

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25386-31-03-001-2015-00190-01
Demandante: **MARÍA DELFINA VIRACACHA MORALES**
Demandados: **MARÍA OLIVA GARCÍA BARRAGAN Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**

En Bogotá D.C. a los veintiséis (26) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020) la Sala de decisión Laboral que integramos MARTHA RUTH OSPINA GAITAN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP, y quien la preside como ponente JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020. Examinadas las alegaciones, se procede a resolver los recursos de apelación interpuestos, contra la sentencia de 28 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

MARÍA DELFINA VIRACACHA MORALES demandó a **MARÍA OLIVA GARCÍA BARRAGAN**, para que previo el trámite del proceso ordinario se declarara que en su condición de cónyuge supérstite del causante **REINALDO FANDIÑO BARRAGÁN**, quien falleciera el 10 de julio de 2011, tiene derecho en forma vitalicia a la pensión de sobrevivientes, dirimiéndose así el conflicto suscitado entre las partes; en consecuencia se ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el reconocimiento y pago de la acreencia de sobrevivencia a su favor con el retroactivo correspondiente y, se condene en costas a la demandada.

Como fundamento de las peticiones, expuso que con **REINALDO FANDIÑO BARRAGÁN** (Q.E.P.D.), contrajo matrimonio el 15 de enero de 1972, en la iglesia de San Joaquín de la Mesa Cundinamarca, debidamente registrado en el libro de matrimonios de la Inspección de ese lugar; procreando 6 hijos, hoy todos mayores de edad; que

la convivencia duro “...hasta el año 1993, o en total mi convivencia junto a él fueron veintidós años (22) años, hasta que decidió marcharse a vivir solo y posteriormente supe que había procreado un hijo por fuera del matrimonio...”; luego del deceso del causante, la mamá del hijo habido solicitó la pensión de sobrevivientes a favor de BRAYAN STIVEN FANDIÑO CASTRO, nacido el 17 de agosto del año 2007 y “...la señora MARÍA Olivia García Barragán a nombre de ella en calidad de compañera permanente...”; con Resolución No. 270069 de 26 de julio de 2014 se le reconoció al hijo el 50%; la actora elevó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o la indemnización sustitutiva en el año 2012, y el 18 de octubre de esa anualidad le indicó que tenía dos meses para dar respuesta completa a lo solicitado; transcurrido dicho lapso sin recibir contestación alguna a su petición, interpuso acción de tutela contra la entidad y mediante fallo de 20 de noviembre de 2014 se le ordenó a COLPENSIONES dar respuesta de fondo, quien el 4 de junio de 2015 le notificó la Resolución No. GNR 145984 de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones, informándole que había dejado en suspenso el 50% a quien pueda acreditar mejor derecho ante la controversia entre la cónyuge y la compañera “...hasta tanto allegue orden judicial que dirima el conflicto...”, y que el otro 50% le fue asignado al hijo menor (fls. 19 a 21). La demanda fue admitida el 22 de septiembre de 2015 (fl. 22).

MARÍA OLIVA GARCÍA BARRAGÁN recorrió el traslado de ley, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, solicitando “...reconocer a la señora MARÍA OLIVIA GARCÍA BARRAGÁN, ... en su calidad de compañera permanente como única con derecho a la sustitución de la pensión de sobrevivientes y ordenar a COLPENSIONES que pague a mi poderdante las respectivas mesadas pensionales causadas y no cobradas e indexadas desde el momento en que falleció su difunto compañero permanente REINALDO FANDIÑO BARRAGÁN, es decir desde el día 10 de julio de 2011...”; así como que “...la condena en costas y gastos del proceso se impongan a la parte demandante. Mi poderdante, es una persona de escasos recursos y dependía económicamente de marido REINALDO FANDIÑO BARRAGÁN con quien convivió desde el 17 de octubre de 1994 hasta el día de su fallecimiento en la Clínica San Sebastián de Girardot esto es, el día 10 de julio de 2011...”, peticionando además “...informar sobre la existencia de este proceso, y la admisión e la demanda a **COLPENSIONES**, considerando que fue la entidad o persona jurídica que negó el reconocimiento de la sustitución pensional a la parte demandante y a la parte demandada...” (fls. 27 y 28).

Con auto de 10 de marzo de 2017, se dejó sin valor ni efectos las decisiones mediante los cuales había citado a la audiencia prevista en el artículo 77 del CPTSS, y dispuso la vinculación de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la notificación de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (fls. 36 y vto).

Mediante proveído de 9 de octubre de 2019, se tuvo por notificada por conducta concluyente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y por contestada la demanda por parte de ésta (fl. 141), al descorrer el traslado, se opuso las pretensiones de la demanda que no le asiste a la actora el derecho al reconocimiento deprecado; luego de transcribir en el acápite de HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO DE DEFENSA las normas y la jurisprudencia relativas al asunto –artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, Ley 1204 de 2008, artículo 34 Acuerdo 049 de 1990, y varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia “SL 13544-2014”-, concluyó que “...**NO** se dan las condiciones legalmente exigidas y se ve la improcedencia en el reconocimiento de la pretensión del demandante. La entidad que represento siempre ha actuado dentro de los parámetros legales y constitucionales, amparado en el principio del a Buena Fe tanto de esta entidad como de las entidades o personas que acuden a ella...”; de los hechos admitió la petición de la actora y las resoluciones emitidas al respecto; propuso como excepción de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la “innominada o genérica” (fls. 134 a 149 vto.).

II.- SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Civil del Circuito de La Mesa, mediante sentencia de 28 de agosto de 2020, declaró que MARÍA DELFINA VIRACACHÁ MORALES, como cónyuge, tiene derecho al 50% restante de la pensión de sobreviviente que dejó causada REINALDO FANDIÑO BARRAGÁN (Q.E.P.D.); condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA

DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar la acreencia, desde el 10 de julio de 2011 inclusive, de manera vitalicia, se abstuvo de imponer costas (acta fls. 141 y 142).

