuidaban. Finalmente, manifestó que las honras fúnebres se llevaron a cabo en la Esperanza y que sus restos fueron llevados a la finca familiar.

Tal declaración, resulta convincente y creíble para la Sala, si se tiene en cuenta que proviene de una persona que dada su cercanía laboral con el causante y con los hijos de este, tuvo conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la convivencia entre los cónyuges.

De las pruebas reseñadas se deriva entonces que, aun cuando la pareja de esposos no cohabitó físicamente bajo el mismo techo durante los dos años que precedieron el deceso del causante, entre los cónyuges no desapareció la comunidad de vida, pues la pareja siguió compartiendo espacios en su vida diaria, subsistieron los lazos afectivos, sentimentales, de apoyo económico y solidaridad mutua, características estas que son las que realmente encierran el verdadero significado de convivencia, lo que conlleva entonces a concluir que no tenían la intención de dar por terminado su vínculo o relación de pareja.

Tal conclusión encuentra respaldo además en la prueba documental, compuesta por distintas fotografías en las que aunque se desconoce la fecha en que fueron tomados dichos registros, sí se observa al causante y a la demandante, en compañía de sus nietos e hijos ya en edad adulta, compartiendo en distintos escenarios de la vida familiar –cenas, paseos, cumpleaños, entre otros, siendo necesario en todo caso advertir que, este tipo de elementos de prueba por sí solos no resultan idóneos para acreditar la convivencia entre una pareja, y que sólo se traen a colación como prueba indiciaria que respalda a las consideraciones precedentes.

Se aportaron igualmente los registros civiles de los tres hijos habidos en el matrimonio, Simón Andrés, Sebastián y Catalina, nacidos el 10 de noviembre de 1977, el 6 de mayo de 1982 y el 14 de marzo de 1992, respectivamente, de donde se colige que, entre el natalicio del primero y del último transcurrieron poco menos de 15 años, circunstancia que, a juicio de la Sala, permite establecer que durante dicho lapso existió entre los cónyuges no sólo una comunidad de vida marital, sino un compromiso estable con vocación de permanencia, pues los hijos son la materialización o expresión de la intención libre y voluntaria de una pareja de conformar una familia.

Adicionalmente, en el expediente administrativo del causante, que fue allegado por la entidad demandada (fl.68 vto), obra la certificación de afiliación expedida por la SOS EPS S.A, en la que se hace constar que la actora se encuentra afiliada al sistema general de salud, en calidad de beneficiaria, por cuenta de su cónyuge, desde el 9 de octubre de 2001, fecha que coincide con la vinculación del causante a la entidad promotora de salud.

Al compás de lo anterior, se concluye que al haberse acreditado (i) la vigencia del vínculo matrimonial entre la demandante y el causante hasta el momento del deceso de este y (ii) una convivencia superior a 40 años desde la celebración de las nupcias, la demandante, en calidad de cónyuge supérstite, tiene derecho, indiscutiblemente, a acceder a la sustitución pensional que reclama, pues se itera, la falta de cohabitación física entre la pareja no enervó el derecho pensional.

Aun en gracia de discusión, si se acogiera la tesis de separación de hecho entre los cónyuges durante los dos años que precedieron el deceso del causante, en todo caso, la demandante tendría derecho a adquirir la prestación, como quiera que demostró haber convivido con el causante durante al menos 5 años en cualquier tiempo.

Puestas de ese modo las cosas, tal como lo definió la primera instancia, se acredita el derecho a la pensión de sobrevivientes de la actora, siendo entonces la actora beneficiaria a partir del 29 de octubre de 2017, de manera vitalicia, en un 100% del valor que recibía el pensionado fallecido, y por trece mesadas anuales, dado que la causación del derecho originario se dio con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme al prgf.6° del Acto Legislativo 01 de 2005

Como quiera que para el año 2014 la mesada pensional ascendía a $1´212.585, al efectuar el correspondiente reajuste anual, se obtiene para el año 2017 –fecha de causación– la suma de $1´419.231 y, para el año 2019 de $1´524.256, tal cual lo indicó la sentenciadora de primer grado.

Efectuados los cálculos del retroactivo pensional reconocido, causado entre el 29 de octubre de 2017 al 30 de septiembre de 2019, fecha de emisión de la sentencia de primer grado, se obtiene $37´265.743, según el cuadro elaborado por la Sala, que se pone de presente a los asistentes y hará parte del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia. Como quiera que dicho valor resulta levemente superior al calculado por la A-quo en cuantía de $37´227.930, y que no le es dable a la Sala agravar la situación de la parte favorecida con el grado jurisdiccional de consulta, se mantendrá el valor reconocido en primera instancia.

