**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-001-2014-00558-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Francely Salazar Carvajal

**Demandado:** Colpensiones

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

**Magistrada Ponente:** Olga Lucía Hoyos Sepúlveda.

**Tema a tratar:**

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – EXISTENCIA DE CÓNYUGE SEPARADA DE HECHO Y COMPAÑERA PERMANENTE:**

Los anteriores medios de convicción, permiten inferir que la convivencia que en alguna oportunidad se dio entre la señora Alba Judith Correa y el señor Mario Ignacio Abril, lo fue en virtud del matrimonio que entre ellos dos se celebró, mismo que se mantuvo vigente y sin disolución de la sociedad conyugal hasta el día del fallecimiento de este último; coexistencia que además fue anterior a la iniciada por este con la señora Francely Salazar, con lo cual se acreditan las exposiciones efectuadas por cada una de las citadas, a través de la demanda y de su contestación, respectivamente; de lo cual se concluye que no hubo simultaneidad en la misma.

Sobre el particular la Corte Constitucional, en sentencia C-1035/08, declaró condicionalmente exequible el inciso tercero del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2.003, en el entendido de que la prestación se dividirá en proporción al tiempo convivido.

En este punto, resulta menester aclarar que el órgano de cierre de la especialidad laboral, en sentencias del 29 de noviembre de 2011 y 24 de enero de 2012, radicados 40055 y 41637 respectivamente, precisó que en tratándose del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, la convivencia por el término de cinco años de que habla la norma, puede ser cumplida en cualquier tiempo de la vida conyugal, pues es apenas lógico que cuando se alude a la separación de hecho, se parte del supuesto de que no hay convivencia y comunidad de vida entre los cónyuges.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los dos (02) días del mes de agosto de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve y treinta minutos de la mañana (09:30 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 interpuesto por las partes y la litisonsorte necesaria respecto de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Francely Salazar Carvajal** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** y al que fue vinculada como litisconsorte necesaria la señora **Alba Judith Correa Fonseca,** radicado bajo el N° 66001-31-05-001-2014-00558-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderada:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderada:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos atendiendo lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

* 1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

La señora Francely Salazar Carvajal solicita el reconocimiento de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del causante Mario Ignacio Abril Munevar, a partir del 11 de agosto de 2013, con el respectivo retroactivo; igualmente, se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) el día 11 de agosto de 2013 falleció el señor Mario Ignacio Abril Munevar; (ii) a la fecha de fallecimiento y desde lustros atrás, esto es, desde el 7 de febrero de 1990, convivió en unión marital permanente y singular con la señora Francely Salazar Carvajal, esto es, por 23 años, 6 meses y 4 días; (iii) unión dentro de la cual procrearon al menor Mario Andrés Abril Salazar, quien nació el 30 de marzo de 2002; (iv) al momento del fallecimiento del señor Abril Munevar, ostentaba la calidad de pensionado por vejez por COLPENSIONES; (v) el causante contrajo matrimonio con la señora Alba Judith Correa el 31 de julio de 1976, sin embargo, él manifestaba que la unión solo se había extendido por 7 años y antes de iniciar su relación con la actora, había estado 6 años solo; (vi) la demandante solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la sustitución pensional, pero la misma le fue negada, teniendo en cuenta petición que en igual sentido había formulado la señora Alba Judith Correa, por lo que el reconocimiento de la prestación quedó en suspenso.

La **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones y como razones de defensa señaló que no está obligada a reconocer y pagar la pensión hasta tanto se compruebe y se decida, a quién corresponde el derecho dejado con ocasión del fallecimiento de señor Abril Munevar; propuso como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”

La citada al proceso en calidad de litisconsorte necesaria, **Alba Judith Correa Fonseca,** dentro del término legal contestó la demanda, se opuso a las pretensiones allí formuladas y, en su lugar, solicitó que se condenara a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la sustitución pensional, desde la fecha del fallecimiento del causante, ocurrida el 12 de agosto de 2013. Propuso como medio de defensa, la excepción de “Cobro de lo no debido” la que fundamentó, al indicar que la demandante no cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la sustitución pensional, puesto que según consta en la Escritura Pública N° 4400 de 22 de diciembre de 2011, otorgada en la Notaría 6 de Cali, su estado civil era “soltera sin unión marital de hecho vigente”, por lo que se evidencia que para el año 2013, fecha del fallecimiento del pensionado, no podía cumplir con el requisito de convivencia dentro de los 5 años continuos anteriores a la muerte del causante.