III. RECURSOS DE APELACION

Inconforme Colpensiones señaló “...Gracias Doctora. Con el respeto acostumbrado me permito interponer el recurso de apelación de la sentencia proferida con el fin de que sea revocada y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas que allí se invocaron en los dos primeros numerales del resuelve. Me permito sustentar el presente recurso con el fin de que el Honorable Tribunal evalúe la respectiva carga probatoria que le competía o le compete a la parte MARIA DELFINA VIRACACHÁ y lo argumente en mis alegatos de conclusión, se evidenciaron ciertos vacíos que no pueden o que dejaron espacios oscuros en el presente proceso, estos se dan a partir de que una vez revisado el expediente administrativo del demandante, se encontró que la señora MARIA DELFINA VIRACACHÁ presentó su respectiva reclamación el 18 de octubre del año 2012, esto al transcurrir casi más de un año del fallecimiento del señor REINALDO FANDIÑO BARRAGÁN, igualmente la señora MARIA OLIVIA GARCIA BARRAGÁN presente solicitud unos meses antes que la señora MARIA DELFINA, esto es el 17 de abril del año 2012, en donde se allegan dos (2) declaraciones extra juicio del año 2012, rendidas ante la Notaría Única del Municipio de Tocaima, en donde la señora YOLANDA COLMENARES VELASQUEZ y ALBA LUCIA CARDOZO, manifestaron conocer a la pareja hace más de 20 años y que les constaba que la señora MARIA OLIVIA GARCIA BARRAGÁN y el señor REINALDO convivían aproximadamente desde el 19 de octubre de 1994, así como también la señora ALBA LUCIA CARDOZO, lo cual ya lo había manifestado, lo cual deja un espacio de duda de lo manifestado por el deponente en este proceso que fue el hijo de la señora MARIA DELFINA VIRACACHÁ y el señor REINALDO FANDIÑO, pues a él no le consta haber conocido una convivencia con la señora MARIA OLIVIA GARCIA, pues él solo la escuchó de su padre que le comentó de ella en el año 99. Igualmente, en el hecho segundo, pues a pesar de que fue aclarado por el apoderado, el doctor OCTAVIO que fue un error, sin embargo éste hecho si concordaría con estas manifestaciones expresadas en la reclamación administrativa y que dejan un espacio aproximadamente de un año de convivencia entre el año 1993 y 1994 que el señor REINALDO FANDIÑO BARRAGAN convivió o habría convivido solo conforme lo manifestó el hecho en la demanda. Conforme a esta claridad a los hechos de la demanda, se tiene que de conformidad a la Sentencia C-515, estaríamos frente al caso contemplado en el inciso final del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el cual la Corte en esta sentencia la analiza y manifiesta unos requisitos sine quanon, sin los cuales no puede hacerse acreedor o beneficiario de la pensión de sobrevivientes, y en este caso dice que cuando existe esta convivencia, o llegan a solicitar entre cónyuge y compañera permanente y hay una sociedad conyugal vigente y que hay separación de hecho, la cónyuge tiene que probar una convivencia de cinco (5) años con antelación al inicio de la última unión marital de hecho. Si tenemos en cuenta esta preceptiva o este requisito que ha reiterado la Corte Constitucional mediante esta sentencia C-515 y dado ese año de interregno que se dio entre la separación de hecho entre la señora MARIA DELFINA VIRACACHÁ y REINALDO y la iniciación de la convivencia con MARIA GARCIA BARRAGAN partiendo de las dos declaraciones Extra juicio que se presentaron en la reclamación administrativa y que reitero coinciden con lo que se había manifestado inicialmente en el libelo demandatorio, no tendría derecho la señora MARIA DELFINA por haber roto mucho antes, o un año antes la convivencia antes de que él iniciara una sociedad patrimonial con otra persona. En este sentido ruego se niegue el derecho a la señora MARIA DELFINA. Igualmente, la señora MARIA GARCÍA, como se manifestó en el fallo de instancia brillo por su ausencia en este proceso y no acreditó los 5 años que requiere anteriores al fallecimiento, ruego se niegue la pensión a ambas y en consecuencia se absuelva a mi representada. Igualmente, en caso de ser confirmada la sentencia de instancia, ruego se mantenga la absolución de costas, se revise en el grado jurisdiccional de consulta y se autorice a mi representada los respectivos descuentos de salud a que haya lugar del retroactivo pensional otorgado desde la fecha del fallecimiento del señor FANDINO, esto es desde el 10 de julio de 2011. En este sentido su Señoría, dejo sentado mi recurso, muchas Gracias, para que sea concedido el mismo...”.

LA DEMANDADA MARIA OLIVIA GARCÍA BARRAGÁN, en uso de la palabra que le fuera concedida, señala: “...Para referirme a los argumentos del doctor SANTIAGO. simplemente para referirme a los argumentos del apoderado de COLPENSIONES, el doctor SANTIAGO y para referirme a la sentencia. En este orden de ideas Señoría, teniendo en cuenta que, por razones de fuerza mayor, los aspectos plantados por su Señoría, los cuales reconoce este apoderado en relación con el testimonio de las personas citadas en la contestación de la demanda, debido a circunstancias de fuerza mayor que no voy a tener en cuenta en este momento ni voy a narrar, **que éste apoderado no va a interponer recurso de apelación.** Pero con relación a las manifestaciones realizadas por el señor apoderado del a entidad COLPENSIONES, el doctor SANTIAGO, si quiero referirme en el sentido de la interpretación de que si existen verdaderamente análisis serios y responsables frente a los argumentos presentados inicialmente por las partes demandante y demandada en este proceso, ya que armaron pruebas en su momento a COLPENSIONES que sirvieron de fundamento para atacar la decisión proferida por la señora Juez; entonces, yo considero que esos testimonios si merecen credibilidad, tanto los que se presentaron en la fase de reclamación ante COLPENSIONES y que verdaderamente representan en uno o en otro sentido el reconocimiento de una convivencia simultánea con dos personas por parte del difunto en este proceso ya mencionado, el señor REINALDO FANDIÑO BARRAGÁN. En ese orden de ideas señoría, inicialmente yo coadyuvo la decisión adoptada por el Despacho y posteriormente iniciare las acciones pertinentes en relación con la señora MARÍA OLIVIA GARCÍA BARRAGÁN a quien no he podido localizar desde hace mucho tiempo. Muchas gracias Señoría...”.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

