

CONSTANCIA SECRETARIAL: Vencido el término de traslado dispuesto en la lista fijada el 15 de noviembre de 2022, el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira remitió en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en el archivo 06 de la carpeta de segunda instancia.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

Sin necesidad de firma Art. 2, inc. 2 Ley 2213 de 2022 y art. 28 Acuerdo PCSJA20-11567

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Proceso: Ordinario laboral
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensionales del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao.
Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira
Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, veinticuatro (24) de abril de dos mil veintitrés (2023)
Acta No. 60 del 20 de abril de 2023

Teniendo en cuenta que el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **MARÍA ISABELINA BUSTAMANTE DE MARÍN** en contra del **FONDO TERRITORIAL DE PENSIONALES DEL MUNICIPIO DE PEREIRA** y **ROSMIRA FRANCO HENAO**.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta dispuesto en favor del FONDO TERRITORIAL DE PENSIONALES DEL MUNICIPIO DE PEREIRA, y el recurso de apelación interpuesto por dicha entidad y la

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

señora ROSMIRA FRANCO HENAO en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el 22 de junio de 2022, previo lo siguiente:

1. LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La señora **MARÍA ISABELINA BUSTAMANTE DE MARÍN** persigue que la justicia ordinaria laboral declare que tiene derecho a compartir la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor Manuel de Jesús Marín Morales y que fuera reconocida a la señora Rosmira Franco Henao. De acuerdo a ello, depreca que se condene al Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira a reconocerle la prestación pensional desde el 03 de junio de 2007 en cuantía del 50%, con las mesadas adicionales de junio y diciembre, más los intereses moratorios.

Como sustento de lo peticionado, relata que contrajo matrimonio por el rito católico el 26 de julio de 1948 con el señor Manuel de Jesús Marín Montes, con quien procreó 07 hijos; que su cónyuge fue pensionado por vejez por el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira en el año 2000 y falleció el 03 de junio de 2007.

Refiere que dependía económicamente del señor Marín Montes con quien convivió hasta el año 2002, pese a que él desde antes de ser pensionado sostenía una relación simultánea con la señora Rosmira Franco de Henao, última que solicitó la pensión de sobrevivientes y en efecto le fue reconocida mediante resolución 6433 del 24 de octubre de 2007.

Agrega que el 19 de agosto de 2016 solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional ante el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira, empero este le negó la prestación mediante Resolución No. 4333 del 16 de septiembre de 2016 y dispuso suspender el pago de las mesadas pensionales a la señora Rosmira Franco Henao hasta tanto la justicia ordinaria definiera la controversia entre las beneficiarias.

El **FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL MUNICIPIO DE PEREIRA** no se opuso a al reconocimiento pensional para la demandante, la demandada o ambas, dependiendo del tiempo de convivencia, no obstante, sí se opuso a la condena en costas y a los intereses moratorios, bajo el argumento de que reconoció el derecho pensional a quien acreditó tenerlo en calidad de compañera permanente, esto es, a la señora Rosmira Franco Henao. Como excepciones de fondo propuso: "*pago efectivo*",

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

"inexistencia de la obligación para la cónyuge", "cobro de lo no debido", "compensación", "buena de fe Municipio de Pereira" y "prescripción".