* 1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, declaró que la demandante en calidad de compañera permanente y la señora Alba Judith Correa, en calidad de cónyuge, eran beneficiarias de la sustitución pensional, reconociendo la prestación en el equivalente al 61.05% y 38.95%, respectivamente, conforme al tiempo de convivencia demostrado. Se abstuvo de condenar al pago de intereses moratorios, teniendo en cuenta que la demora en el reconocimiento se dio por la concurrencia de reclamaciones entre las aludidas señoras.

Para arribar a la anterior conclusión, manifestó que de conformidad con lo expuesto en la demanda, acerca que la demandante convivió con el causante desde febrero de 1990 y, la contestación dada por la señora Alba Judith, en el sentido que su convivencia con el causante se extendió desde el día del matrimonio y hasta 1989; puede concluirse que la convivencia no fue simultánea. Si bien Alba no allegó pruebas para acreditar esa convivencia, se puede decidir que se extendió hasta el año 1989 cuando la demandante inició la relación amorosa con el causante. Determinó que los testigos fueron contestes en afirmar que la pareja convivió en el Barrio el Poblado de esta ciudad, en Australia y Estados Unidos, de donde retornaron 2 años antes del fallecimiento del señor Mario, a vivir nuevamente en el Poblado, información que es verdadera porque a ese lugar fue remitida comunicación enviada por Colpensiones.

* 1. **Síntesis de los recursos de apelación**

Inconforme con la decisión, la parte actora, la entidad demandada y la litisconsorte necesaria, interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

El apoderado de la señora Francely Salazar, manifestó en forma concreta que el juzgado dedujo del interrogatorio de parte absuelto por su representada, una extensión de una relación matrimonial entre el señor Mario y Alba Judith, cuando ella no lo dijo, toda vez que ella lo único que manifestó es desde cuándo inició su relación con el causante; de tal manera que no puede deducirse que el periodo de convivencia anterior, haya sido permanente.

Colpensiones, indicó que había ausencia de prueba para determinar el tiempo de convivencia de la cónyuge. Tampoco de la demandante, como quiera que el juzgado no tuvo en cuenta que en documento notarial la señora Francely Salazar, confesó que su estado civil era soltera y no tenía relación marital con alguien. Indicó finalmente, que de los testigos solo se puede inferir una convivencia en el último año y medio anterior al deceso del compañero y no desde el año 1990.

Por su parte, el vocero judicial de la señora Alba Judith, refirió que los testigos solo dan cuenta de la convivencia anterior al viaje a los Estados Unidos y una vez llegaron de ese lugar, por lo que no se puede dar por sentado que todo el tiempo haya permanecido la misma. Reitera lo expuesto en la contestación de la demanda, respecto del contenido de la escritura pública otorgada en la ciudad de Cali.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos.**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los problemas jurídicos en los siguientes términos:

1.1. ¿Logró la demandante cumplir con la carga probatoria de demostrar que ostentó la calidad de compañera permanente del señor Mario Ignacio Abril Munevar, dentro de los 5 años anteriores al deceso de este, para ser considerada beneficiara de la sustitución pensional causada con su deceso?

1.2. ¿Le asiste a la señora Alba Judith Correa Franco, en calidad de cónyuge supérstite separada de hecho del causante, algún derecho pensional por el deceso de este?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

Con el propósito de dar solución a los anteriores interrogantes, se considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

**2.1. De la intervención ad excludendum**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

Sea lo primero advertir, que la línea trazada por esta Corporación[[1]](#footnote-1), en relación con el conflicto generado entre varios beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, es que una vez presentada la demanda por uno de ellos, el otro debe presentar sus propias pretensiones y no limitarse simplemente a contestar la demanda, para de esta manera facultar al juzgador a analizar su eventual derecho y reconocérselo, actividad que debe llevar a cabo a través de la figura de la intervención ad excludendum.