El apoderado de COLPENSIONES, solicita en las alegaciones se revoque la sentencia, señala que el a quo declaró no probadas las excepciones y condenó a la entidad a pagar la pensión de sobrevivientes a la accionante y no se concedió

el grado jurisdiccional de consulta, por lo que solicita se revise en consulta, que las señoras MARIA OLIVA GARCIA como compañera y MARIA DELFINA VIRACACHA como esposa, no demostraron los requisitos para obtener la pensión, por lo que solicita se tenga en cuenta la sentencia C-515 de 2019 que indicó cuales son los requisitos que se deben acreditar en los casos como en el presente caso. Precisa, que subsidiariamente en caso que no se acojan sus argumentos, se confirme la decisión, sin que de ninguna manera se entienda reconocida las pretensiones, no se condene en intereses moratorios, conforme la non reformatio in pejus, y se autorice los descuentos de salud del retroactivo pensional causado.; así mismo, no se imponga condena en costas pues no se encuentra probado que éstas se causaron en esta instancia, ya que no se otorgó el grado jurisdiccional de consulta, debiéndose garantizar que se surtiera el mismo, y velar por la legalidad de los resuelto por el a quo. A su vez, el apoderado de la demandante, reclama en sus alegaciones la confirmación de la sentencia, pues en su concepto, quedó probado documental y testimonialmente que se acreditó las exigencias de la Ley 100/93, Mod. Ley 797/2002 y demás normas concordantes, para acceder la actora en calidad de cónyuge supérstite del fallecido Reinaldo Fandiño a la pensión de sobrevivientes, reconociéndole por tal motivo dicha prestación y ordenando a la demandada Colpensiones el pago de la Pensión con efecto retroactivo al momento del fallecimiento del causante. Sostiene que contrario a lo afirmado por el apoderado de Colpensiones, la accionante acreditó y probó los requisitos de la Sentencia C- 515 del 2019 y por tal razón la Juez falló en su favor; que no es cierto que el fallecido esposo empezará una convivencia con María Oliva García, en ninguna parte aparece tal aseveración, y contrario sensu, la demandante siempre fue coherente con lo depuesto conjuntamente por el testigo en el sentido que siempre convivió con su esposo Reinaldo Fandiño hasta el día de su fallecimiento, siendo la única persona que junto con su hija lo cuidaron en su enfermedad hasta el final y sufragaron gastos hospitalarios y funerarios. Que es temeraria la afirmación del apoderado indicando que se aprovecharon de la ausencia de contestación, que la ausencia total de la demandada dentro del proceso por el contrario causó perjuicios a mi poderdante por cuanto tardó la decisión y el fallo, controversia que se iniciaron en el 2015, que el apoderado de Colpensiones no está enterado que ya fue reconocida por la misma Colpensiones como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en la atención de Salud, por tal motivo no le asiste razón al pedir en la solicitud subsidiaria los descuentos de salud, pues ya se están haciendo. Igualmente deben reconocérsele en el pago de la pensión de Sobrevivientes los intereses moratorios causados, máxime cuando si se revisa el proceso, el reconocimiento de la Pensión se demoró por culpa atribuida específicamente a Colpensiones quien se hizo parte dentro del proceso de manera tardía por negligencia y sin ninguna justificación ya que fue notificada y llamada desde hace más de cuatro años y en las respuestas que entregó al juzgado indicaba que no se haría presente. Que la accionante es una persona de la tercera edad, habitante del sector rural, persona muy pobre, que no posee recursos económicos y vive de trabajos en casas vecinas lavando ropas y en labores de aseo, devengando sumas irrisorias no constantes para alimentarse, su estado de salud es precario y necesita le sea reconocida esta prestación para poder subsistir, conforme al espíritu de la Ley 100.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación en armonía con el principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del CPT y SS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, atendiendo los puntos objeto de inconformidad planteados en su oportunidad procesal, y además se revisará la decisión en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en cuanto no comprenda el recurso interpuesto, atendiendo lo señalado en el artículo 69 Ibídem, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Téngase en cuenta que si bien el apoderado de la demandada en condición de compañera permanente, intervino luego notificada la decisión de instancia, aclaró que no interponía recurso de apelación contra la misma.

Igualmente, se debe recordar que la fase determinada en segunda instancia para presentar alegatos de conclusión, va encaminada a profundizar o enfatizar la sustentación inicialmente señalada como fundamento del recurso de apelación; o

para referir argumentos que respalden o fortalezcan la decisión de instancia cuando ésta resultó favorable, más no para reclamar el reconocimiento de aquellas pretensiones que fueron denegadas por el *a quo*, cuando no se hizo uso de los medio legales respectivos, como lo hace el apoderado de la parte actora; al ahora pretender el pago de intereses moratorios causados, cuando se reitera, no interpuso el recurso correspondiente.

Aclarado lo anterior, se observa que se encuentran acreditados en el proceso, los siguientes supuestos: que REINALDO FANDIÑO BARRAGÁN, contrajo matrimonio por el rito católico en la iglesia de San Joaquín, del Municipio de La Mesa Inspección de San Joaquín, el 15 de enero de 1972 con la aquí demandante –MARÍA DELFINA VIRACACHA MORALES- y, falleció el 10 de julio de 2011; conforme registro civil de matrimonio (fls. 9 y 53), partida eclesiástica (fls. 8 y 63) y, certificado de defunción (fls. 7 y 52), respectivamente. También quedó demostrado que la demandante elevó reclamación para el reconocimiento de la acreencia pensional ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el 18 de octubre de 2012, como se colige de la comunicación BZ2012_262330-0104508 de la misma fecha, en la que la dicha entidad así lo señala (fls. 1 y 46); que con Resolución No. GNR 145984 de 19 de mayo de 2015 la entidad de seguridad social al resolver una solicitud, y confirmar la Resolución 270069 de 28 de julio de 2014, señala que “...mediante Resolución No. 034238 de 12 de marzo de 2013 Se niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor **FANDIÑO BARRAGAN REINALDO**, quien en vida se identificó con CC No. 3.248.720 a las siguientes personas: GARCIA BARRAGAN MARIA OLIVIA ... en calidad de Cónyuge o Compañera(o). VIRACACHA MORALES MARIA DELFINA ... en calidad de Cónyuge o Compañera(o)...”; así mismo “...Que mediante Resolución No.270069 del 28 de julio de 2014 se reconoce pensión de sobrevivientes ... a: **FANDIÑO CASTRO BRAYAN STIVEN** ... con fecha de nacimiento el 17 de agosto de 2007, en calidad de Hijo(a) Menor de Edad...”; en un 50% de dicha acreencia y “...Dejando en suspenso el 50% que pudieran llegar a acreditar el derecho, toda vez que se presenta controversia respecto a quien ostenta la calidad de Cónyuge o Compañera a las siguientes personas: GARCIA BARRAGAN MARIA OLIVIA ... en calidad de Cónyuge o Compañera(o). VIRACACHA MORALES MARIA DELFINA ... en calidad de Cónyuge o Compañera(o)...” (subraya la Sala, fls. 3 a 6 y 48 a 51). Por consiguiente, se advierte la controversia se centra en determinar si: (i) se acredita efectivamente el requisito de convivencia durante el tiempo que exige la norma para que la accionante sea

beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama, como lo encontró acreditado el *a quo*, o por el contrario ello no se logró como lo considera la entidad apelante; (ii) de ser afirmativa la primera hipótesis del numeral anterior, si hay lugar a ordenar los descuentos a salud como ahora lo reclama el apelante; (iii) si puede exonerarse a la demandada de la condena en costas y; (iv) en grado de consulta si hay lugar al pago de la mesadas desde su causación u operó el fenómeno prescriptivo formulado por la entidad de seguridad social.

Frente al primer cuestionamiento, se advierte que la finalidad esencial de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, es establecer un marco de protección para las personas que hacían parte integrante del núcleo familiar del afiliado o pensionado fallecidos, a fin de que puedan seguir atendiendo las necesidades de subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas del deceso, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida de éstos -sentencias T-190 de 1993 y C-617 de 2001.

Atendiendo la fecha de fallecimiento del causante REINALDO FANDIÑO BARRAGÁN – 10 de julio de 2011 (folio 52), la prestación pensional solicitada, tiene su fundamento en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los apartados 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, normatividad que prevé:

*“(...) **ART. 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 se acrediten las siguientes condiciones: [...] PAR. 1º—Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2º de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley. El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que, a partir de la vigencia de la ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.*

***ART. 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...” [...]

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

*(En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo). **Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...*** (Resaltado fuera de texto) *El texto entre paréntesis fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que “además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”. ..” [...].”*

Bajo esos parámetros, se advierte que al encontrarse vigente aún para la fecha del fallecimiento del afiliado causante, la sociedad conyugal que conformara con la aquí demandante MARÍA DELFINA VIRACACHA MORALES, ésta tiene derecho a obtener en su beneficio una porción de la pensión de sobrevivientes aquí reclamada, si acredita como lo exige la norma, la convivencia con aquel en un lapso superior a cinco (5) años, en cualquier tiempo; entendida la misma como “...la comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado...” (Sent. SL4099-2017 de 22 de marzo de 2017, radicación N° 34785), en otras palabras, es aquella relación que “...entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida...” (Sent SL1399-2018, rad. No.45779 de 25 de abril de 2018).

Se dice lo anterior, por cuanto igualmente acudió ante la entidad de seguridad social a reclamar el derecho pensional de sobrevivencia MARIA OLIVIA GARCIA BARRAGAN en condición de compañera permanente, como se colige de los actos

administrativos proferidos por la entidad de seguridad social, que la llevó a dejar en suspenso el otro 50% de la acreencia ante la controversia suscitada con la cónyuge supérstite, según Resolución 270069 de 28 de julio de 2014, como se menciona en la Resolución No. GNR 145984 de 19 de mayo de 2015 (fls. 48 a 51), y fue contra ésta que se dirigió la demanda (fl. 19 a 21), sin que hubiere formulado pretensión directa contra la entidad de seguridad social dentro del proceso pues no formuló acción alguna, es decir no presentó demanda ni formuló demanda de reconvención en procura de obtener pronunciamiento sobre el derecho que inicialmente reclamó a COLPENSIONES; por consiguiente al figurar la misma como simple demandada no es procedente, activar en su favor el grado jurisdiccional de consulta (Art. 69 del CPTSS), para entrar a determinar derecho alguno en cabeza de ésta, pues se reitera, no ejerció acción alguna encaminada con tal propósito.

Ahora, respecto a la convivencia de la demandante con el causante, revisado el proceso se observa registro civil y partida eclesiástica del matrimonio católico celebrado entre REINALDO FANDIÑO y DELFINA BIRACACHÁ, en la iglesia de San Joaquín, del Municipio de La Mesa Inspección de San Joaquín, el 15 de enero de 1972 (folios 53 y 63); vínculo del cual no se acreditó su disolución mediante divorcio; precisando la accionante que la convivencia con su esposo fue de “...toda la vida...”; aclarando ante cuestionamiento del apoderado de la entidad demandada de porque en el hecho segundo de la demanda se indica que convivió “...hasta el año 1993...” que “...él –aludiendo al causante- se iba por épocas y volvía pero no que nos hayamos separado no nos separamos nunca...”, “...que nos separamos, lo que estamos afirmando se iba y volvía pero separado, separado no nos habíamos separado...”, considera que éste vivió solo “...cuando se iba por allá, él decía que se iba a trabajar pero ahí si no sé, porque yo tenía a todos mis hijos pequeños y vivía en mi casa con ellos...”, que en dicho supuesto fáctico también se dice que “el de cujus “...decidió marcharse a vivir solo...”, “...porque así fue, porque como vuelvo y le recalco él se iba y uno no sabía a la final si si iba a volver o no iba a volver...”; que siempre volvía “...por eso le estoy diciendo, si él volvía pero volvía y se iba...”; sostiene que vivió toda la vida con su esposo “...pues toda la vida, lo que vuelvo y le repito, toda la vida sino que vuelvo y le repito cada día él se iba pero volvía pero últimamente como se enfermó ya no podía ir a ninguna parte, porque la enfermedad lo cogió de un momento a otro y fue mejor dicho letal...”; que la última

vez que aquel se ausentó “...eso pues, eso fue, como unos 6 meses antes de él enfermarse...”, que “...él se enfermó se llevó al médico, hubo una época que lo llevábamos y lo traíamos, lo llevábamos y lo traíamos, luego ya se agravó totalmente tocó hospitalizarlo ya no lo dejaron volver a salir y pues de ahí hasta que él falleció...”, que durante la enfermedad de su consorte lo cuidaban con su hija “...pues mi hija que era la que estaba en esos momentos con él, porque yo lo cuidaba en el día y ella de noche, de todas maneras pues allá los médicos nos decían que él estaba ya demasiado grave y ya no había nada que hacer...”, manifestó no conocer a MARIA OLIVIA GARCÍA BARRAGÁN “...no señor, nunca la he vista...”; como tampoco a la madre y al menor BRAYAN STIVEN FANDIÑO CASTRO “...No señor, no conozco ni la madre ni el niño tampoco...”, ni saber quién es “...no señor, en ningún momento...”.