Por su parte la señora **ROSMIRA FRANCO HENAO** al oponerse a las pretensiones de la demanda, indicó que el causante no convivía con la demandante desde el año 1982, tal como el mismo lo declaró bajo la gravedad del juramento el 14 de abril de 1997, mientras que ella como compañera permanente ha sido reconocida públicamente desde 1985 y hasta su fallecimiento como su única pareja y beneficiaria. De acuerdo a ello, propuso como excepción de mérito la que denominó *"improcedencia de la acción por falta de requisitos legales"*.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza de primera instancia declaró que tanto la señora MARÍA ISABELINA BUSTAMANTE DE MARÍN como la señora ROSMIRA FRANCO HENAO ostentan la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivencia causada por el señor MANUEL DE JESÚS MARÍN, la primera en proporción al 59,96% y la segunda al 40.04% restante sobre un valor de \$2.174.420 para el año 2022 por 14 mesadas anuales. En consecuencia, condenó al FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL MUNICIPIO DE PEREIRA a pagar a la señora MARÍA ISABELINA BUSTAMANTE DE MARÍN el retroactivo pensional causado desde el 19 de agosto de 2013 y hasta el 31 de mayo de 2022 en la suma de \$134.236.014 y disminuir el porcentaje de la prestación de sobrevivencia que había reconocido a la señora ROSMIRA FRANCO HENAO, última a quien deberá descontar el 50% de la mesada que reciba hasta compensar el retroactivo pensional que se ordenó pagar a la señora MARÍA ISABELINA BUSTAMANTE DE MARÍN.

Adicionalmente autorizó al FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL MUNICIPIO DE PEREIRA a descontar el porcentaje correspondiente al sistema de salud y a pagar a favor de la señora MARÍA ISABELINA BUSTAMANTE DE MARÍN la indexación de las mesadas dejadas de pagar hasta el momento en el que se efectúe el pago efectivo de lo adeudado, previo descuento por aportes a salud.

Finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas, salvo la excepción de prescripción que triunfó parcialmente y condenó en costas a ROSMIRA FRANCO HENAO en favor de la demandante en un 50% de las causadas.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

Para arribar a tal determinación argumentó, en síntesis, que no existe controversia respecto al reconocimiento de la pensión en un 100% a la señora Rosmira Franco Henao, así como que la señora María Isabelina Bustamante de Marín contrajo matrimonio con el causante, sin que se observe nota marginal en el registro civil de matrimonio que dé cuenta de cesación de efectos civiles o disolución de la sociedad conyugal.

Así, con apoyo en las declaraciones extrajudicio aportadas con la demanda, al igual que la declaración realizada por el mismo causante en la que indicó que dio cuenta de la separación de hecho entre los cónyuges y el inicio de la convivencia entre los compañeros permanentes, concluyó que la señora María Isabelina Bustamante de Marín convivió con el señor Manuel de Jesús Marín entre el 26 de julio de 1948 y el 14 de abril de 1982, mientras que la señora Rosmira Franco Henao acreditó hacer vida marital desde 1984 y hasta el fallecimiento de aquel, razón por la cual, ambas son beneficiarias en proporción al tiempo de convivencia, es decir 33 años, 08 y 19 días para la cónyuge y 22 años, 06 meses y 04 días para la compañera.

Respecto al reconocimiento pensional, precisó que la presencia de un nuevo beneficiario o la reclamación tardía únicamente tiene incidencia en la prescripción de las mesadas mas no en la causación del derecho, no siendo posible imponerle la carga a la demandante que persiga directamente a la beneficiaria inicial para obtener el pago del retroactivo pensional, toda vez que las administradoras pensional y el Estado cuentan con las herramientas para financiar dicho retroactivo, conforme a la ley 1204 de 2008 o iniciando las acciones de cobro administrativa o judicialmente.

De acuerdo a lo anterior, consideró que si bien la demandante tiene derecho al reconocimiento desde el 04 de junio de 2007, como reclamó la prestación tan solo hasta el 19 de agosto de 2016, con anterioridad a este mismo día y mes del año 2013 prescribieron las mesadas pensionales, debiendo restituir la compañera permanente el retroactivo del 59.96% de la prestación, al haber recibido el 100% de la pensión desde el fallecimiento.

Finalmente, se abstuvo de imponer el pago de los intereses moratorios como quiera que el reconocimiento en favor de la demandante deviene de una interpretación

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

jurisprudencial, razón por la cual únicamente es procedente la indexación de las sumas adeudadas.