Al respecto, se considera que no debe exigirse al interviniente, que al momento de hacerlo lo haga mediante un escrito formal de demanda o indicando que lo hace como “interviniente ad – excludemdun”, toda vez que basta con que formule sus propias pretensiones, lo que conlleva, per se, el desconocimiento o exclusión de la pretensión de la parte actora inicial.

**2.1.2. Fundamento fáctico**

En el caso concreto, se observa que la señora Alba Judith Correa, a través de apoderado judicial, presentó un escrito de contestación a la demanda principal –fls. 145 y s.s.-, refiriéndose a cada uno de los hechos y se opuso expresamente a la prosperidad de las pretensiones de la demandante, sin embargo, solicitó al Despacho, ordenarle a Colpensiones reconocerle la sustitución pensional desde el día en que falleció el causante; manifestación con la cual se entiende, se habilitó a la funcionaria de primer grado para pronunciarse frente a su derecho pensional, como en efecto lo hizo, al constituir tal petición, en los términos del derecho procesal, una pretensión, que es la forma en que se ejercitó el derecho de acción; que si bien el instrumento es el documento llamado demanda, en el presente caso, el derecho de acción se ejerció en el mismo escrito en que dio respuesta a las súplicas de la demanda principal, y no por ello puede desconocerse, pues es clara la intención de la señora Alba Judith Correa, de oponerse a la demandante y al mismo tiempo solicitar para si el reconocimiento de su derecho, resultando repetitivo en este caso otro escrito denominado demanda con el mismo contenido de la contestación.

**3.1. De la pensión de sobrevivientes**

Ahora bien, dentro del presente proceso no se encuentran en discusión los siguientes aspectos: i) la calidad de pensionado por vejez del causante, conforme se desprende del contenido de la Resolución N° 2012\_1061283 de 6 de diciembre de 2012 –fl. 48 y s.s.; ii) el óbito del señor Mario Ignacio Abril Munevar tuvo ocurrencia el 11 de agosto de 2013; iii) entre el causante y la demandante, se procreó un hijo, Mario Andrés Abril Salazar, quien nació el 30 de marzo de 2002 en Estados Unidos; iv) mediante Resolución N° GNR 299935 de 27 de agosto de 2014 –fl. 84 y s.s.-, la Administradora Colombiana de Pensiones, le reconoció la pensión de sobrevivientes al aludido menor en el equivalente al 50%, dejando en suspenso el porcentaje restante, en virtud de las reclamaciones efectuadas por las señoras Francely Salazar y Alba Judith Correa y; (v) la señora Alba Judith Correa y el señor Abril Munevar, contrajeron matrimonio por los ritos católicos el día 31 de julio de 1976, conforme consta en el registro civil de matrimonio, visible a folio 21, sin que en el mismo repose nota marginal de cesación de efectos civiles o de disolución de sociedad conyugal.

**3.1.1. Fundamento jurídico**

Bien es sabido que la norma que rige el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es aquella que se encuentre vigente al momento en que se presente el deceso del afiliado o pensionado, que para el presente asunto lo fue, el 11 de agosto de 2013, por lo tanto, debemos remitirnos al contenido de los artículos 46 y s.s. de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el causante al momento del fallecimiento, ostentaba la calidad de pensionado, no se advierte la necesidad de verificar el cumplimiento del requisito relacionado con las semanas de cotizaciones *–artículo 46 numeral 1° de la Ley 100 de 1993, modificado por el 12 de la Ley 797/2003-.*

Conforme lo anterior, la controversia se limita a determinar si la demandante, señora Francely Salazar Carvajal tiene mejor derecho que el de la señora Alba Judith Correa, cónyuge supérstite y separada de hecho del causante, para acceder a la sustitución pensional causada por el deceso de este o, si por el contrario, las dos pueden beneficiarse de esa prestación.