Se escuchó en declaración a JOSE FARID FANDIÑO VIRACACHÁ, hijo del *de cujus* y la demandante, quien refirió que “...mi mamá siempre ha vivido con mi papá y de todas manera yo no se desde que momento la otra señora viene a decir que ella hace parte o es cónyuge si nunca convivió con mi papá entonces no entiendo, de igual manera eta demostrado que mi mamá respondió gastos hospitalarios y hasta los gastos fúnebres fue financiado por ella y de todas maneras ella fue la que lo cuido, entonces yo no entiendo porque ella viene a decir eso...”; que cuando tenía 13 años de edad “...como en el 89 o 90 más o menos me desprendí yo de mi papá y de mi mamá...”, se vino con una tía-madrina “...me dio la oportunidad de traerme aquí para Bogotá para conseguirme un empleo...” “...y desde entonces viví con ella hasta que me fui a prestar servicio militar...”, que él iba a la casa de sus padres “...pues yo por ahí cada dos año, un año, dependiendo por la cuestión del trabajo que yo tenía, entonces la verdad pues no me quedaba como mucho tempo...”, “...yo trabajaba en mecánica de automóviles...”, en esas visitas se encontraba con “...mi padre, mi madre y mis hermanas, de todas manera como dice el dicho ellos fueron despegando uno por uno...”; precisó que afirma la convivencia de su progenitores “...porque de todas maneras ellos vivían juntos y como de todas manera uno estaba en comunicación, o sea no vivía de todas maneras aislado, el hecho de que se fuera uno a vivir o visitarlos cada año o dos años, de todas maneras se estaban comunicando con uno, ellos llamaba mucho donde mi madrina, en ese tiempo pues no era celular ni nada, era teléfono fijo, y obviamente como dice el dicho madre es madre y ella me llamaba a mi...”; sostuvo a pregunta que le hiciera el apoderado de la actora sobre “...¿Cuánto tiempo le consta que su mamá vivió de manera continua con su padre?...” que “... no me acuerdo, como 22 años...”, aclarando luego cuando el apoderado de la entidad demandada le solicito que explicara esos 22 años que época comprendían, que “...pues lo que pasa es que de todas maneras yo soy el primer hijo del matrimonio, ellos son legalmente casados por la iglesia, y como de todas maneras como les dije yo

me fui a los 13 años de la casa pero de todas maneras ellos siguieron viviendo...”; que convivieron “...como fue prácticamente toda la vida hasta que él falleció mejor dicho...”; “...lo que pasa es que él hacía contratos y él salía a trabajar se demoraba por allá 1 o 2 meses y volvía pero de todas maneras la convivencia fue toda la vida con ella...”; que la separación con su madre era con ocasión o “...debido al trabajo se separaron más de dos meses, por lo que le acabo de comentar atrás, él iba y hacía contratos y estaba por allá cierto tiempo y volvía...”, que su papá “...él hacía contratos de desyerbe, de guachapeo, de coger plátano, mandarinas, todo lo que tenía que ver con el agro...” y el tiempo que más duraron separados “...por ahí 6 meses fue lo máximo...”, además quien lo cuidó, lo acompañó durante el tiempo que estuvo enfermo y hasta su fallecimiento fue “...mi madre y mi hermana ALBA CECILIA...”, que “...mi señora madre...” fue quien sufragó los gastos del funeral; sostuvo que no supo que su padre conviviera con otra señora “...que yo sepa no...”; que escuchó de MARIA OLIVA GARCÍA BARRAGÁN, porque “...como en el 99 que yo salí de prestar servicio...”, “... en alguna ocasión mi papá me habló de ella, así como algo lejano, pero la verdad pues yo no...”, “...pues lo que pasa es que como dice el dicho él tenía sus bastantes aventuras por ahí, pues hay si no sabría decirle porque motivo me hablaba de ella...”, que le decía “...que conocía a una señora así y así, supuestamente con los caracteres que ella asemeja pero la verdad yo desconocía...”; que “...no sé porque me decía él eso, y a pesar de que no se nosotros teníamos una relación muy distante con él, o sea, con él era raro que él le dijera a uno venga le voy a comentar eso o le voy a decir eso, porque él era así, él nunca con uno contaba ni se sentaba hablar ni nada...”; reiterando que no tuvo conocimiento de alguna relación y convivencia de su padre con MARIA OLIVA “...no pues que la conocía pero nunca me afirmó que tuviera relación...”; también señaló que no conoce nada sobre el hijo de su progenitor que ostenta el otro 50% de la pensión “...no conozco nada sobre eso...”, que “...yo creo que también es otra de sus aventuras, a estas alturas ya no se...”.

Se allegó declaración bajo juramento con fines extra procesales, rendida ante Notario 54 de Bogotá, por CLELIA VIRACACHA MORALES y LUZ DARY PIRAQUIVE MORALES, el 5 de septiembre de 2012, “...para ser presentado A: **SEGURO SOCIAL**...”; quienes señalaron “...Conocemos de trato, vista y comunicación hace 49 y 42 años respectivamente a la señora MARIA DELFINA VIRACACHA MORALES con C.C. 35.376.822 de El Colegio, Cundinamarca por tal razón nos consta que convivió casada con el señor REINALDO FANDIÑO BARRAGAN (Q.E.P.D.) quien en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía No. 3.248.720 expedida en el Colegio, Cundinamarca desde el 15 de Enero de 1972 hasta el (sic) su fallecimiento el día 10 Julio de 2011. De esta unión procreamos seis hijos hoy en día mayores de edad con suficiente capacidad para sostenerse por sí solos...” (fl. 12).

Valoradas dichos medios de prueba, conforme lo señalado en el artículo 61 del CPTSS, se colige la convivencia entre la demandante y el causante, que superó el límite temporal de los cinco (5) años que consagra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el apartado 13 de la Ley 797 de 2003; evidenciándose esa vida en común, permanente responsable y estable, bajo criterios de ayuda y apoyo mutuo, propias de una relación de pareja.

