***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 18 de febrero de 2016*

***Radicación No****:**66001-31-05-004-2013-00110-01*

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

***Demandante****: Gladis Cardona Escobar*

***Demandado:*** *Colpensiones, Sebastián y Lina María Henao Chica*

***Interviniente***

***Ad-excludendum:*** *Sebastián Henao Chica*

***Juzgado de origen****: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.*

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

***Tema a tratar:***

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE/ Norma aplicable a la fecha del deceso/ Causación del derecho/ Carga probatoria de la convivencia/ Hijo mayor puede ser beneficiario de la pensión cuando acredita estudios y la dependencia económica

“(…) En el caso concreto, el señor Juan Manuel Henao Restrepo falleció el 26 de mayo de 2011, momento para el cual se encontraba vigente la Ley 797 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993 (…)

(…) entre mayo de 2008 y mayo de 2011 cotizó mucho más de las 50 semanas exigidas, siendo por tanto evidente, la satisfacción de la densidad de cotizaciones exigida por la norma y la causación del derecho pensional para los beneficiarios.”

“(…) de manera clara asevera que conoció a la pareja conformada por el señor Juan Manuel Henao y a la demandante conviviendo por espacio de siete años, que tal convivencia fue constante y evidente ante la sociedad, compartiendo su lugar de habitación, dándose ayuda y conviviendo como una pareja por ese lapso. Esta versión que amerita credibilidad para esta Sala, evidencia que la demandante cumplió con la convivencia mínima exigida por la norma, lo que sin duda le da el derecho a la demandante para acceder a la pensión de sobrevivientes, reconocimiento que debe hacerse dese el 26 de mayo de 2011 en un 50% de la mesada, hasta la calenda en la cual se determine que el joven Sebastián Henao Chica tenga derecho a la pensión, momento a partir del cual se acrecentará la mesada de aquella al 100%.”

“(…) se observa que más allá del 21 de agosto de 2012 no era posible dar el beneficio pensional perseguido, porque primero, no acreditó estudios entre esa fecha y el 16 de agosto de 2013 y segundo, porque cuando lo hizo, ya estaba por fuera del parámetro exigido en la ley para considerarlo como beneficiario de la pensión, al haber ingresado al mercado laboral.”

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los dieciocho (18) días del mes de febrero de dos mil dieciséis (2016), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.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 propuesto por el interviniente ad-excludendum y el grado de consulta de la sentencia proferida el 20 de enero de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora ***Gladis Cardona Escobar*** contra ***Colpensiones, Sebastián y Lina María Henao Chica,*** siendo **Sebastián Henao Chica** interviniente ad-excludendum**.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que se pretende por parte la actora que se declare que le asiste el derecho a reconocer la pensión de sobrevivientes, ante el fallecimiento de su compañero permanente Juan Manuel Henao Restrepo, como consecuencia de la anterior declaración, se pide condena contra Colpensiones para que reconozca la prestación desde el 26 de mayo de 2011, con su correspondiente retroactivo más los intereses de mora o la indexación y las costas procesales.

Sustenta sus pretensiones en que el señor Henao Restrepo estuvo afiliado al ISS entre los años de 1997 a 2011; que falleció el 26 de mayo de 2011, que la actora solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente; que a la fecha no ha obtenido respuesta de fondo; que convivió con el causante en sus últimos cinco (5) años de vida; que dependía económicamente del causante; que el señor Juan Manuel Henao se divorció y disolvió sociedad conyugal anterior, que el causante cotizó más de 50 semanas en los tres años anteriores al deceso y que los gastos generados con el deceso del afiliado los cubrió la demandante, siéndole reconocido el auxilio funerario.

Admitida la demanda se dio traslado a los demandados, los cuales allegaron respuesta en los siguientes términos:

Colpensiones, por medio de procuradora judicial, se pronunció respecto a los hechos de la demanda, aceptando la calidad de afiliado del señor Henao Restrepo, su fecha de fallecimiento, el divorcio y la disolución de la sociedad conyugal anterior, y el reconocimiento del auxilio funerario, frente a los restantes indica no constarle. En lo tocante a las pretensiones, se opone totalmente y formula como excepciones de fondo las de “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