Así las cosas, resulta imperioso para resolver el interrogante planteado, analizar el aspecto relacionado con la convivencia, pues el sentido de la decisión dependerá de si la misma, lo fue o no en forma simultánea, entre las reclamantes con el causante, tal y como se desprende del contenido del inciso final del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

**3.1.2. Fundamento fáctico:**

Para dilucidar lo anterior, se escucharon los testimonios de las siguientes personas:

* **María Liliana Cruz Díaz:** (residente en el Barrio Poblado II, vecina de la demandante desde hace 22 años)

Manifestó que la familia estaba constituida por don Mario, el niño y Francely, que toda la vida los distinguió viviendo en el Poblado, aunque precisa que ellos vivieron 11 años en Australia y 10 en Estados Unidos. Refirió que los conoció desde el año 1995 en adelante más o menos, que tenía mucho contacto con el señor Mario porque se encontraba con él en el antejardín organizando las matas, precisa que para el año 2008, no los visitó porque estaban en E.U. y ella no tenía visa. Manifestó no conocer a la señora Alba Judith Correa. Por último, expresó que el señor Mario murió de cáncer en el estómago.

* **Carlos Julio Sánchez Rivera:** Conoce a la señora Francely hace uno 27 años, porque él tenía un equipo de futbol y el señor Mario jugaba con él y al principio iba con la hija y después con la señora Francely. Aclara que no conoció a la madre de esa hija, que ella en la actualidad debe tener unos 40 años. Refiere que la pareja inició la relación entre los años 1989 y 1990, que procrearon un hijo que nació en los Estados Unidos, pero que antes habían vivido en Australia y que después de llegar de E.U. como a los 2 años fue que Mario murió, que ellos nunca se separaron y que la demandante fue quien lo cuidó mientras estuvo enfermo.
* **Alba Lucía Osorio Gómez:** (Residente en el barrio El Poblado)

Conoce a Francely desde hace 27 años porque el esposo de ella y el de Francely jugaban futbol juntos. Relató que la pareja vivió en el Poblado, que se fueron para Australia dos años y eso fue en el año 1997, que lo recuerda porque ese año falleció su esposo; que regresaron como un año y luego se fueron para Estados Unidos como 11 años y luego regresaron a la misma casa, que nunca se separaron y tuvieron un hijo que debe tener 12 o 13 años. Refirió que el causante tenía una hija con otra señora, pero que nunca la conoció y que inclusive no asistió al velorio.

Por su parte, la señora **Francely Salazar Carvajal**, en interrogatorio de parte, manifestó que conoció al señor Mario trabajando en el año 1989 y luego iniciaron su relación sentimental para el año 1990. Vivieron inicialmente en el Poblado entre los años 1990 y 1997, que en este año viajaron a Australia y allí permanecieron 2 años, volvieron a Pereira 1 año más y viajaron de nuevo, pero con destino a los Estados Unidos, donde que quedaron por 11 años, al cabo de los cuales regresaron a Pereira y luego de 2 años fue que falleció Mario. Refirió saber de la existencia de la señora Alba Judith, que era la exesposa de su compañero, quien siempre le dijo que en esa relación había finiquitado todo, aclaró que no la conoció. Que a las honras fúnebres no asistió la esposa, pero si lo hizo la hija de ellos, quien también lo visitó mientras estuvo enfermo.

Ahora, en relación con la prueba documental, debe recordarse la existencia del registro civil de matrimonio celebrado entre el causante y la señora Alba Judith Correa.