3. RECURSO DE APELACIÓN Y PROCEDENCIA DE LA CONSULTA

El apoderado judicial de la señora Rosmira Franco Henao inconforme con el reconocimiento pensional en favor de la demandante, interpuso recurso de apelación afirmando que las pruebas allegadas al proceso dieron cuenta de que el causante para el momento del fallecimiento y muchos años atrás, no convivía con la señora María Isabelina Bustamante Marín, además que esta no procuró ninguna prueba para demostrar la convivencia con anterioridad a la relación que el señor Manuel de Jesús Marín inició con su prohijada. Asimismo, se mostró en desacuerdo con la carga del pago del retroactivo pensional impuesta a su poderdante, por cuanto actuó aquella actuó de buena fe.

Por su parte, el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira reprocha la decisión, argumentando que en ningún momento se opuso al reconocimiento, puesto que desde el 2007 venía pagando la prestación a la compañera permanente, suspendiéndola al conocer la reclamación de la cónyuge y si tuvo que reactivar el pago mensual fue en virtud del fallo de tutela, por lo que considera improcedente imponerle a la entidad territorial una carga económica que implica pagar dos veces la misma prestación y actuar como entidad financiera para descontar mes a mes del porcentaje de la señora Rosmira Franco Henao el retroactivo, cuando solo a partir del año 2012 las cónyuges pueden tener derecho a la pensión al demostrar la convivencia en cualquier tiempo. Así, concluyó que el retroactivo pensional debe pagarlo directamente la beneficiaria inicial y no diferirlo por su intermedio.

En cuanto al grado jurisdiccional de consulta, como quiera que la decisión de primer grado fue adversa a los intereses del Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira, en esta instancia se admitió la consulta en favor de dicha entidad.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN/ CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

Analizados los alegatos presentados por el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con los problemas jurídicos que se expresan a continuación. Las restantes partes guardaron silencio y el Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

5. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

De acuerdo al esquema de los recursos de apelación y grado jurisdiccional de consulta, le corresponde a la Sala determinar si la cónyuge con vínculo matrimonial vigente, para acreditar su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, debe demostrar que convivió con el causante en los cinco años anteriores al deceso de este, o si ello puede darse en cualquier época.

Resuelto lo anterior, verificar si es procedente conceder la pensión a la demandante, en caso afirmativo, determinar cuál de las demandadas debe reconocer el retroactivo pensional.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Aproximación al concepto legal de “vida marital” previsto en el artículo 47 de la ley 100 de 1993.

Es bien sabido que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la que se encuentre vigente al momento del fallecimiento del pensionado o del afiliado al sistema de Seguridad Social; y, además, quien alegue la calidad de cónyuge o compañero o compañera permanente del causante deberá cumplir ciertas exigencias de índole subjetivo y temporal para acceder a la pensión de sobrevivencia, lo cual, como ha señalado este Tribunal *“constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar, potencialmente beneficiarios de la misma prestación”*.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

Para el presente caso, dada la fecha del fallecimiento del pensionado (03 de junio de 2007), la normatividad con arreglo a la cual se debe resolver la presente controversia no es otra que la Ley 797 de 2003, que en su artículo 13, modificatorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, establece que 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. (...)”*.

Dicho todo lo anterior, cabe recordar, por último, que el artículo 42 de la nuestra Carta Política establece que una familia, como la que se conforma entre compañeros permanentes, surge de la decisión libre, espontánea y recíproca de dos personas dispuestas a unir sus vidas a efectos de brindarse auxilio económico y asistencia mutua, y bien sabido es que la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho a la pensión de sobrevivientes, y este elemento ha sido definido como el vínculo afectivo entre dos personas mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común.

6.2. Pensión de sobrevivientes para el cónyuge separado –requisitos

Superado lo anterior, se debe recordar que, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y las precisiones efectuadas por la jurisprudencia, tanto a la compañera permanente como a la cónyuge supérstite le corresponde demostrar la convivencia efectiva por no menos de 5 años anteriores al fallecimiento del afiliado o pensionado. No obstante, ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de noviembre de 2011, radicado 40055, que en el evento en que, luego de la separación de hecho de un cónyuge con vínculo matrimonial vigente, el causante establezca una nueva relación de convivencia y concurra un compañero o compañera permanente, la convivencia de los cinco (5) años de que habla la norma para él o la cónyuge potencialmente beneficiario (a) de una cuota parte, puede ser cumplida en *“cualquier tiempo”*.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