Los hermanos Henao Chica por medio de apoderado común se pronunciaron frente a la demanda, indicando que aceptaban la calidad de afiliado del causante al sistema pensional, así como la calenda de su deceso, la reclamación pensional que elevó la demandante y lo tocante al divorcio. Frente a los restantes indica que no le constan o que no son ciertos. Ambos se oponen a las pretensiones y formulan como excepción de mérito la de “Falta de legitimación en la causa por activa”. El señor Henao Chica formuló demanda de intervención ad-excludendum, en la que pretende que en su calidad de hijo se le reconozca y pague la prestación pensional hasta que culmine sus estudios, excluyendo a la Gladis Cardona Escobar. El fundamento fáctico de sus pedidos lo basa en que es hijo del causante, que el fallecido era el encargado de pagar sus gastos de sostenimiento y educación, debido a que se encontraba estudiando y que el causante con posterioridad al terminó de la relación con la señora Norma Liliana Chica Torres no hizo vida marital con nadie.

La señora Gladis Cardona Escobar, por medio de su procurador judicial, se pronunció frente a los hechos de la intervención, aceptando la calidad de hijo del demandante ad-excludendum, respecto a los restantes hechos indicó que no le constaba. Se opuso a las pretensiones de la demandante u formuló como excepción de mérito la que denominó “Falta de acreditación de estudios durante los años 2011 a 2014” y se opuso a lo pedido.

Colpensiones no se pronunció frente a la intervención.

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

Finalizado el trámite propio de primera instancia, la Jueza a-quo profirió decisión con la que culminó la primera instancia, en la que negó las pretensiones de la demanda principal, al no haberse acreditado el requisito de convivencia por la demandante y concedió la pensión al demandante ad-excludendum, pero solo entre el momento del deceso del señor Juan Manuel Henao Restrepo y el 21 de agosto de 2012, calenda hasta la cual aparece certificación de estudios y, según se desprende de la prueba testimonial, el demandante empezó a laborar. Previamente a esto, determinó que el causante había dejado causado el derecho pensional a sus beneficiarios, por haber cotizado más de 50 semanas en los tres años que antecedieron a su deceso.

***III. APELACIÓN***

El interviniente ad-excludendum presentó recurso de apelación, indicando que su inconformidad se basa en que la pensión se limite hasta el 21 de agosto de 2012, pues ello desconoce las certificaciones del Esca, en las cuales el señor Sebastián acredita que se encuentra cursando estudios allí. En cuanto a la condición de trabajador del interviniente ad-excludendum, estima que tal situación no desvirtúa de un tajo la dependencia económica, para lo cual acude a la sentencia C-111 de 2006, que declaró inexequible la exigencia de que la dependencia económica fuera absoluta. Destaca que su labor en bomberos no le da la libertad económica para estudiar y trabajar al tiempo.

Teniendo en cuenta que el proceso resultó contrario a los intereses de la demandante y a los de Colpensiones, se dispuso que igualmente se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

***V. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

En orden a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, esta Sala se plantea los siguientes interrogantes jurídicos:

*¿Dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes el señor Juan Manuel Henao Restrepo?*

*¿Acreditó la demandante Gladis Cardona Escobar los presupuestos como compañera permanente del señor Henao Restrepo, para acceder a la pensión de sobrevivientes perseguida?*

*¿Debió extenderse el beneficio pensional concedido al señor Sebastián Henao Chica, más allá del 21 de agosto de 2012, a pesar de encontrarse laborando para esa calenda?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Frente al primer interrogante, dígase que la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado. En el caso concreto, el señor Juan Manuel Henao Restrepo falleció el 26 de mayo de 2011, momento para el cual se encontraba vigente la Ley 797 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993, indicando en su artículo 46 que se causa la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del afiliado fallecido, cuando éste hubiere cotizado al menos 50 semanas en los tres años que anteceden a su deceso.

Pues bien, en el caso puntual, se tiene que tal presupuesto se satisfizo, amén que la historia laboral allegada al infolio –fl. 131 y 132- revela que entre mayo de 2008 y mayo de 2011 cotizó mucho más de las 50 semanas exigidas, siendo por tanto evidente, la satisfacción de la densidad de cotizaciones exigida por la norma y la causación del derecho pensional para los beneficiarios.