Los anteriores medios de convicción, permiten inferir que la convivencia que en alguna oportunidad se dio entre la señora Alba Judith Correa y el señor Mario Ignacio Abril, lo fue en virtud del matrimonio que entre ellos dos se celebró, mismo que se mantuvo vigente y sin disolución de la sociedad conyugal hasta el día del fallecimiento de este último, la que además fue anterior a la iniciada por este con la señora Francely Salazar como se acredita con la confesión espontánea efectuada por el apoderado de la parte demandante (artículo 197 del C.P.C.) en el hecho 9 de la demanda, al manifestar que “*dicha unión matrimonial – contaba el fallecido-, perduró durante siete años y antes de constituir su relación con la señora Francely Salazar Carvajal, permaneció otros 6 años, sin unión alguna”* , supuesto fáctico que favorece a la parte contraria pues precisó lo que escuchó de su compañero, dicho que además se corrobora con el nacimiento de una hija, existencia que informan los testigos, con lo cual se acreditan las exposiciones efectuadas por cada una de las citadas, a través de la demanda y de su contestación, respectivamente; esta última solo por siete años y no como lo dijo por un lapso de 14 años, de lo cual se concluye que hubo convivencia con cada una de ellas por espacio superior a los 5 años sin ser simultánea.

En este punto erró la jueza al deducir una convivencia superior a los siete años confesado por la parte actora, único medio de prueba sobre ese término, por lo que habrá de modificarse la sentencia en lo que respecta al porcentaje a reconocer a cada una de las beneficiarias

Sobre el particular la Corte Constitucional, en sentencia C-1035/08, declaró condicionalmente exequible el inciso tercero del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2.003, en el entendido de que la prestación se dividirá en proporción al tiempo convivido.

En este punto, resulta menester aclarar que el órgano de cierre de la especialidad laboral, en sentencias del 29 de noviembre de 2011 y 24 de enero de 2012, radicados 40055 y 41637 respectivamente, precisó que en tratándose del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, la convivencia por el término de cinco años de que habla la norma, puede ser cumplida en cualquier tiempo de la vida conyugal, pues es apenas lógico que cuando se alude a la separación de hecho, se parte del supuesto de que no hay convivencia y comunidad de vida entre los cónyuges.

En ese orden, ambas reclamantes fincaron sus pretensiones en el hecho de haber convivido con el pensionado, sin que se presentara convivencia simultánea, pues la prueba recaudada dentro del plenario, permite concluir, como ya se indicó que, (i) para la fecha del deceso de Mario Ignacio Abril, éste ya no tenía vida marital con su cónyuge, pero sin embargo, con ella había convivido por más de 5 años, esto es, entre los años 1976 -cuando contrajeron matrimonio- hasta el año 1983, porque estuvo seis años solo antes de iniciar, en el año 1990 la relación sentimental con la aquí demandante- y, (ii) que la actora, acreditó igualmente, una convivencia con el afiliado fallecido, superior a 5 años, pues la misma inició desde por lo menos, el año 1990, como se precisó con antelación y estuvo vigente hasta la fecha en que aquel murió, esto es, 13 de agosto de 2012, como pasará a indicarse.

En efecto, encuentra la Sala que la convivencia entre los compañeros permanentes sí se extendió hasta la fecha de fallecimiento del señor Mario Ignacio Abril porque: (i) los testigos concuerdan en exponer que la pareja permaneció junta en el exterior donde nació su hijo y luego regresó al país, de lo que se infiere que nunca dejó de existir convivencia, la que superó los 5 años, al decir todos que esa unión inició en 1990; (ii) lo que ratifica la reclamación administrativa elevada por el causante, tendiente al reconocimiento de la pensión de vejez y que fuera radicada ante Colpensiones el 28/11/2012 –fl. 37- en la que se registró a la señora Francely Salazar Carvajal como beneficiaria en calidad de compañera permanente; (iii) en el aludido formato, el causante plasmó como su dirección de residencia la Mz 18, casa 24 del Barrio el Poblado II, siendo esta precisamente, la dirección que la demandante refirió en la demanda para recibir notificaciones; (iv) mientras que la señora Alba Judith Correa en el formato que diligenció para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes registró que su dirección de correspondencia era en la ciudad de Bogotá –fl. 55-, la señora Francely plasmó la dirección del Barrio el Poblado de esta ciudad, que se itera, era la misma reportada por el causante –fl. 68-; es decir, se evidencia que los señores Francely y Mario Ignacio, compartieron techo hasta el día de su muerte.