Cabe agregar que en sentencia más reciente, propiamente la SL 5169 del 27 de noviembre de 2019, que rememora las sentencias CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019, la Corte Suprema de Justicia concluyó que el alcance que se le da a la norma contenida en el art. 47 de la ley 100 de 1993 tiene como finalidad proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud de la solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, por lo que es desafortunado y contrario a los principios de igualdad y de equidad de género entender que el derecho no ampare a quien concluyó su relación de tal forma que no mantenga los lazos de afecto, pues la norma no prevé como requisito dicho lapso afectivo. Es decir que, para la más reciente interpretación de la Corte Suprema de Justicia, al cónyuge supérstite le basta demostrar que convivió con el causante 5 años en cualquier tiempo, sin distinción entre quienes continuaron conservando los lazos de afecto y los que no. Esta postura ha sido igualmente compartida por la Corte Constitucional en la sentencia C-515 del 30 de octubre de 2019.

6.3. Controversia entre pretendidos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el marco del trámite administrativo para su reconocimiento

De conformidad con el artículo 34 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en este caso conforme artículo 31 de la Ley 100 de 1993: "Cuando se presente controversia entre los pretendidos beneficiarios de las prestaciones, se suspenderá el trámite de la prestación hasta tanto se decida judicialmente por medio de sentencia ejecutoriada a qué persona o personas corresponde el derecho". Misma intención normativa que fue contemplada en el artículo 6 de la Ley 1204 de 2008 así:

"En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera:

Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto". (subrayado fuera del texto original)

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

Surge de lo anterior, que en aquellos eventos en que la administradora de pensiones le surge una duda razonable acerca de quién es el titular del derecho -por existir controversia entre beneficiarios-, le es dable suspender el trámite de reconocimiento de la prestación a la espera de que la justicia laboral dirima el conflicto.

En sentencia SL-414 del 12 de febrero de 2020, radicado 69288 la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al advertir que la administradora demandada tuvo oportunamente conocimiento de que *"tanto la cónyuge como compañera permanente se presentaron a reclamar la prestación económica, era pertinente que la convocada procediera de conformidad a lo indicado (suspendiera el pago de la prestación hasta que la justicia dirimiera el conflicto –art. 34 del Acuerdo 049 de 1990), y como no lo hizo corre con la causa de asumir de manera total el pago del retroactivo a favor de la cónyuge, que en esencia corresponde a lo argüido por el Tribunal, en consecuencia, como no ordenó suspender el reconocimiento e incluso el pago de la pensión hasta que la justicia ordinaria definiera el derecho, el cargo no logra quebrar la sentencia impugnada frente a este reproche"*.

Misma tesis adoptada por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL-2893 de 2021, radicado 83389, donde con sustento en el artículo 83 de la Constitución Política y 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el literal c) del ordinal 1 advirtió *"En lo que tiene que ver con la posibilidad de descontar del retroactivo pensional cancelado a Inés Adonis Barbosa Castillo, «el porcentaje que ésta recibió de más desde el 3 de noviembre del 2008, teniendo en cuenta que tan sólo le correspondía el 44% de la mesada del de cujus», basta advertir que ello no resulta procedente, toda vez que no es posible imputarle a la hoy recurrente una conducta desprovista de buena fe, dado que no medió ninguna actuación ilícita de su parte en la reclamación realizada ante la entidad demandada y que, además, fue producto del ejercicio legítimo del derecho de acción sin que se adviertan conductas indicativas de colusión o fraude"*.

