**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-034-2015-00388-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Paola Andrea Gordillo Rodríguez

**Demandado:** Colpensiones y otros

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

**Magistrado Ponente:** Issa Rafael Ulloque Toscano.

**Tema a tratar:**

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES/ Cónyuge supérstite debe acreditar convivencia no inferior a cinco años con anterioridad al fallecimiento del causante

“(…) es importante resaltar que la misma Jurladi al momento de absolver el interrogatorio de parte que le fuera formulado indicó que su estado civil era viuda y que estuvo casada con el señor Carlos Alberto Carvajal Giraldo por el término de dos años y tres meses y que hizo vida marital con él después del 6 de noviembre de 2008 que se casaron.

De conformidad con lo expuesto, conforme lo concluyó la funcionaria de primera instancia no se satisfizo por la señora Cañaveral Franco el requisito de convivencia exigido por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, motivo por el cual no tiene derecho a percibir la pensión que reclama.

Cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, providencia de 11 de agosto de 2015 -rad. 47534-.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los quince (15) días del mes de marzo de dos mil dieciséis (2016), siendo las diez y treinta minutos de la mañana (10:30 a.m.), la Sala Cuarta 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 respecto de la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Paola Andrea Gordillo Rodríguez** actuando en nombre y representación de la menor **Sara Vanessa Carvajal Gordillo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y otras.

**I. REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado:

Demandado y su apoderado:

Interviniente Ad excludendum y su apoderado:

Curador Ad hoc de la menor Karol Carvajal Franco.

1. **TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**III. ANTECEDENTES:**

La menor Sara Vanesa Carvajal Gordillo actuando a través de su señora madre Paola Andrea Gordillo Rodríguez**,**  solicita que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su padre Carlos Alberto Carvajal Giraldo y que se le reconozca la misma a partir del día siguiente, esto es, del 17 de enero de 2011, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las costas procesales y lo ultra o extra petita que resulte probado dentro de la presente actuación.

Fundamenta sus aspiraciones en que nació el 11 de julio de 2000, fruto de la relación que existió entre sus padres Paola Andrea Gordillo Rodríguez y Carlos Alberto Carvajal Giraldo; que su padre viajó a España en el mes de octubre de ese año con el fin de mejorar su situación económica y regresó en el año 2008, momento a partir del cual inició una relación sentimental con la señora Jurledy Franco Cañaveral con quien contrajo matrimonio; que su padre falleció el 17 de enero de 2011, momento en el que se encontraba vinculado a Colpensiones y tenía cotizaciones por más de 50 semanas; que el día 18 de octubre de 2011 nació Karol Carvajal Franco quien fue reconocida como hija del causante por el vínculo matrimonial de su padre con la señora Jurledy Franco; que el 28 de enero de 2014 solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes sin obtener respuesta alguna.

La señora **Jurledy Franco Cañaveral*,*** se opuso a las pretensiones de la demanda y haciendo uso de la figura de interviniente ad excludendum solicitó el reconocimiento de la pensión en cuantía del 50% por ostentar la calidad de cónyuge supérstite del causante Carlos Alberto Carvajal Giraldo argumentando que dicha unión se celebró por los ritos civiles el 6 de noviembre de 2008, conviviendo hasta la fecha de su fallecimiento.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** señaló frente a la demanda inicial que la norma con la cual debe estudiarse la viabilidad de la pensión de sobrevivientes es la Ley 797 de 2003 y aclaró que el causante dejó causado el derecho al punto de haber reconocido la gracia pensional mediante Resolución GNR 225785 de 2014 a la menor Sara Carvajal*-*. Presentó como excepciones las que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción” y; frente a la demanda de la interviniente ad excludendum que se atenía a lo que resultara probado dentro del expediente de acuerdo a los supuestos fácticos y jurídicos aplicables a la pensión de sobrevivientes e interpuso como excepciones de fondo las que rotuló “Incapacidad de la Administradora de Pensiones de definir el derecho”, “Improcedencia de condena por intereses de mora en la forma pretendida”, “Falta de causa por improcedencia de la indexación”, “Exoneración de condena por buena fe” y “Prescripción”.