Ahora bien, si bien como lo refirieron los apoderados de Colpensiones y de la señora Alba Judith Correa, en la escritura pública otorgada el día 22 de diciembre de 2011, aparece la señora Francely Salazar, con estado civil soltera y sin unión marital de hecho; esa afirmación se cae por su propio peso con el análisis que se efectuó en precedencia, esto es con la información suministrada por los testigos y los formatos diligenciados ante Colpensiones, que fueron diligenciados con posterioridad a la suscripción de la escritura pública, aunado a ello, se advierte que en la misma escritura, del señor Mario Ignacio Abril se omitió hacer referencia acerca de su estado civil y no por ello, se desconoce la calidad de cónyuge con la señora Alba Judith Correa.

En suma, se advierte que la convivencia con el causante de parte de la señora Alba Judith Correa –cónyuge- se presentó entre el 31 de julio de 1976 a 1983 –se entenderá que hasta el 31 de diciembre-, esto es, 7 años y 5 meses; la señora Francely Salazar entre el año 1990 –se entenderá 1° de enero- al 11 de agosto 2013, esto es, por 23 años 8 meses y 11 días; periodos que constituyen el 100% de convivencia a determinar, con el fin de hallar el que le corresponde a cada una de las beneficiarias.

-Cónyuge: 23,837%

- Compañera permanente: 76,162%

Así las cosas, encuentra esta Corporación que el periodo de convivencia y el porcentaje indicado en la primera instancia respecto de ambas reclamantes, no es exacto y por lo tanto, se modificará la decisión en ese sentido.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión de primera instancia será confirmada, con excepción de los numerales tercero y cuarto que se modificarán para corregir el porcentaje que le corresponde a las beneficiarias respecto de la pensión de sobrevivientes causada por el señor Mario Ignacio Abril Munevar y el valor de retroactivo respectivo, que además se actualizará hasta la fecha.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la parte actora y de la interviniente ad-excludendum.

Por su parte, se condenará en costas a la parte demandante a favor de la señora Blanca Judith Correa y de esta a favor de la demandante.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señor **Francely Salazar Carvajal** y al que fue vinculada como litisconsorte necesaria la señora **Alba Judith Correa Fonseca**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, salvo los numerales tercero y cuarto que quedarán así:

*TERCERO:CONDENAR a la Administradora Colombina de Pensiones COLPENSIONES al pago de la pensión de sobrevivientes, de la señora Francely Salazar Carvajal, a partir de la ejecutoria de la presente providencia, en porcentaje del 76,162% y a la señora Alba Judith Correa Fonseca en el equivalente al 23,837%.”*

*CUARTO: ONDENAR a la Administradora Colombina de Pensiones COLPENSIONES al pago de la pensión de sobrevivientes, de la señora Francely Salazar Carvajal, la suma de $21´157.004 y a la señora Alba Judith Correa Fonseca la suma de $6´621.668, por concepto de retroactivo pensional causado entre el 11 de agosto de 2013 y el 31 de julio de 2016.*

*La pensión deberá ser debidamente cancelada a partir del 1° de agosto de 2016, hasta que el joven Mario Andrés Abril Salazar cumpla la mayoría de edad o hasta que culmine sus estudios y cumpla 25 años de edad, teniendo este el 50% restante. Posteriormente a dicha calenda, COLPENSIONES deberá acrecentar la prestación a favor de las señoras Francely Salazar Carvajal y Alba Judith Correa Fonseca, en el porcentaje que le corresponda a cada una, en forma vitalicia y hacia futuro, teniendo en cuenta los reajustes de ley y una mesada adicional.*

*Se ordena la inclusión en nómina de las beneficiarias y para el efecto, se le concede a la entidad demandada un mes a partir de la ejecutoria de este proveído”*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**TERCERO:** Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la parte actora y de la interviniente ad-excludendum.