De lo hasta aquí expuesto se concluye que, ante la coexistencia entre beneficiarios de la prestación pensional, la administradora de fondo de pensiones debe suspender el pago de la pensión hasta que la justicia dirima el conflicto, por lo tanto, en caso de no suspender el reconocimiento, debe asumir el reconocimiento a favor de quien resulte titular de la prestación, y, en todo caso, **el único evento en que resulta viable el pago del retroactivo pensional a cargo de uno de los beneficiarios de la prestación por muerte**, cuando se acredite una actuación de mala fe de su parte, **o cuando se está en presencia de nuevos beneficiarios**, caso en el cual, es dable dar aplicación a lo previsto en el **artículo 5.º de la Ley 1204 de 2008**, que en su tenor literal indica *"En caso de que los beneficiarios iniciales tuvieran que hacer compensaciones a los*

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

nuevos por razón de las sumas pagadas, así se ordenará en el acto jurídico y lo ejecutará la entidad pagadora. Las compensaciones se harán descontando el valor correspondiente de las futuras mesadas". Sin que para ello se requiera autorización judicial (Sentencia SL 4289 de 2022)

Cabe agregar que, a través de la sentencia SL 803 de 2022 la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral enfatizó que dicho reintegro solo procedía *"en caso de existir nuevos beneficiarios, y por ello se entiende aquellos que no se acercaron a solicitar el reconocimiento de la prestación económica"*.

6.4. Caso concreto

Descendiendo al caso concreto, esta íntegramente probado: **1)** que la señora María Isabelina Bustamante contrajo matrimonio con el señor Manuel de Jesús Marín el 26 de julio de 1948¹; **2)** que el vínculo matrimonial se mantuvo vigente hasta la fecha de la muerte, por cuanto no hubo divorcio; **3)** que el consorte falleció el 03 de junio de 2007²; **4)** que mediante resolución 092 del 07 de febrero del 2000 le fue reconocida pensión de jubilación a Luis Manuel de Jesús Marín³; **5)** que Rosmira Franco Henao reclamó ante el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira la sustitución pensional en calidad de compañera permanente el 15 de junio de 2007, siéndole reconocida en cuantía de \$1.197.064 mediante resolución 6433 del 24 de octubre de 2007⁴; **06)** que el **19 de agosto de 2016** la señora María Isabelina Bustamante Marín reclamó ante el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira la sustitución pensional⁵; **7)** que la citada entidad emitió la Resolución 4333 del 16 de septiembre de 2016 negando el reconocimiento a la ahora demandante y suspendió el pago de la pensión a la señora Rosmira Franco Henao hasta tanto la jurisdicción ordinaria defina la controversia⁶; **08)** que tanto la señora María Isabelina Bustamante de Marín como la señora Rosmira Franco Henao presentaron recurso de reposición en contra de la negativa pensional y la suspensión del pago, respectivamente, el cual fue resuelto mediante **Resolución 1106 del 21 de febrero de 2017**⁷, en la que se decidió no reponer la decisión,

¹ Archivo 04, página 03 cuaderno 01 de primera instancia.

² Archivo 04, página 01 cuaderno 01 de primera instancia.

³ Archivo 31, páginas 14 a 16 cuaderno 01 de primera instancia.

⁴ Archivo 32, páginas 23 a 26 cuaderno 01 de primera instancia

⁵ Archivo 04, página 12 cuaderno 01 de primera instancia.

⁶ Archivo 31, páginas 27 a 29 cuaderno 01 de primera instancia

⁷ Archivo 31, páginas 30 a 36 cuaderno 01 de primera instancia

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

empero, en acatamiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Adolescentes reactivó el 50% de la mesada pensional a la señora Franco Henao; **9)** que mediante Resolución 11984 del 18 de octubre de 2019 se reactivó el 100% de la mesada pensional a la señora Rosmira Franco Henao⁸.

En este orden de ideas, en atención al recurso de alzada y el grado jurisdiccional de consulta, es menester evaluar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite del causante.