En efecto, téngase en cuenta que en el hecho segundo de la demanda se señala “...Conviví con mi esposo desde el año 1972 hasta el año 1993, o en total mi convivencia junto a Él fueron **Veintidós Años (22) años (sic)**, hasta que decidió marcharse a vivir solo y posteriormente supe que había procreado un hijo por fuera del matrimonio...” (fl.19); lapso de tiempo que también referenció el testigo, ya que manifestó haber compartido con sus progenitores hasta la edad de 13 años cuando se trasladó a vivir a la ciudad de Bogotá con una tía-madrina; y que sus padres estuvieron viviendo por espacio “...como 22 años...”, aunque en esa época no los visitaba con frecuencia por su trabajo, si estaba en constante comunicación con ellos “...el hecho de que se fuera uno a vivir o visitarlos cada año o dos años, de todas maneras se estaban comunicando con uno, ellos llamaba mucho donde mi madrina, en ese tiempo pues no era celular ni nada, era teléfono fijo, y obviamente como dice el dicho madre es madre y ella me llamaba a mi...”; que estuvo donde su pariente “...hasta que me fui a prestar servicio militar, hasta ahí viví con ella...”; además obsérvese que de esa unión se procrearon 6 hijos, como se menciona en declaración extra proceso por las señoras CLELIA VIRACACHA MORALES y LUZ DARY PIRAQUIVE MORALES (fl. 12), situación ante la que no resulta coherente concebir que no hubo convivencia por lo menos en el tiempo referido en la demanda y que ratifica el declarante, hijo de la demandante.

Ahora, la actora aduce que estuvo con su esposo hasta el deceso de éste, que era ella quien le prodigaba cuidado y atención ante la enfermedad que lo aquejaba y que junto con una de sus hijas lo atendieron y acompañaron durante el período que permaneció hospitalizado y hasta su fallecimiento, y así lo menciona también el declarante, sin embargo, debe advertirse que tal aspecto no quedo acreditado de manera suficiente; nótese como la demandante frente a las imprecisiones advertidas entre lo narrado en la demanda respecto a su convivencia solo hasta el año 1993 y lo sostenido en el interrogatorio, donde refirió que había convivido

“...**toda la vida...**” con el causante, no supo aclarar, mencionando que era por razón del trabajo de su esposo que éste “...se iba por épocas y volvía...”, “...uno no sabía a la final si si iba a volver o no iba a volver...”, que era la sensación que le daba cuando aquel se iba, insistiendo “...pero no que nos hayamos separado, no nos separamos nunca...”, y que el testigo JOSE FARID –hijo de éstos-, también aludió “...lo que pasa es que él hacía contratos y él salía a trabajar se demoraba por allá 1 o 2 meses y volvía pero de todas maneras la convivencia fue toda la vida con ella...”, que por el trabajo que tenía su padre “...él iba y hacía contratos y estaba por allá cierto tiempo y volvía...” ya que éste “...él hacía contratos de desyerbe, de guachapeo, de coger plátano, mandarinas, todo lo que tenía que ver con el agro...” y que el tiempo que más duraron separados “...por ahí 6 meses fue lo máximo...”; tales manifestaciones dubitativas, vacilantes e imprecisas no permite tener la certeza necesaria y suficiente respecto a que la convivencia se dio de manera continua, permanente, responsable, en el lapso referido en el interrogatorio por la accionante; nótese como igualmente en la demanda se narró que el causante después de 1993 decidió “...marcharse a vivir solo...”, y en el interrogatorio expuso que ella no sabía con quien compartía o vivía su esposo durante esos lapsos que se ausentaba, porque “...cuando se iba por allá, él decía que se iba a trabajar pero ahí si no sé, porque yo tenía a todos mis hijos pequeños y vivía en mi casa con ellos...”, que no conoció a MARIA OLIVIA GARCÍA BARRAGÁN “...no señor, nunca la he vista...”; tampoco al menor BRAYAN STIVEN FANDIÑO CASTRO, ni a la madre y; aunque el apoderado ante requerimiento del *a quo*, valga mencionar, aclaró que la imprecisión advertida –entre lo señalado por la actora y lo narrado en la demanda- pudo obedecer a un error, o una interpretación o entendimiento equivocado que él dio a lo que le señaló su poderdante, no es suficiente para tener por demostrada la convivencia hasta el deceso del causante, en los términos requeridos legalmente.

Sin embargo, dicha situación no es óbice para concluir como lo hace la Sala, que aquella reunió el tiempo de convivencia exigido por la norma aquí analizada para obtener la acreencia solicitada; pues aunque la misma, se reitera, no se observa con la contundencia necesaria desde el año 1993 referido en la demanda y el deceso como se expuso, si en época anterior, como se analizó en precedencia. Recuérdese que respecto de la convivencia de la cónyuge, con sociedad conyugal vigente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 29 de noviembre de

2011, radicación No. 40055, con ponencia de Gustavo José Gnecco Mendoza, reiterada entre otros pronunciamientos, en providencia SL1510-2014, radicación 42.193 de 5 de febrero de 2014, M P, Carlos Ernesto Molina Monsalve, y en la SL19047-2017, radicación 52.376 de 15 de noviembre de 2017, señaló:

“(...) En efecto, con esa reforma introducida por el inciso 3 del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se corrige la situación descrita, porque se mantiene el derecho a la prestación de quien estaba haciendo vida en común con el causante para cuando falleció, dando ello realce a la efectiva y real vida de pareja –anclada en vínculos de años y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos- constituyéndola en el fundamento esencial del derecho a la prestación por muerte. Pero al mismo tiempo, se reconoce que, quien en otra época de la vida del causante convivió realmente con él, en desarrollo de una relación matrimonial formal, que sigue siendo eficaz, tenga derecho, por razón de la subsistencia jurídica de ese lazo, a obtener una prestación en caso de muerte de su esposo. No puede ser otra la conclusión que se obtiene de la expresión “La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...”, porque esa referencia no deja lugar a dudas de que el cónyuge que conserva con vigor jurídico el lazo matrimonial tendrá derecho a una cuota parte de la prestación. De tal modo, en caso de que, luego de la separación de hecho de su cónyuge, el causante establezca una nueva relación de convivencia, en caso de su fallecimiento el disfrute del derecho a la pensión deberá ser compartido entre el cónyuge separado de hecho y el compañero o compañera permanente que tenga esa condición para la fecha del fallecimiento, en proporción al tiempo de convivencia. Con el fin de delimitar el ámbito de aplicación de la norma, considera la Corte que, desde luego la referencia que en aquella se hace a la cónyuge también debe entenderse efectuada respecto del cónyuge, pues, de no entenderse así la disposición, es establecería una discriminación por razón de género que en la actualidad no tendría justificación, en tanto que, claramente, sería violatoria del derecho a la igualdad consagrada en el artículo 13 de la Constitución Política. Es indudable que el precepto en cuestión establece como condición que la convivencia <haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante>, pero un análisis de esa disposición legal, en su contexto, permite concluir que, de la forma como está redactada, ese requisito se predica respecto de la compañera o del compañero permanente, más no del cónyuge porque, con claridad, no se refiere a éste sino a aquellos, ya que está escrita, en la parte que interesa, en los siguientes términos: “...la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante”. Para la Corte no tendría ningún sentido y por el contrario, sería carente de toda lógica, que al tiempo que le legislador consagra un derecho para quien “mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho”, se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante, porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges

*Sin embargo debe la Corte precisar que siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, **el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo**, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues, como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del Sistema de Seguridad Social. Ahora bien, no desconoce la Corte que el numeral 1 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que no ha sido modificado en esa parte, señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensional por vejez o invalidez*

o por riesgo común que fallezca y que como lo considero el Tribunal, la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, para ser parte de un grupo familiar, se requiere “...un acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se parten los recursos que se tienen, con vida en común aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales...”, tal como lo explico en la sentencia del 10 de mayo de 2005, radicado 24445, de la que hizo mérito el Fallador de segundo grado. En consecuencia, formar parte del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido sigue siendo la regla general para poder ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, más, actualmente, esa no es la única condición para acceder a la prestación porque, se reitera, con las nuevas disposiciones del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 se estableció una excepción a esa regla, de tal suerte que el cónyuge separado de hecho con vínculo matrimonial vigente tiene derecho, en forma proporcional al tiempo de su convivencia con el causante, a una parte de la pensión. De lo que viene de decirse se concluye que, al decidir que en este caso Martha Lucia Díaz Arboleda, cónyuge del causante, no tenía derecho a la cuota parte de la pensión de sobrevivientes, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos atribuidos por la censura. Por esa razón, el cargo prospera y habrá de casarse la sentencia....” (Resaltado y subrayado fuera de texto) MP Ernesto Forero Vargas

Repara el apelante, que no se cumple el requisito de la convivencia como quiera

que “...para caso del cónyuge supérstite con separación de hecho el quinquenio de la convivencia naturalmente deberá verificarse con antelación al inicio de la última unión marital de hecho...”

en atención a lo señalado en Sentencia C-515 de 2019, y que “... dado ese año de

interregno que se dio entre la separación de hecho entre la señora MARIA DELFINA VIRACACHÁ y REINALDO y la iniciación de la convivencia con MARIA GARCIA BARRAGAN partiendo de las dos declaraciones Extra juicio que se presentaron en la reclamación administrativa y que reitero coinciden con lo que se había manifestado inicialmente en el libelo demandatorio, no tendría derecho la señora MARIA DELFINA por haber roto mucho antes, o un año antes la convivencia antes de que él iniciara una sociedad patrimonial con otra persona...”; sin embargo, lo advertido es un entendimiento equivocado a dicho

pronunciamiento, pues el que se indique por la Corte que la acreditación o verificación de la convivencia por parte de la cónyuge deberá hacerse con

“...*antelación...*”, no implica que ese lapso de tiempo sea “*inmediatamente*” anterior al

inicio de la última unión marital de hecho, que es lo que se colige interpreta el apoderado de la entidad; aunado a que, también la jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia ha adoctrinado sobre este específico punto que el “...*cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco*

(5) años, en cualquier tiempo...” como lo señaló entre otros pronunciamientos en

sentencia SL1399-2018, rad. No.45779 de 25 de abril de 2018; criterio que acoge

y comparte esta Colegiatura y por ende aplica en el caso de autos, como quiera

que dicha Corporación “...*se encarga no solo de trazar unas directrices dentro de la respectiva jurisdicción (civil, penal, laboral), sino también de ofrecer una garantía de que las decisiones judiciales...*”.

Así, como la actora logró acreditar que si convivió con el causante, por un tiempo

superior al referido en la norma; le asiste el derecho a MARIA DELFINA VIRACACHÁ

MORALES a percibir el restante 50% de la pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso de REINALDO FANDIÑO BARRAGÁN, tal como lo concluyó la falladora de instancia, por lo que se confirmará la decisión en este aspecto.

Sin embargo, como se dispuso el pago de las mesadas respectivas a partir del 10 de julio de 2011, esto es desde el momento del fallecimiento, no se puede pasar por alto que la entidad de seguridad social propuso la excepción de prescripción, por lo que se abordara a continuación, en grado de jurisdiccional de consulta, el análisis de tal aspecto. Téngase en cuenta que la demanda no fue dirigida contra la entidad de seguridad social que resultó condenada, por lo que no puede considerarse, que si bien la presentación de la demanda -31 de julio de 2015, fl. 21- se hizo dentro de los tres años siguientes a la fecha de la reclamación ante COLPENSIONES -18 de octubre de 2012- (fl.2), con ella se interrumpió el término prescriptivo respecto de esa entidad, pues se reitera no fue demandada.

Ello, ya que la vinculación de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES fue dispuesta por el *a quo*, mediante auto de fecha 10 de marzo de 2017, junto con la notificación a la AGENCIA NACIONAL DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (fl. 36 y 37) y, dicha entidad fue notificada por conducta concluyente con proveído de 9 de octubre de 2019 (fl. 141); por lo que conforme lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, en concordancia con el artículo 94 del CGP, las mesadas causadas con anterioridad el **9 de octubre del año 2016** –tres años atrás de la fecha de notificación a la entidad vinculada -, se encuentran prescritas; como quiera que entre esta fecha –notificación- y aquella de presentación de la reclamación, transcurrió un término muy superior a los tres años

Por consiguiente, se modificará la decisión para disponer que las mesadas atrasadas se cancelen a partir de la aludida fecha -**9 de octubre del año 2016**-, y en 14 mesadas, conforme lo dispuesto en el párrafo transitorio 6° del Artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, que prevé “...Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año...”.