Por su parte, se condenará en costas a la parte demandante a favor de la señora Blanca Judith Correa y de esta a favor de la demandante.

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**  **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada

**DANIEL BERMÚDEZ GIRALDO**

Secretario *Ad-hoc*



##  TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Pereira, agosto dos (2) de dos mil dieciséis

Con el debido respeto, debo salvar parcialmente mi voto, por cuanto considero que la pensión de sobrevivientes sólo debió serle reconocida a la señora Francely Salazar Carvajal, en virtud a que la señora Alba Judith Correa Fonseca, convocada al proceso en calidad de Litis consorte necesario, si bien, en el texto de la contestación de la demanda, reclamó para sí el derecho pensional, lo cierto es que tal proceder no basta para acceder a su solicitud, como lo decidió la mayoría, pues como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral, si se quiere lograr tal objetivo es preciso la presentación de la demanda de tercero excluyente.

En efecto, desde el auto de 17 de marzo de 2012, proferido en el proceso de **Juan Manuel Agudelo Giraldo y otra contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías y otros,** radicado No. **66001-31-05-001-2009-01456-01**, está Sala dejó sentado que cuando a un proceso comparecen beneficiarios que se disputan la pensión de sobrevivientes, una vez presentada la demanda por uno de ellos, ya sea que el otro haya sido demandado por él, o simplemente se hubiese convocado como litisconsorte o tercero interesado, la simple contestación de la demanda o su intervención como tercero, procesalmente no habilita al juez para proferir una sentencia que termine concediéndole a él, el derecho que se debate en el proceso.

Para que a ese convocado al proceso se le pueda asignar el derecho es necesario que presente su propia demanda, cometido que se debe perseguir por medio de la figura de la intervención *ad excludendum,* prevista en el artículo 53 del C.P.C. (hoy 63 del C.G.P.) que, en vigencia de la primera disposición citada, podía hacerse efectiva hasta antes de que se profiera sentencia de primera instancia y hoy por hoy hasta antes de la realización de la primera audiencia*.*

Es que una cosa, es la forma como la persona es convocada al proceso a efectos de conformar el contradictorio y otra muy distinta son las posibilidades procesales que tiene de ejercer su derecho de defensa, dentro de las cuales, la ley le otorga el derecho a hacer una intervención excluyente, con base en el artículo 53 del C.P.C., hasta antes de que se profiera sentencia de primera instancia.

La anterior exigencia, lejos de constituir un simple formalismo, es reflejo del respeto debido al artículo 29 constitucional en cuanto garantiza los derechos de defensa de la entidad demandada y del actor original que, de aceptarse la posibilidad de conceder, con la simple contestación de la demanda por parte de sus codemandados, la pensión a favor de estos últimos, como aquí ocurrió, resultan vencidos en juicio, **sin haber tenido la oportunidad de contradecir los hechos en que estos sostienen su solicitud de reconocimiento prestacional, ni mucho menos de controvertir sus pruebas y solicitar las suyas propias en relación con esa intervención**.

En el presente caso, a folio 157 del expediente, se observa que, luego de contestada la demanda por la señora Alba Judith Correa Fonseca, inmediatamente convocó a la audiencia de conciliación de que trata el artículo 77 del C.P.T.S.S., esto es, que no hay duda alguna de que, respecto a sus aspiraciones, la actora inicial y la entidad demandada, no pudieron conocer los hechos que fundamentaban sus aspiraciones, pero mucho menos tuvieron la oportunidad de pedir pruebas en orden a desvirtuar su eventual derecho.

Dejo así salvado parcialmente mi voto, pues como atrás lo dije, el derecho solo debió ser reconocido a la actora inicial.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Magistrado**

1. M.P. Julio César Salazar Muñoz. Rad. 2009-01456 de 17 de marzo de 2012

 M.P. Ana Lucía Caicedo Calderón. Rad. 2014-00040 de 12 de junio de 2015. [↑](#footnote-ref-1)