Como punto de partida, sea lo primero precisar que, contrario a lo planteado por el apoderado judicial de la señora Rosmira Franco Henao en la sustentación de la alzada, la jurisprudencia antes estudiada enseña que el cónyuge o la cónyuge con vínculo matrimonial vigente solo requiere acreditar una convivencia con el causante superior a cinco (05) años en cualquier tiempo, sin que sea necesario que dicha convivencia se encuentre vigente al momento del deceso para entrar a disfrutar de la pensión de sobrevivientes. De otra parte, también resulta errónea el reproche del Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira, en el sentido de que a la cónyuge (demandante) no le es aplicada la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que las consideraciones allí vertidas no fueron condicionadas a un determinado interregno, sino que se dieron como interpretación de la ley 797 de 2003, misma que estaba vigente para el momento del óbito, debiéndose igualmente considerar que cuando la actora solicitó el reconocimiento pensional ya el precedente jurisprudencial respecto a la convivencia en cualquier tiempo se había consolidado no solo a nivel nacional sino local.

Ello así, solo resta verificar si la demandante acreditó el requisito de convivencia con el causante durante al menos cinco (05) años en cualquier tiempo y, en caso afirmativo, establecer con exactitud los hitos de dicha convivencia con miras a establecer el porcentaje de la cuota parte que le corresponde como beneficiaria de la prestación reclamada.

Con ese propósito, sea lo primero indicar que con la demanda se aportó declaración juramentada del 22 de septiembre de 2015 de los señores Luis Gonzaga Montoya y Alirio de Jesús Ladino, mediante la cual los citados señores afirmaron haber

⁸ Archivo 31, páginas 38 a 40 cuaderno 01 de primera instancia

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

conocido al señor Jesús Marín Montes desde hacía 49 y 40 años, respectivamente, por lo que les consta que al momento de su fallecimiento estaba casado con la señora María Isabelina Bustamante de Marín, con quien convivió ininterrumpidamente desde el 26 de julio de 1948 y procreando 07 hijos, así como en los últimos años de vida el señor Manuel de Jesús sostuvo una relación simultánea con otra mujer, de la que desconocen el nombre⁹.

Tal declaración, de conformidad con el art. 188 del C.G.P. tiene plena validez y por tanto puede otorgársele valor probatorio, como quiera que la contraparte no solicitó su ratificación, ni se opuso a su decreto en la audiencia del art. 77 del CPT y SS, razón por la cual, con lo afirmado ante notario por los señores Luis Gonzaga Montoya y Alirio de Jesús Ladino es posible colegir la convivencia de la cónyuge desde el momento de su matrimonio.

Por otra parte, se debe resaltar que el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira allegó declaración juramentada rendida por el causante el 14 de abril de 1997 en la cual afirmó que era casado por la Ley Eclesiástica pero que desde hacía 15 años se había separado de su esposa, por lo que desde hacía 14 años convivía con la señora Rosmira Franco Henao¹⁰; declaración que para la Sala tiene un mayor fuerza probatoria por emanar de la única persona, diferente a la aquí demandante, que podía confesar la convivencia con posterioridad al matrimonio, quien, adicionalmente, para ese momento no tenía ningún motivo para mentir respecto a haber convivido hasta 1982 con quien fuera su cónyuge, puesto que en nada le beneficiaba a él o los derechos que pudiera buscar con la declaración para su compañera permanente.

Ahora, si bien se refiere en la demanda que la señora María Isabelina tuvo 07 hijos con el causante y que, el nacimiento de los hijos en un corto periodo de tiempo ha permitido a la Sala tener por acreditada la convivencia, en este caso ello no es posible, como quiera que no se allegaron los respectivos registros civiles de nacimiento y únicamente se cuentan con cédulas de ciudadanía de 07 personas que cuentan con los apellidos del causante y la demandante, más no es posible derivar el parentesco únicamente de la identidad de apellidos. Tampoco se puede acreditar la existencia de

⁹ Archivo 04 página 24 cuaderno de primera instancia

¹⁰ Archivo 31, página 19 cuaderno 01 de primera instancia

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

los hijos por la declaración extrajuicio del 22 de septiembre de 2015, como quiera que no es el medio idóneo para probar tales hechos.

