***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, Jueves 31 de marzo de 2016*

***Radicación No****:**66001-31-05-001-2011-00437-01*

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

***Demandante****: Melva Correa Rivera*

***Demandado:*** *Colpensiones*

***Litisconsorte:*** *Jhon Alejandro Correa López*

***Juzgado de origen****: Segundo Laboral del Circuito de Descongestión (Primero Laboral del Circuito)*

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

PORCENTAJE DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE/ Porción correspondiente al litisconsorte en su calidad de hijo debe ser descontada así no haya elevado tal pretensión, por el término en que duró su incapacidad para trabajar

“(…) la actora tenía derecho al 100% de la mesada pensional respectiva, amén que el otro beneficiario no había comparecido, una vez adquirida la mayoría de edad, a ejercer reclamación alguna y menos aún, demostró las condiciones exigidas para que los hijos mayores de 18 años accedan a la prestación pensional (…)

(…) entrando a resolver el asunto del 50% que el ISS dejó en suspenso, entre el 18 de junio de 2004 y hasta que el, en ese momento, menor Jhon Alejandro Correa López, agotara la reclamación respectiva, ha de decirse que al no estar sometida a condición diferente que a la acreditación de su parentesco con el de cujus y de tratarse de un menor de edad, su porción del 50% debe entregarse por ese lapso en que medió a causa de su incapacidad por la edad. Además, tal cual se relató en los antecedentes de este litigio, el a-quo se abstuvo de otorgar ese porcentaje a la actora, por lo que no tendría sentido de que si Jhon Alejandro Correa compareció al proceso, se dejara sin resolver indefinidamente ese derecho indiscutible, cuando justamente el llamado que se le hizo como litisconsorte, era para que recogiera esa porción por el tiempo en que duró la incapacidad.

Ahora, vencida la incapacidad como ya se anotó, éste no acreditó que tal estado permaneciera hasta los 25 años, ya no por edad, sino por encontrarse estudiando, por lo que el porcentaje de las mesadas causadas con posterioridad a la época en que adquirió la mayoría de edad, deben acrecentar, como lo dispuso el juzgador de primera instancia, la porción percibida por la demandante.”

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los treinta y un días (31) del mes de marzo de dos mil dieciséis (2016), siendo la una y treinta de la tarde (01:30 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación planteado por la apoderada judicial del litis consorte Jhon Alejandro Correa López contra la sentencia del 13 de diciembre de 2013 dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Descongestión de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Melva Correa Rivera*** contra ***la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** en la que se convocó como litisconsorte necesario a Jhon Alejandro Correa López.Igualmente se conocerá de la consulta de la providencia mencionada, amén que fue desfavorable a Colpensiones.

***I. ANTECEDENTES.***

Pretende la demandante que se declare que tiene derecho al reajuste de su cuota parte pensional en un 100% y que, como consecuencia de lo anterior, se le pague la misma desde el 18 de junio de 2004, incluyendo las mesadas adicionales, con su indexación y los intereses moratorios.

Para así pedir, informa que el señor Félix Correa Gómez era pensionado del ISS, que el mencionado falleció el 18 de junio de 2004, que la actora elevó reclamación para la sustitución pensional el 15 de julio de 2004, que la entidad mediante Resolución 6793 del 12 de junio de 2009 reconoció la aludida sustitución en un 50%, bajo el argumento de que el restante valor quedaba en suspenso, amén que se tenía información de que el causante tenía un hijo menor de edad; que a la fecha el hijo del causante no ha comparecido a reclamar la prestación pensional.

Admitida la demanda, se dio traslado al ISS (que posteriormente fue sucedido procesalmente por Colpensiones), entidad que allegó respuesta aceptando la calidad de pensionado del fallecido, su fecha de deceso, la reclamación pensional de la actora y el reconocimiento del 50% de la prestación, bajo el argumento de que existía un hijo beneficiario. Negó los restantes hechos de la demanda. Frente a las pretensiones de la demanda manifiesta total oposición y presenta como medios exceptivos de fondo los de “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción”, “Improcedencia de la indexación e improcedencia de los intereses de mora”.

El litisconsorte, actuando por medio de abogada, allegó respuesta a la demanda en la que acepta la calidad de fallecido del señor Félix Antonio Correa Gómez y la fecha de deceso y niega los restantes, Se opone a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones la de “Falta de legitimación en la causa por activa”, “Enriquecimiento sin justa causa” y “Cobro de lo no debido”.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

El fallador de primera instancia, luego de agotadas las etapas correspondientes, dispuso que la actora tenía derecho a que se acreciente su pensión de sobrevivientes en un 100% a partir del 29 de diciembre de 2010 y hacia futuro. Para así colegir, encontró que el deceso del señor Correa Gómez generaba la sustitución de su pensión y que, al tenor de la norma vigente –Ley 797 de 2003-, los beneficiarios de la misma eran la compañera permanente y el hijo menor del causante. Frente al 50% de la prestación pensional, causada desde el 18 de junio de 2004 y hasta que el señor Correa López –litisconsorte- cumplió los 18 años de edad -29 de diciembre de 2010-, encontró el a-quo que la misma no puede dársele a la demandante, amén que el aludido beneficiario no tenía la posibilidad jurídica de reclamarlas por ser menor de edad, lo que hace que su derecho no pueda perderse y tampoco prescriba en ese lapso, conforme a las normas del Código Civil. En cambio, frente a las mesadas causadas con posterioridad a esa fecha, deben acrecentarse en el 50% restante a la demandante, amén que no hay constancia de que exista alguien con mejor derecho.