Respecto a la excepción de prescripción propuesta por la entidad, se dirá que no posee vocación de prosperidad, como acertadamente lo declaró la Jueza de primer grado, toda vez que, en los términos del artículo 151 del C.P.T y S.S. y artículo 488 del C.S.T., no transcurrió el término trienal desde la exigibilidad del derecho pensional y la interposición de esta acción judicial, por cuanto la demandante presentó la reclamación administrativa el día 22 de febrero de 2018 e instauró la presente acción judicial el 24 de agosto de ese mismo año (fl.36).

Por último, en relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100/93, la Ley 717 de 2001 fija un término de 2 meses para resolver las solicitudes sobre pensión de sobrevivientes. Así entonces en el presente caso, al haberse presentado la solicitud pensional el 22 de febrero de 2018, el término de gracia con el que contaba la entidad fenecía el 21 de abril de ese mismo año,. Como así no sucedió a partir del día siguiente procede la imposición de tales réditos por mora, tal cual lo concluyó el juez de primer grado. (CSJ SL, sentencia del 4 de junio de 2008, y SL 9769 del 16 de julio de 2014).

En síntesis, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, habida cuenta que se llega a la misma conclusión de otorgar el reconocimiento de sustitución pensional a la demandante, aunque por razones distintas a las indicadas por el a quo, en tanto que, contrario a lo concluido por éste, en el proceso sí obra prueba fehaciente de la convivencia entre la actora y el causante durante el último tramo de vida de este. Con lo dicho, queda resuelto en su integridad el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Sin costas.

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

**RESUELVE**

1. CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el 31 de octubre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

2. Sin costas en esta instancia, por haberse conocido en grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se deja constancia de su celebración y de las personas que intervinimos en esta, en acta que será puesta en conocimiento de las partes a través de correo electrónico.

Quienes integramos la sala el día de hoy.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

 Magistrada Magistrada

 Aclara voto

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, mayo de 2020

Radicación No: 66001-31-05-002-2018-00506-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: María Aura Henao Valencia

Demandado: Colpensiones

Magistrado ponente: Dra. Alejandra María Henao Palacio

**TEMA: CÓNYUGE SEPARADA DE HECHO / REQUISITOS.**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

A pesar de compartir la decisión de confirmar la decisión de primer grado, se hace necesario aclarar mi voto, dado que la ponente llegó a la determinación de confirmar el derecho de la cónyuge a la pensión de sobrevivencia bajo el requisito expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia consistente en que únicamente se requiere 5 años de convivencia en cualquier tiempo.

Es en este último aspecto que aclaro mi voto, para lo cual resalto la sentencia de constitucionalidad C-515/2019, mediante la cual la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “*con la cual existe la sociedad conyugal vigente”,* contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100/1993.

Concretamente, la Corte Constitucional en dicha decisión enseñó que el legislador dio prelación a la convivencia, por encima de cualquier vínculo formal, para que el cónyuge o compañero permanente fuera acreedor de la pensión de sobrevivientes, tal como se insertó en el “*literal a) e incisos 1, 2 y parte inicial del 3 del literal b)”* del artículo 47 de la Ley 100/93; sin embargo, el mismo legislador creó una excepción a esa regla (parte final del inciso 3º del literal b), según la cual “*la pensión de sobrevivientes se conservaría en una cuota parte a los cónyuges que en algún momento hubiesen convivido por más* (sic) *de 5 años, pero que estén separados de hecho (sin convivencia al momento de la muerte del causante), pero que hubiesen decidido mantener los efectos patrimoniales del matrimonio, esto es, la sociedad conyugal vigente. Por lo cual, en esta excepción, objeto de la presente demanda, el legislador optó por desplazar el criterio de convivencia, por el de vigencia o no de la sociedad conyugal”.*

Decisión de constitucionalidad que implica para los eventos de un cónyuge separado de hecho acreditar: *i)* convivencia con el causante “*más”* (sic) de 5 años en cualquier tiempo, *ii)* la separación de hecho y *iii)* que se encuentre vigente la sociedad conyugal, sin exigirse lazo de familiaridad hasta la muerte.

Puestas de ese modo las cosas, aclaro que cada vez que un cónyuge separado de hecho pretenda la pensión de sobrevivencia, además de acreditar 5 años de convivencia en cualquier tiempo, debe inexorablemente tener vigente la sociedad conyugal, de lo contrario su derecho será nugatorio.

En estos términos dejo sentada mi aclaración.

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada

1. Véanse, entre otras, las sentencias CSL SL773-2020, CSJ SL694-2020, CSJ SL4994-2019, CSJ SL5169-2019, CSJ SL2010-2019, CSL SL5353-2018 y CSJ SL3322-2018. [↑](#footnote-ref-1)