Conforme a lo expuesto, es dable concluir, que la actora convivió con el causante desde las nupcias (26 de julio de 1948) y hasta el 14 de abril de 1982, atendiendo que el causante afirmó el mismo mes y día pero del año 1997 que la convivencia había cesado 14 años atrás, lo cual coincide con lo probado por los testigos convocados al proceso, Juan Pablo Isaza Franco, Luz Adriana Hernández López y Faneri Quintero Taborda, que dieron cuenta de haber conocido al causante desde el año 1984, momento para el cual inició vida marital con la señora Rosmira Franco Henao hasta su muerte, por lo que habrá de confirmarse el reconocimiento de la prestación económica en favor de la demandante y los porcentajes otorgados a la cónyuge y la compañera en virtud de la convivencia afectiva con el causante, últimos que no fueron motivo de apelación y que, como en estricto sentido no afectan a la entidad territorial por cuanto ya reconocía la pensión en un 100% y, no han de revisarse en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

En este orden de ideas, acreditada la relación de la cónyuge con el causante por más de 5 años en cualquier tiempo, incluso con la misma prueba aportada por el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y que tenía en su poder para el momento de la reclamación administrativa, pone de relieve el error en el que incurren los apelantes al desconocer el derecho de la demandante, yerro que resulta inexcusable porque la interpretación en este sentido se expresó en la jurisprudencia del órgano de cierre por primera vez en 2011 y se afianzó como línea jurisprudencial vinculante a partir de la sentencia SL 41637 del 24 de enero de 2012, es decir, 7 años antes a la reclamación administrativa presentada por la señora María Isabelina Bustamante Marín.

Ahora, en cuanto al segundo aspecto de apelación en el que coinciden los demandados aunque con posiciones contrarias, esto es, quien debe asumir el pago del retroactivo pensional en favor de la demandante, ha recordarse que la jueza de primera instancia si bien le impuso el pago al Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira, realmente consideró que la obligada a dicho pago es la señora Rosmira Franco Henao, a quien debe descontarle la entidad territorial el valor de a pagar cada mes de su pensión, no obstante, el apoderado de aquella argumenta que debe ser exonerada por haber actuado de buena fe, mientras que el Municipio de Pereira se duele de tener que financiar el retroactivo.

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

Así, en aplicación de la jurisprudencia reseñada líneas atrás y en virtud de la ley Ley 1204 de 2008, esta Sala encuentra acertada la decisión de la jueza de primera instancia, toda vez que aunque razón le asiste a la señora Rosmira Franco Henao al afirmar que actuó de buena fe al recibir las mesadas pensionales como única beneficiaria, lo cierto es que la demandante al reclamar 09 años después del reconocimiento primigenio, se torna como una nueva beneficiaria y, por ende, procede el reintegro del retroactivo a la administradora pensional por parte del beneficiario inicial, máxime cuando al conocer de la solicitud de la actora, el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira, en aplicación de la ley y la jurisprudencia suspendió el pago de la pensión hasta que la justicia ordinaria definiera el derecho, debiendo que reactivarlo únicamente en virtud de la sentencia de tutela.

Así pues, se torna acertada la decisión de primera instancia, sin que le asista razón al apoderado judicial de la entidad territorial en pretender que se ordene directamente a la señora Rosmira Franco Henao pagar el retroactivo pensional, toda vez que el art. 5º de la Ley 1204 de 2008 no contempla que la compensación al nuevo beneficiario sea realizada directamente por el beneficiario anterior, sino que fija que debe ser ejecutada por la entidad pagadora, descontando el valor de las futuras mesadas.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, debiéndose actualizar el retroactivo pensional en favor de la demandante hasta el 31 de marzo de 2023, conforme se observa en la siguiente liquidación:

Año	IPC (Var. Año anterior)	Desde	Hasta	Causadas	Mesada	59,96%	Retroactivo
2013	2,44	19-ago-13	31-dic-13	5,40	\$ 1.523.258	\$ 913.345	\$ 4.932.066
2014	1,94	01-ene-14	31-dic-14	14,00	\$ 1.552.809	\$ 931.064	\$ 13.034.902
2015	3,66	01-ene-15	31-dic-15	14,00	\$ 1.609.642	\$ 965.141	\$ 13.511.979
2016	6,77	01-ene-16	31-dic-16	14,00	\$ 1.718.615	\$ 1.030.481	\$ 14.426.740
2017	5,75	01-ene-17	31-dic-17	14,00	\$ 1.817.435	\$ 1.089.734	\$ 15.256.278
2018	4,09	01-ene-18	31-dic-18	14,00	\$ 1.891.768	\$ 1.134.304	\$ 15.880.259
2019	3,18	01-ene-19	31-dic-19	14,00	\$ 1.951.926	\$ 1.170.375	\$ 16.385.252
2020	3,80	01-ene-20	31-dic-20	14,00	\$ 2.026.100	\$ 1.214.849	\$ 17.007.891
2021	1,61	01-ene-21	31-dic-21	14,00	\$ 2.058.720	\$ 1.234.408	\$ 17.281.718
2022	5,62	01-ene-22	31-dic-22	14,00	\$ 2.174.420	\$ 1.303.782	\$ 18.252.951
2023	13,12	01-ene-23	31-may-23	3,00	\$ 2.459.704	\$ 1.474.838	\$ 4.424.515
RETROACTIVO							\$ 128.003.067

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

Por otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta corresponde precisar que la indexación del retroactivo pensional también corre a cargo de la demandada Rosmira Franco Henao y por lo tanto hace parte de la compensación que ha de realizar el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira, por lo que se adicionará el numeral 4º de la sentencia en ese sentido.

Por último, ante el fracaso de los recursos de apelación, se les impondrá a los recurrentes el pago de las costas procesales de segunda instancia en partes iguales a favor de la parte demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 22 de junio de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por María Isabelina Bustamante de Marín, en contra de Rosmira Franco Henao y el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora MARÍA ISABELINA BUSTAMANTE DE MARÍN tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia causada por el señor MANUEL DE JESÚS MARÍN, a partir del día siguiente a su fallecimiento 04/07/2007, en proporción igual al 59,96% sobre un valor de \$2.459.704 para el año 2023 por 14 mesadas anuales. Correlativamente declarar que la señora ROSMIRA FRANCO HENAO también ostenta el derecho de sobrevivencia, pero en porcentaje igual al 40,04%.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR al FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL MUNICIPIO DE PEREIRA, a pagar a la señora MARÍA ISABELINA BUSTAMANTE DE MARÍN el retroactivo pensional causado desde el 19/08/2013 con porcentaje igual a 59,96% sobre \$1.523.258 del año 2013 por 14 mesadas anuales, que liquidado hasta el mes anterior al proferimiento de esta decisión (marzo 2023) asciende a \$128.003.067, sin perjuicio de las mesadas que a futuro se siguieren causando, y en consecuencia, disminuir el porcentaje de

Radicación No.: 66001-31-05-004-2019-00399-01
Demandante: María Isabelina Bustamante de Marín
Demandado: Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira y Rosmira Franco Henao

la prestación de sobrevivencia que había reconocido a la señora ROSMIRA FRANCO HENAO a un 40,04% sobre el \$2.459.704 (2023) por igual número de mesadas; última a quien además deberá descontársele el 50% de la mesada que recibe hasta compensar el retroactivo pensional que se ordenó pagar a la señora MARÍA ISABELINA BUSTAMANTE DE MARÍN.”

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia recurrida, en el sentido de facultar al FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL MUNICIPIO DE PEREIRA, a compensar del 50% de la mesada que recibe la señora ROSMIRA FRANCO HENAO, el valor de la indexación.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a los recurrentes en favor de la demandante en un 100%. Liquidense por la secretaría del juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Aclara voto

Con firma electrónica al final del documento

GERMAN DARIO GOEZ VINASCO

Firmado Por:

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Aclaración De Voto

German Dario Goetz Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c1899644b7aef653ad0ab8cdcfa0a9bc7670957046bb02d0e46fd69d6641b062**

Documento generado en 21/04/2023 02:08:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>