En cuanto a los aportes a salud que solicita el apelante se ordenen; adviértase que los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993, determinan que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema en el régimen contributivo; quienes deben sufragar la totalidad de la respectiva cotización conforme lo dispone el inciso 2° del artículo 143 ibídem; estando a cargo de la entidad pagadora de las pensiones el descontar las cotizaciones en mención y transferirlas a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el pensionado y girar un punto porcentual de aquellas al Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud –FOSYGA-, como lo dispone el inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la citada Ley 100; así mismo los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998, determinan que los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos deberán ser afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizantes y que los aportes de éstos se calcularán con base en su mesada pensional. Sobre este aspecto puntual la CSJ, en sentencia SL1478-2018, radicación No. 63512 de 9 de mayo de 2018, con ponencia del doctor MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO, se trajo a colación lo adocinado en sentencia CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, reiterada entre otras, en sentencias CSJ SL15264-2017 y SL085- 2018, al precisar:

“(…) Del conjunto de estas disposiciones, se entiende con facilidad que todos los pensionados en el país, sin excepción alguna, al tener capacidad de pago, están llamados a cotizar y, por ende, financiar el régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, siendo de cargo de los mismos la totalidad de la cotización, pues no de otra manera podría sostenerse económicamente el mismo, ni, menos, otorgar las diferentes prestaciones asistenciales y económicas, tales como las indicadas en los artículos 206 y 207 de la pluricitada Ley 100, además que, bien es sabido, de los aportes de los cotizantes al régimen contributivo, como es el caso de los pensionados, se descuenta un punto porcentual para la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, encargada de cofinanciar, junto con los entes territoriales el régimen subsidiado, cuya destinación es la prestación del servicio de salud de la población colombiana sin capacidad de pago alguna, por lo que, en consecuencia, las cotizaciones de los pensionados resultan vitales para el financiamiento del sistema en salud.

En virtud de esta finalidad y para proteger los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados obligatorios al sistema en mención, el artículo 161 de la Ley 100 de 1993 consagró, dentro de las obligaciones de los empleadores, la de girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la entidad promotora de salud, de acuerdo con la reglamentación vigente, pues de lo contrario, aquéllos serían sujetos de las sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de la citada ley, es decir, los intereses moratorios por el no pago de las cotizaciones, dentro de las fechas establecidas para tal efecto.

De lo dicho hasta el momento, se entiende no solo que todos los pensionados del país están llamados a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud, quienes deben asumir en su totalidad el valor de la cotización, sino que, además, la misma debe hacerse desde la fecha en que se causa el derecho pensional, pues no otra puede ser la interpretación que se deriva

sistemáticamente de las disposiciones citadas de la Ley 100 de 1993, al haberse establecido las cotizaciones de los afiliados obligatorios, tal como es el caso de los pensionados, como parte esencial del financiamiento del sistema, además que, encuentra la Sala, éstas constituyen un requisito de los afiliados a la hora de acceder a las diferentes prestaciones económicas, como las contempladas en los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, reglamentados en varias oportunidades posteriores, por lo que el hecho de no descontarse las mismas desde la causación de la pensión devendría en detrimento de los posibles derechos derivados de este sistema a favor de los pensionados cotizantes.

De esta manera, observa la Sala que el Tribunal sí cometió yerro sobre las disposiciones citadas, al ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a cargo del actor sin autorizar a la entidad pagadora a descontar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, desde la fecha de causación de aquélla...”. De acuerdo con lo anterior, le asiste razón al recurrente cuando afirma que, siendo una disposición inherente al otorgamiento de la pensión y legalmente obligatoria, el juez en el momento del reconocimiento de la prestación debió facultar a la entidad pagadora, en este caso a Porvenir S.A., para realizar el descuento de los aportes al sistema general de seguridad social en salud, para así trasladarlos a la EPS en la que se encuentre afiliado o que haya elegido los beneficiarios del causante...”.

Bajo ese contexto, le autorizará a la entidad demandada para realizar los descuentos correspondientes a aportes al sistema general de seguridad social en salud; pues como lo indica el pronunciamiento citado “...dicha retención constituye una condición esencial y necesaria al reconocimiento de la pensión, que opera por virtud de la ley y que se encuentra estrechamente relacionada con los principios que inspiran al sistema general de seguridad social...”, por lo que se adicionará la sentencia en este aspecto.

En lo atinente a las costas, debe decirse que dado que el recurso salió avante parcialmente, se abstiene la sala de imponerlas en la instancia; y mantendrá la absolución de primer grado.

Agotados los puntos objeto de revisión, se modificará la decisión en los términos señalados.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral 2° de la sentencia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa, el 28 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARIA DELFINA VIRACACHA MORALES** contra **MARÍA OLIVA GARCÍA BARRAGÁN** y vinculada la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**,

que dispuso el pago de la pensión allí señalada desde el diez (10) de julio de dos mil once (2011) inclusive, para tener que la aludida acreencia pensional se debe cancelar a partir del 9 de octubre del año 2016, en 14 mesadas anuales, conforme lo señalado en los considerando de esta decisión.

2. **ADICIONAR** la sentencia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa, el 28 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARIA DELFINA VIRACACHA MORALES** contra **MARÍA OLIVA GARCÍA BARRAGÁN** y la vinculada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, en el sentido de autorizar a **COLPENSIONES** descontar del retroactivo pensional que pague a la actora, las sumas que, por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, esté en la obligación de trasladar a la EPS a la que se encuentre afiliada o se afilie la pensionada, atendiendo lo expuesto en precedencia.

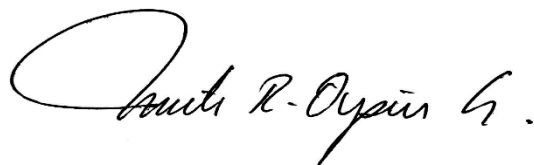
3. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia que se revisa.

2.- **SIN COSTAS** en esta instancia.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA SENTENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE,



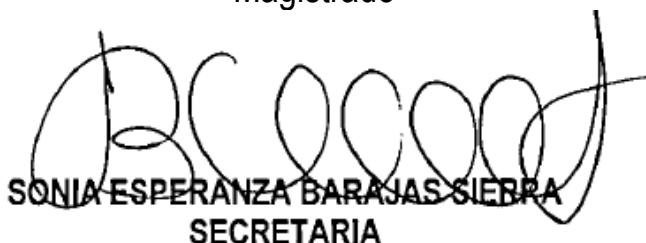
JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA