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. Apelación

Proceso. Ordinario laboral

Radicación Nro.: 66001-31-05-005-2015-00315-01

Demandante: Alba María Portocarrero de Grajales

Demandado: Colpensiones y María Nohemy Gómez Jiménez

Juzgado de Origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / LEY 100 VERSIÓN ORIGINAL / NO PREVÉ EL RECONOCIMIENTO SIMULTÁNEO PARA CÓNYUGE Y COMPAÑERO (A) PERMANENTE / EXIGE CONVIVENCIA DE 2 AÑOS CONTINUOS ANTERIORES AL DECESO Y NO EN CUALQUIER TIEMPO / IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY 797 DE 2003.**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de vieja data ha sostenido que la regla general es que la contingencia está cobijada por la norma de seguridad social de la prestación pensional correspondiente vigente al momento de su ocurrencia, esto es, para la pensión de sobrevivientes, la que está en vigor a la calenda de la muerte del afiliado o pensionado.

De tal manera que al haber fallecido el señor Gilberto Grajales Grajales el 03-07-1997, la norma que se encontraba vigente era la Ley 100 de 1993 en su versión original, específicamente los artículos 46 y siguientes…, la que fija como requisitos para adquirir la calidad de beneficiaria que él o la cónyuge o compañera (o) supérstite acredite una convivencia con él o la causante por espacio no inferior a los 2 años anteriores al deceso, salvo que haya procreado uno o más hijos con el fallecido en ese mismo interregno.

Convivencia que ha predicado el Órgano de cierre en materia laboral debe ser continua por 2 años antes del deceso… En suma, el requisito sine qua non para adquirir la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes en vigencia de la Ley 100 de 1993 original es la convivencia por espacio de 2 años anteriores al deceso; lo que excluye la convivencia de la esposa en cualquier tiempo, como lo hace la Ley 797 de 2003. (…)

“Si la Ley 797 de 2003 entró en vigencia el 29 de enero de ese año, cuando fue publicada en el Diario Oficial 45.079, no puede pretenderse su aplicación para la fecha en que falleció el cónyuge de la demandante, lo que ocurrió el 8 de agosto de 1999. Si ello fuere posible, como equivocadamente lo pregona la censura, resultaría una aplicación retroactiva de la ley, Y es conocido el clásico principio de la irretroactividad de la ley -salvo en materia penal-, que en asuntos del trabajo y de la seguridad social tiene su fuente en el artículo 16 del C. S. del T…”



**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 trece (13) días del mes de noviembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (9:00 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 recurso de apelación frente a la sentencia proferida el 18 de febrero de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Alba María Portocarrero de Grajales** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y **María Nohemy Gómez Jiménez,** radicado 66001-31-05-005-2015-00315-01.

**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 Alba María Portocarrero de Grajales que se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes por el deceso de su cónyuge Gilberto Grajales Grajales desde el 03-07-1997; en consecuencia, se condene a los intereses moratorios, a la señora María Gómez Jiménez a restituir a Colpensiones la cuota parte y las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que (i) el 08-07-1952 contrajo matrimonio católico con el señor Gilberto Grajales Grajales, con quien procreó hijos, todos mayores de edad.

(ii) Aquel falleció el 03-07-1997, siendo pensionado por jubilación; (iii) mediante resolución 8771 del 01-11-1997 le fue reconocida pensión de sobrevivientes a la señora María Gómez Jiménez por el ISS, en calidad de compañera permanente.

(iv) el 10-09-2014 solicitó la pensión de sobrevivientes ante Colpensiones, la que se negó mediante resolución GNR 76543 del 12-03-2015 por haber sido concedida a la señora Gómez Jiménez; agrega que tiene derecho a que la pensión de sobrevivientes sea compartida por haber convivido por más de 5 años con su cónyuge y tener la sociedad conyugal vigente a su muerte.

**La** **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Propuso excepciones de fondo que rotuló como “obligación del sistema de seguridad social sin definir” y “prescripción”.

**María Nohemy Gómez Jiménez** como razones de su defensa señaló que esta convivió bajo el mismo techo y compartió lecho en unión marital de hecho con el causante por un periodo de 24 años y 8 meses desde 1972 hasta su muerte y con quien procreó dos hijos, hoy mayores de edad.

Por último agregó que la norma que reguló el derecho a la pensión de sobrevivientes de manera compartida entre cónyuge no divorciado y compañera permanente, según el término de convivencia, data del año 2003, por lo que no se puede dar aplicación retroactiva a la norma.

Frente a las pretensiones de la demanda se opuso y propuso excepciones de fondo que rotuló como “inexistencia de la obligación”; “cobro de lo no debido” y “prescripción”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, absolvió a la demandada al declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Para arribar a esa conclusión, expresó que el señor Gilberto Grajales Grajales al fallecer el día 03-07-1997, la disposición legal vigente era la Ley 100 de 1993 en su versión original, artículo 47, que establece que tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge, siempre y cuando haya hecho vida marital con el pensionado afiliado por 2 años, a menos que haya tenido hijos, y asimismo quien acredite la calidad de compañera permanente con el mismo requisito.

Frente al caso en concreto señaló que el hecho de mantener el vínculo matrimonial vigente no la hace tener un derecho preferente, pues no se demostró la comunidad de vida de cónyuges de manera simultánea con la compañera, por el contrario estaba separada de su esposo hace muchos años.

Por último agregó que la procreación de hijos no suple el requisito de convivencia efectiva en el momento de la muerte, sino que excusa el término mínimo de 2 años continuos con anterioridad al fallecimiento dentro desde ese mismo lapso.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

El apoderado de la parte demandante manifiesta que está en desacuerdo con las normas aplicadas al caso, que son anteriores a lo que dispone el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, máxime cuando en dicha norma no se exige que para el caso del cónyuge sobreviviente tenga que haber demostrado convivencia al momento de morir el causante.

**CONSIDERACIONES**

**1. Problemas jurídicos**

Previo a formular los problemas jurídicos se advierte que en el presente asunto, no existe dubitación en cuanto a que el fallecido dejó causado el derecho pensional, como quiera que en un principio, la prestación le fue reconocida en un 100% a su compañera permanente María Nohemy Gómez Jiménez, según se extrae de la Resolución N° 008771 de 29-10-1997 expedida por el ISS, donde establece que el señor Grajales Grajales disfrutaba de pensión por vejez, concedida mediante Resolución No.0004278 de 30-10-1990, también del ISS, por lo que la competencia en esta instancia, se encuentra delimitada por el fundamento de la apelación, que hace referencia exclusivamente a la inconformidad frente a la norma que se aplicó en el caso en concreto, para colegir su calidad de beneficiaria.

De tal manera que los problemas jurídicos son:

(i) ¿Cuál es la norma aplicable en los eventos del reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes?

(ii) ¿Cuáles son las condiciones para declarar una pensión de sobrevivientes bajo la normativa de la Ley 100 de 1993 original cuando el causante es pensionado?

(iii) ¿Hay lugar a aplicar el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 de forma retroactiva en la pensión de sobrevivientes que se reclama cuando fallece el pensionado en vigencia de la Ley 100 de 1993 original?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

**2.1. Norma aplicable en los eventos del reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes, requisitos bajo la Ley 100 de 1993 en su versión original y retroactividad**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de vieja data[[1]](#footnote-1) ha sostenido que la regla general es que la contingencia está cobijada por la norma de seguridad social de la prestación pensional correspondiente vigente al momento de su ocurrencia, esto es, para la pensión de sobrevivientes, la que está en vigor a la calenda de la muerte del afiliado o pensionado.

De tal manera que al haber fallecido el señor Gilberto Grajales Grajales el 03-07-1997 –fl.14-, la norma que se encontraba vigente era la Ley 100 de 1993 en su versión original, específicamente los artículos 46 y siguientes, tal como lo estableció la Jueza de primera instancia, la que fija como requisitos para adquirir la calidad de beneficiaria, que él o la cónyuge o compañera (o) supérstite, acredite una convivencia con él o la causante por espacio no inferior a los 2 años anteriores al deceso, salvo que haya procreado uno o más hijos con el fallecido en ese mismo interregno.

Convivencia que ha predicado el Órgano de cierre en materia laboral debe ser continua por 2 años antes del deceso[[2]](#footnote-2), según se infiere de los siguientes términos:

*“… esta sala de la Corte ha sido consistente en adoctrinar que, en el marco del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, cuya aplicación a este asunto no se discute, el parámetro esencial para determinar quién es el legítimo beneficiario de la pensión de sobrevivientes es la convivencia efectiva, real y material entre la pareja, y no tanto la naturaleza jurídica del vínculo que se tenga, de manera que, prima facie, no existe una preferencia de la cónyuge supérstite sobre la compañera permanente, por el solo hecho de mantener el vínculo matrimonial vigente, sino que siempre debe acreditarse el requisito de la convivencia …”*

Y más adelante indicó: *“Lo anterior no obsta para precisar que la Sala ha sostenido que la cónyuge sí tiene un derecho preferencial a recibir la pensión de sobrevivientes, en aplicación del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, pero cuando demuestra la convivencia por el término legal y se enfrenta a hipótesis de convivencia simultánea con una compañera permanente hasta el momento de la muerte, que no es la situación que encontró demostrada el Tribunal en este asunto. (Ver CSJ SL11921-2014, CSJ SL13235-2014, CSJ SL13273-2016, CSJ SL13450-2016 y CSJ SL14078-2016, entre muchas otras)”.*

En suma, el requisito sine qua non para adquirir la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes en vigencia de la Ley 100 de 1993 original es la convivencia por espacio de 2 años anteriores al deceso; lo que excluye la convivencia de la esposa en cualquier tiempo, como lo hace la Ley 797 de 2003.