El curador ad-hoc de la menor **Karoll Carvajal Franco** se opuso al reconocimiento pensional a favor de la señora Jurledy Franco por no acreditar el requisito relacionada con la convivencia por el lapso de 5 años con el causante y, acceder a las pretensiones de la demanda inicial pero modificándola en el sentido de reconocer a cada una de las menores intervinientes el 50% de la prestación.

**IV. SENTENCIA DEL JUZGADO**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, declaró que la señora Jurledy Franco Cañaveral no era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, toda vez que no cumplió con la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, bajo el presupuesto que si bien demostró la calidad de cónyuge supérstite no acreditó más de 5 años de convivencia con el señor Carvajal Giraldo; por su parte, teniendo en cuenta que las menores Sara Vanessa y Karol, acreditaron la condición de hijas del causante, les concedió el derecho en el equivalente al 50% para cada una de ellas.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

 Contra la decisión de primer grado se alzó el apoderado judicial de la interviniente ad excludendum, argumentando que el requisito de la convivencia bajo el cual se fundó la negativa para reconocer la pensión a la señora Jurledy Franco Cañaveral, no tiene cabida dentro del presente asunto, toda vez que solo es exigible respecto del pensionado fallecido y, el señor Carlos Alberto Carvajal ostentaba la calidad de afiliado al sistema, por lo que no se le puede pedir a la señora Franco Cañaveral lo imposible, adicionalmente manifiesta que solo debe exigirse que no exista rompimiento del vínculo matrimonial, conforme se ha analizado por la H. Corte Constitucional y por la H. Corte Suprema de Justicia.

 Por su parte, teniendo en cuenta que la decisión fue adversa a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, se ordenó el grado jurisdiccional de consulta frente a la misma.

1. **CONSIDERACIONES**

 **Del problema jurídico.**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

¿Dejó causada con su deceso la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios el señor Carlos Alberto Carvajal?

¿Debe la señora Jurladi Franco Cañaveral acreditar el tiempo de convivencia previsto en el artículo 46, literal a, de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con el deceso de su cónyuge quien ostentaba la calidad de afiliado al sistema pensional?

 ¿Tienen derecho las menores Sara Vanesa y Karol Carvajal a acceder a la pensión de sobrevivientes causada con el deceso del señor Carlos Alberto Carvajal?

**De la Pensión de Pensión de sobrevivientes**

Es sabido que la norma que regula la pensión de sobrevivientes es aquella que se encuentre vigente al momento en que se produzca el deceso del afiliado al sistema pensional o del pensionado.

Precisado lo anterior y encontrándose probado que el deceso del señor Carlos Alberto Carvajal ocurrió el 17 de enero de 2011 *–fl. 14 del cuaderno de primera instancia-*, las disposiciones que regula el presente asunto son el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que determina los requisitos para acceder a la pensión, así:

**“ARTÍCULO 46**. **REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento”.

 Y, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que precisa quiénes son los beneficiarios de la pensión y los requisitos que estos deben cumplir, así:

**ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. SON BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES:**

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;

**(…)**

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 cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, "esto es, que no tienen ingresos adicionales", mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay **invalidez** se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

 **Caso concreto:**

 Se reitera que el señor Carlos Alberto Carvajal falleció el 17 de enero de 2011; ahora, revisando la historia laboral de advierte que dentro de los 3 años anteriores a esa calenda tenía un total de 82,57 semanas de cotización al sistema pensional *–historia laboral visible a folio 52 del cd. 1.-*, por lo que no existe dificultad para afirmar que dejó causado el derecho para que sus beneficiarios accedan a la gracias pensional.

 Determinado lo anterior y como quiera que dentro del presente asunto se anuncian como beneficiarias la señora Jurledi Franco Cañaveral por ostentar la calidad de cónyuge sobreviviente y las menores Sara Vanesa y Karol Carvajal, se procederá a verificar si lograron acreditar los requisitos correspondientes.

 Respecto del derecho que reclama la señora Franco Cañaveral en su condición de cónyuge supérstite del causante, le correspondía a ella demostrar además del vínculo matrimonial, el requisito de convivencia exigido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

 Ahora, teniendo en cuenta que en la alzada el apoderado judicial basa su inconformidad en que este requisito solo es exigible cuando quien deja causado el derecho ostentaba la calidad de pensionado, se considera pertinente traer a colación el siguiente extracto jurisprudencial donde se precisa que tal exigencia también debe cumplirla la cónyuge supérstite beneficiara del afiliado al sistema pensional.