***III. APELACIÓN***

La apoderada del litisconsorte interpuso recurso de apelación, anunciando que su disenso estriba en que el Juzgador de primer grado omitió ordenar que las mesadas causadas con antelación al cumplimiento de la mayoría de edad de su representado, debían pagársele a él. Al omitirse este extremo litigioso, se está obligando a su prohijado a iniciar una nueva demanda.

Estima que las mesadas causadas entre el 18 de junio de 2004 y el 28 de diciembre de 2010, sí eran objeto de litigio y, al no habérsele entregado a la demandante, se le debieron dar al litisconsorte.

***IV. ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

Corrido el traslado que establece el artículo 40 de la ley 712 de 2001, se pronunció la parte actora por medio de su portavoz judicial, reiterando los argumentos expuesto en el recurso de alzada.

***V. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

Para resolver la alzada propuesta y la consulta frente al fallo, la Sala se plantea el siguiente interrogante:

*¿Es posible que se conceda al litisconsorte necesario, que no invocó pretensión alguna a su favor, el porcentaje de las mesadas pensionales causadas entre el deceso del pensionado y el cumplimiento de la mayoría de edad de aquel?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Ninguna duda queda para esta Sala, en cuanto a la causación del derecho a la sustitución pensional, amén que el señor Félix Antonio Correa Gómez al momento de su deceso -18 de junio de 2004, se encontraba disfrutando de su pensión por vejez, como lo enuncia el mismo ISS en el acto administrativo 6793 de 2009 –fl. 30-, y de conformidad con el numeral 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003- el pensionado que fallezca deja la pensión de sobrevivientes a su grupo familiar.

Tampoco existe reparo alguno, en que a la demandante le asiste la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, amén que en el aludido acto administrativo, se le reconoce tal calidad y en este proceso no se puso en discusión ello.

El único tema que abre discusión en este asunto, es el porcentaje de la pensión que se está pagando a la actora, pues en la resolución ya mencionada se indica que el valor a pagarle a la señora Correa Rivera es del 50% de la mesada que venía percibiendo el fallecido, dado que el otro 50% quedaba en suspenso, hasta que Jhon Alejandro Correa López allegare la documentación requerida.

Pues bien, el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, establece el monto de la pensión de sobrevivientes, indicando en su primer inciso que *“El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba”.* Y en este caso, como lo determinó el a-quo, la actora tenía derecho al 100% de la mesada pensional respectiva, amén que el otro beneficiario no había comparecido, una vez adquirida la mayoría de edad, a ejercer reclamación alguna y menos aún, demostró las condiciones exigidas para que los hijos mayores de 18 años accedan a la prestación pensional. Por lo tanto, la condena en contra de Colpensiones es atinada.

Ahora, entrando a resolver el asunto del 50% que el ISS dejó en suspenso, entre el 18 de junio de 2004 y hasta que el, en ese momento, menor Jhon Alejandro Correa López, agotara la reclamación respectiva, ha de decirse que al no estar sometida a condición diferente que a la acreditación de su parentesco con el de cujus y de tratarse de un menor de edad, su porción del 50% debe entregarse por ese lapso en que medió a causa de su incapacidad por la edad. Además, tal cual se relató en los antecedentes de este litigio, el a-quo se abstuvo de otorgar ese porcentaje a la actora, por lo que no tendría sentido de que si Jhon Alejandro Correa compareció al proceso, se dejara sin resolver indefinidamente ese derecho indiscutible, cuando justamente el llamado que se le hizo como litisconsorte, era para que recogiera esa porción por el tiempo en que duró la incapacidad.

Ahora, vencida la incapacidad como ya se anotó, éste no acreditó que tal estado permaneciera hasta los 25 años, ya no por edad, sino por encontrarse estudiando, por lo que el porcentaje de las mesadas causadas con posterioridad a la época en que adquirió la mayoría de edad, deben acrecentar, como lo dispuso el juzgador de primera instancia, la porción percibida por la demandante.

Así las cosas, deberá modificarse la sentencia apelada, en el sentido de que el 50% de la mesada pensional causada con el deceso del señor Félix Correa Gómez entre el 18 de junio de 2004 y el 28 de diciembre de 2010 deben cancelarse al litisconsorte Jhon Alejandro Correa López.

Sin costas en esta instancia.

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

***FALLA***

***1. Modificar*** la sentencia del 13 de diciembre del 2013 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Descongestión de Pereira, en el sentido de que el 50% de la mesada pensional causada con el deceso del señor Félix Correa Gómez, entre el 18 junio de 2004 y el 28 de diciembre de 2010, deberán pagarse al señor Jhon Alejandro Correa López.

***2. Confirmar*** en todo lo demás

**3**. Sin costas

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrado Magistrada

 **LEONARDO CORTEZ PEREZ**

 Secretario