Ahora de presentarse convivencia simultánea en vigencia de la Ley 100 de 1993, ésta privilegia a la esposa, pero el asunto que nos concita no se presenta ese evento, pues la demandante dejó de convivir con el pensionado mucho tiempo antes de su fallecimiento, sin que se tenga conocimiento del motivo de la separación.

Como se dejó sentado en la sentencia C-1035-08[[3]](#footnote-3), cuando se refirió a la convivencia simultánea con unión conyugal vigente, pero con separación de hecho, y qué genera un reconocimiento pensional proporcional; lo que se aplica a situaciones reguladas por la Ley 797 de 2003, que fue la preceptiva que en virtud del principio de progresividad, introdujo la posibilidad de acceder al reconocimiento prestacional bajo esos supuestos fácticos.

De ahí que sea improcedente valerse de dicha intelección para decidir sucesos presentados bajo la égida de la Ley 100 de 1993 en su versión original y mucho menos aplicar de manera retroactiva la referida Ley 797 de 2003[[4]](#footnote-4).

Así lo dijo el Órgano de cierre en materia laboral:

*“Si la Ley 797 de 2003 entró en vigencia el 29 de enero de ese año, cuando fue publicada en el Diario Oficial 45.079, no puede pretenderse su aplicación para la fecha en que falleció el cónyuge de la demandante, lo que ocurrió el 8 de agosto de 1999. Si ello fuere posible, como equivocadamente lo pregona la censura, resultaría una aplicación retroactiva de la ley, Y es conocido el clásico principio de la irretroactividad de la ley -salvo en materia penal-, que en asuntos del trabajo y de la seguridad social tiene su fuente en el artículo 16 del C. S. del T., según el cual las normas sobre trabajo, por ser de orden público, tienen efecto general inmediato y no efectos retroactivos en cuanto no pueden afectar situaciones definidas o consumadas con arreglo a leyes anteriores. Y la aplicación de la nueva ley a situaciones que están en curso o que no han quedado definidas conforme a leyes anteriores, es lo que se conoce como la retrospectividad de la ley, derrotero que también marca el citado precepto.*

*En ese orden, y atendiendo igualmente el criterio reiterado de la Sala, la normatividad que debe aplicarse a los casos de pensiones de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento del causante. Excepcionalmente, algunas veces mayoritariamente, se ha admitido la aplicación de normas anteriores, justamente observando el llamado principio de la condición más beneficiosa, cuya aplicabilidad opera, se reitera, sobre normas anteriores pero no sobre posteriores que han modificado los requisitos de causación de un determinado derecho. Tampoco puede invocarse el principio de favorabilidad, por cuanto no hay aquí normas vigentes que estén en conflicto ni duda acerca de cuál es la normatividad que debe aplicarse en asuntos como el que aquí ocupa la atención de la Sala, conforme ya quedó dicho”[[5]](#footnote-5).*

De tal manera que no le asiste razón al recurrente en los términos que planteó su apelación.

**CONCLUSIÓN**

Teniendo en cuenta lo anterior se confirmará la sentencia en lo que fue objeto de apelación.

Condenar en costas en esta instancia a Alba María Portocarrero de Grajales en favor de las codemandadas al no salir próspero el recurso de apelación.

**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: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de febrero de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Alba María Portocarrero de Grajales** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y **María Nohemy Gómez Jiménez.**

**SEGUNDO:** Condenar en costas en esta instancia a la demandante en favor de las codemandadas, según lo dicho en la parte motiva.

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

1. Sentencias del 08-03-2006. Rad. 25649; 02-07-2008. Rad.31890; 10-06-2009. Rad. 36135; 27-07-2010. Rad. 35362; 03-05-2011, Rad. 37799; 11-06-2014. Rad.4780; 11-11-2015. Rad.54383; 25-01-2017. Rad.45262. [↑](#footnote-ref-1)
2. M.P. Rigoberto Echeverry Bueno. Radicado 34785 del 22-03-2017, reiterada en la sentencia del 01-11-2017. Radicado 54103 por la Sala de Descongestión 3, M.P. Jorge Prada Sánchez. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencias del 02-03-2016. Rad. 52908. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas y del 25-01-2017. Rad. 45262. M.P. Fernando Castillo Cadena. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia del 02-03-2016. Rad. 52908. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. [↑](#footnote-ref-5)