Vislumbrado el primero de los cuestionamientos jurídicos, pasará la Sala a determinar si la demandante Gladis Cardona Escobar acreditó la calidad de compañera exigida y la convivencia con el causante, conforme a lo exigido en los literales a y b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Tal norma, exige que el cónyuge o el compañero supérstite de un afiliado o pensionado fallecido, haya hecho vida marital con él, por lo menos en los cinco (5) años que antecedieron a su deceso. La carga de acreditar tal condición está radicada en cabeza de quien alega tenerla, debiéndole llevar al juzgador las pruebas que estime pertinentes para sustentar su pedido, quien a su vez las analizará de conformidad con lo normado en el artículo 61 del CPTSS, es decir, formando libremente su convencimiento.

En el caso puntual, se tiene que la demandante aportó como pruebas declaraciones extraprocesales –fls. 17 y 18-, las cuales no fueron ratificadas porque no se pidió, razón por la cual debe valorárseles como un documento emanado de un tercero que, en principio, valorado con el resto del acopio probatorio, no arroja la certeza sobre la convivencia. Sin embargo esta Sala estimó pertinente la práctica de los testimonios de Isabel Cristina Henao de Hincapié y Fernando Henao Restrepo, con el fin de conocer la ciencia de lo manifestado en la declaración extraprocesal. A la audiencia solamente compareció la primera de las mencionadas, quien de manera clara asevera que conoció a la pareja conformada por el señor Juan Manuel Henao y a la demandante conviviendo por espacio de siete años, que tal convivencia fue constante y evidente ante la sociedad, compartiendo su lugar de habitación, dándose ayuda y conviviendo como una pareja por ese lapso. Esta versión que amerita credibilidad para esta Sala, evidencia que la demandante cumplió con la convivencia mínima exigida por la norma, lo que sin duda le da el derecho a la demandante para acceder a la pensión de sobrevivientes, reconocimiento que debe hacerse dese el 26 de mayo de 2011 en un 50% de la mesada, hasta la calenda en la cual se determine que el joven Sebastián Henao Chica tenga derecho a la pensión, momento a partir del cual se acrecentará la mesada de aquella al 100%.

Pasando a abordar el último de los dilemas jurídicos planteados, esto es, hasta qué calenda se debe extender la pensión de sobrevivientes reconocida al demandante ad-excludendum, es indispensable partir porque el literal c del artículo 47 de la Ley 10 de 1993, señala en su tenor literal que:

*“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

*c. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes (…); y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo*[*38*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#38)*de la Ley 100 de 1993”*

Establece la norma que los hijos son también beneficiarios principales de la pensión de sobrevivientes, siempre que, sean menores de 18 años, o entre los 18 y 25 años si se encuentran impedidos para trabajar por razones de estudio y dependían económicamente del causante, o si son inválidos, también acreditando la dependencia económica del fallecido.

En el caso de los hijos mayores de 18 años y hasta los 25, que se encuentren impedidos para trabajar por razón de sus estudios, están en la obligación de demostrar que al momento de fallecimiento de su progenitor: (i) se encontraban estudiando, razón por la cual no podían laborar y (ii) que dependían económicamente del causante para propiciar sus condiciones de existencia. Estos deberes probatorios, tal como se dijo en el caso de la compañera permanente, deben ser cumplidos por el hijo que alega la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

Para el caso puntual, se tiene que el señor Henao Chica trajo constancia del SENA en el que se informa que se encontraba cursando estudios como “Tecnólogo en administración de Empresas Agropecuarias”, iniciando clases el 17 de enero de 2011 y presentando deserción el 21 de agosto de 2012 (fl. 17 cdno. de intervención ad-excludendum); igualmente trajo certificación del ESCA (Escuela de Salud Colombo Americana) en el que consta que el señor Henao Chica se encuentra matriculado en el II ciclo académico del programa Técnico Laboral Auxiliar en Enfermería (fl 18 ibídem), a folio 19 del mismo cuaderno, se indica que en esa misma Escuela y bajo ese mismo curso, indica que el señor Henao Chica inició estudios el 16 de agosto de 2013 y finalizado el 23 de diciembre de ese mismo año y que se encontraba cursando el segundo ciclo académico que empezó el 07 de febrero de 2014 y finalizaría el 30 de julio de esa misma anualidad. Por cuenta del interviniente, se practicaron dos testimonios, los de Carlos Daniel Rincón Rendón y Martin Guillermo Botero Vélez, quienes depusieron que en vida, el señor Juan Manuel Henao Restrepo sustentaba económicamente a su hijo Sebastián Henao Chica, que le colaboraba con el estudio y gastos personales, dado que éste no trabajaba o lo hacía esporádicamente. Los mismos versionantes relatan que, posteriormente, el señor Henao Chica entró a laborar en bomberos, que labora allí hace dos años aproximadamente y que actualmente cursa estudios para ser auxiliar de enfermería.