*“La disposición en cita, establece con claridad que para que el (a) cónyuge o el (a) compañero (a) supérstite, tenga derecho a la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado, es necesario 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»****.***

*Es decir, que como presupuesto esencial para su causación, señaló el requisito de la convivencia efectiva, real y material entre la pareja, que la Corte ha entendido que «solo se puede predicar de quienes además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante al auxilio mutuo –elemento esencial del matrimonio según el artículo 13 del CC-, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales», tal cual lo dejó adoctrinado en la sentencia CSJ SL, 31 ene. 2007, rad. 29601, recientemente reiterada en la CSJ SL5640-2015.*

*Dicho de otra manera, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, la cónyuge supérstite, tiene que demostrar una convivencia efectiva por el tiempo señalado en la norma objeto de estudio -5 años-, independientemente del vínculo matrimonial, pues lo que procura esta prestación es la protección de la familia y la compensación mínima ante la pérdida de un ser querido; de allí que cuando no se encuentra acreditada la unión, el apoyo las manifestaciones a partir de las cuales se predica la existencia de la familia, se descarta otorgar la prestación pretendida”[[1]](#footnote-1).*

 Definido lo anterior, es claro que el causante contrajo matrimonio civil con la señora Jurlady Franco el 06 de noviembre de 2008, según el registro civil visible a folio 36 del expediente, sin que en el mismo se observe nota marginal que dé cuenta de la disolución de ese vínculo o de la sociedad conyugal que consecuencialmente nació.

 Ahora, respecto al término de la convivencia, no existe duda que todos los testigos coincidieron en afirmar que la pareja conformada por los señores Carlos Alberto y Jurlady vivieron bajo el mismo techo con posterioridad a la celebración de su matrimonio, no antes, acto que como ya se acotó en precedencia, ocurrió el 6 de noviembre de 2008.

 Igualmente, es importante resaltar que la misma Jurladi al momento de absolver el interrogatorio de parte que le fuera formulado indicó que su estado civil era viuda y que estuvo casada con el señor Carlos Alberto Carvajal Giraldo por el término de dos años y tres meses y que hizo vida marital con él después del 6 de noviembre de 2008 que se casaron.

 De conformidad con lo expuesto, conforme lo concluyó la funcionaria de primera instancia no se satisfizo por la señora Cañaveral Franco el requisito de convivencia exigido por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, motivo por el cual no tiene derecho a percibir la pensión que reclama.

 Por su parte, encuentra la Sala que las menores de edad Sara Vanessa Carvajal Gordillo y Karoll Carvajal Franco tienen derecho a gozar de la pensión de sobrevivientes que reclaman, toda vez que para ello lo único que debían demostrar era el vínculo que sostenían con el causante, mismo que se encuentra acreditado con los registros civiles de nacimiento que se observan a folios 11 y 37 del expediente, respectivamente, dan fe de que ellas son hijas del señor Carlos Alberto Carvajal Giraldo; tal y como lo estableció la funcionaria de primer grado en la sentencia que es objeto de revisión.

 Finalmente, teniendo en cuenta que en el presente asunto, al haberse reconocido el derecho a favor de dos menores de edad, no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción de conformidad con lo previsto por los artículos 2541 y 2530 del Código Civil y, que no hubo condena en contra de Colpensiones por concepto de intereses o indexación, la Sala se releva de efectuar disquisiciones al respecto.

Así las cosas, se observa que la sentencia objeto de censura es acertada y habrá de confirmarse.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **PAOLA ANDREA GORDILLO RODRÍGUEZ** actuando en nombre y representación de la menor **SARA VANESSA CARVAJAL GORDILLO** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** y otras, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** **CONDENAR** en costas en esta instancia a la parte recurrente, señora Jurlady Frando Cañaveral en un 100 %.

**NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.**

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

**LEONARDO CORTÉS PÉREZ**

Secretario

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. SL12173-2015, Radicación N.° 47534 [↑](#footnote-ref-1)