De estas pruebas, se deriva necesariamente que el señor Henao Chica, se vio afectado por el deceso de su padre, pues este era el encargado de sustentarlo y ayudarlo con los estudios, que por ese momento cursaba ante el SENA. Sin embargo estos estudios se vieron truncados después del 21 de agosto de 2012 por deserción, tal como lo indica el certificado de esa institución mencionada traída al proceso. Posteriormente a esto, el actor excluyente volvió a estudiar en el mes de agosto de 2013, lo que en principio generaría que se le pague la pensión de sobrevivientes también por esos períodos, sin embargo, para esa época, según los declarantes, el señor Sebastián ya se encontraba laborando con bomberos, situación que enerva una de las exigencias de la norma, pues se parte de que los hijos mayores acceden a la pensión de sobrevivientes, por encontrarse incapacitados para trabajar por razón de sus estudios, lo que queda en entredicho en el presente asunto, pues el actor ad-excludendum logró ubicarse en el mercado laboral y proseguir con sus estudios.

Por lo tanto, se observa que más allá del 21 de agosto de 2012 no era posible dar el beneficio pensional perseguido, porque primero, no acreditó estudios entre esa fecha y el 16 de agosto de 2013 y segundo, porque cuando lo hizo, ya estaba por fuera del parámetro exigido en la ley para considerarlo como beneficiario de la pensión, al haber ingresado al mercado laboral.

Por tal razón, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

Es esta la oportunidad para mencionar que la decisión adoptada por Colpensiones mediante la Resolución No. VPB27780 del 26 de marzo de 2015 –fl. 9 cdno de segunda instancia-, pierde todos sus efectos jurídicos con esta decisión, por las siguientes razones:

El artículo 34 del Acuerdo 049 de 1990, norma aplicable en el actual sistema pensional por autorización del inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, establece que el ISS o, en este caso Colpensiones, deberá suspender el trámite administrativo de una pensión de sobrevivientes, cuando exista controversia sobre quien tiene mejor derecho, a la espera de que la justicia dirima el conflicto.

En este caso, Colpensiones no podía proseguir con el trámite administrativo atinente a la reclamación elevada por la señora Gladis Cardona Escobar, porque los hijos del causante Sebastián y Lina Henao Chica también habían intentado una reclamación administrativa ante la entidad, alegando tener derecho al 100% de la prestación pensional por ser hijos mayores de 18 años, pero menores de 25 y encontrarse estudiando. Tal situación, constituía una controversia, que en los términos de las normas mencionadas, debía resolverse –como en efecto se está haciendo- por la jurisdicción laboral, careciendo de competencia Colpensiones para dilucidar el asunto.

Ahora, al haberse derruido mediante las decisiones judiciales, los fundamentos de hecho que sustentaron el aludido acto administrativo, el mismo pierde ejecutoriedad, en los términos del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 (num. 2), razón por la cual Colpensiones deberá de suspender de manera inmediata los efectos de la Resolución referida.

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. Revocar parcialmente*** la sentencia proferidael 20 de enero de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de ***Gladis Cardona Escobar*** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones Sebastián y Lina María Henao Chica,** siendo **Sebastián Henao Chica** interviniente ad-excludendumy en su lugar: **Condenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones a reconocer la pensión de sobrevivientes generada con el deceso del señor Juan Manuel Henao Restrepo así:

* Entre el 26 de mayo de 2011 y el 21 de agosto de 2012, se compartirá la pensión entre la señora Gladis Cardona Escobar y Sebastián Henao Chica en un 50% para cada uno.
* A partir del 21 de agosto de 2012 y de manera vitalicia, se pagará el 100% de la pensión a la señora Gladis Cardona Escobar, en su calidad de compañera permanente.

***2. Advertir*** a la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** que de manera inmediata debe suspender los efectos de la Resolución No. VPB27780 del 26 de marzo de 2015.

**3.** Sin costas en esta instancia.

***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 Magistrado

**EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA**

 Secretaria