**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-004-2013-00677-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Dolly Vásquez de Tamayo

**Demandado:** Colpensiones

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

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

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

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

**Citación jurisprudencial: VÍNCULO MATRIMONIAL -** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. M.P. Gustavo Gnecco Mendoza. Rad. 40055 del 29/11/2011. / CSJ la sentencia con radicación N° 45038 del 13 de marzo de 2012, con ponencia de la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, reiterada en las decisiones 44454 de 2013, 43415 de 2014 y 47143 de 2015

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los trece (13) días del mes de septiembre de dos mil dieciséis (2016), siendo las siete y treinta minutos de la mañana (07:30 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 20 de agosto de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Dolly Vásquez de Tamayo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y en el que interviniente ad excludendum la señora **Rosa María Bueno Serna** radicado al N° 66001-31-05-004-2013-00677-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderado:

Interviniente ad excludendum y su apoderado

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

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

La señora Dolly Vásquez de Tamayo solicita que se declare que es beneficiaria, en la proporción que le corresponda, de la pensión de sobrevivientes de origen común del señor Manuel Salvador Tamayo Saldarriaga, desde el 8 de diciembre de 2011, adicionalmente, solicita el reconocimiento de los intereses moratorios, lo que resulte probado en virtud de las facultades ultra y extra petita y, las costas del proceso.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) el señor Manuel Salvador Tamayo Saldarriaga falleció el 8 de diciembre de 2011, momento para el cual se encontraba pensionado por el ISS mediante Resolución N° 4044 de 16 de diciembre de 2002; (ii) como única esposa se conoce a la demandante, nacida el 19 de marzo de 1944; (iii) el día 7 de febrero de 2013, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero le fue negada a través de la Resolución N° 129116 de 2013, dada la petición que en igual sentido presentó la señora Rosa María Bueno Serna, en calidad de compañera permanente; (iv) la actora convivió con el causante alrededor de 20 años, en el cual expusieron su amor, cariño dedicación y procrearon 6 hijos, el último de ellos, nacido el 14 de mayo de 1978 –sic-; v) Dolly Vásquez dependía económicamente de su esposo.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** manifestó atenerse a lo que resulte probado dentro del proceso, acerca de la persona que acredite el mejor derecho para ser considerada beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el deceso del señora Manuel Salvador Tamayo. Propuso como excepciones de mérito las que denominó “Falta de integración del contradictorio”, “Falta de causa para condenar a la entidad demandada”, “Falta de causa por improcedencia condena por intereses mora” ““Falta de causa por improcedencia de la indexación”, “Exoneración de condena por buena fe” “y “Prescripción”.

El juzgado ordenó integrar la Litis con la señora **Rosa María Bueno Serna,** quienuna vez notificada de la existencia del proceso, contestó la demanda y precisó que ella fue la que ostentó la calidad de compañera permanente del causante por un espacio de 36 años y también tuvo 3 hijos con el y, se opuso a las pretensiones.

Igualmente, presentó demanda ad-excludendum en contra de Colpensiones y de la demandante principal, a través de la cual solicitó el reconocimiento como única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, a partir del 8 de diciembre de 2011, con el retroactivo a que haya lugar, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita que resulte probado y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, que si el derecho se declara común, se le reconozca de acuerdo al tiempo de la convivencia.

Como fundamento de sus pretensiones indicó que: (i) el señor Manuel Salvador Tamayo Saldarriaga falleció el 8 de diciembre de 2011, momento para el cual se encontraba pensionado por el ISS mediante Resolución N° 4044 de 1° de enero de 2002; (ii) desde el año 1974 ostentó la calidad de compañera permanente del causante, de manera pública, permanente compartiendo techo, lecho y mesa, amor, dedicación y cariño, hasta el día del deceso de este, lapso dentro del cual procrearon 3 hijos; (iii) a la fecha del fallecimiento de su compañero, se encontraba afiliada al salud como beneficiaria de el; (iv) solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero le fue negada a través de la Resolución N° 129116 de 2013, por la controversia que se presentó con la señora Dolly Vásquez de Tamayo, en calidad de esposa; (iv) la actora convivió con el causante alrededor de 37 años, hoy no se encuentra en condiciones de procurarse los medios necesarios para subsistir.

El juzgado corrió traslado de la demanda ad excludendum a la parte actora principal y a Colpensiones.

La **entidad demandada,** manifestó atenerse a lo probado dentro del proceso y presentó las excepciones de mérito de “Obligación del sistema de seguridad social sin definir” y “Prescripción”.

La señora **Dolly Tamayo de Tamayo,** precisó que no era cierta la convivencia de la señora Rosa María Bueno con el causante, porque esta sostiene una relación marital con José Manuel López; se opuso a las pretensiones y presentó como medios exceptivos los de “No cumplimiento de la convivencia de la demandante”, “Buena fe”, “Mala fe” y la “Innominada o genérica”.

* 1. **Síntesis de la sentencia consultada**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, concedió el derecho pensional a ambas reclamantes en forma proporcional al término de convivencia, al determinar que la señora Dolly Vásquez había convivido con el causante desde la fecha en que contrajeron matrimonio, 6 de marzo de 1961 y, hasta el año 1974 cuando se separaron; mientras que con la señora Rosa María Bueno, lo hizo a partir del año 1976, como ella misma lo adujo en el interrogatorio de parte, y hasta la fecha del deceso del señor Manuel Salvador.

En conclusión reconoció la prestación en un 28,22% y 71,78%, respectivamente, sobre la base de la pensión de que disfrutaba el fallecido.

Condenó al reconocimiento de los intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia y se abstuvo de emitir condena por concepto de costas procesales.

* 1. **Grado jurisdiccional de Consulta**

La anterior decisión, no fue recurrida por las partes, pero como la misma resultó adversa a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, la funcionaria de primer grado, ordenó el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo dispone en artículo 69 del C.P.L. y la jurisprudencia.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos.**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes interrogantes:

1.1. ¿Logró la demandante ad - excludendum cumplir con la carga probatoria de demostrar que ostentó la calidad de compañera permanente del señor Manuel Salvador Tamayo Saldarriaga, dentro de los 5 años anteriores al deceso de este, para ser considerada beneficiara de la sustitución pensional causada con su deceso?

1.2. ¿Le asiste a la señora Dolly Vásquez, en calidad de cónyuge supérstite separada de hecho del causante, algún derecho pensional por su deceso?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

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

**2.1. De la intervención ad excludendum**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

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

**2.1.2. Fundamento fáctico**

En el caso concreto, se observa que la señora Rosa María Bueno Serna, a través de apoderado judicial, presentó demanda ad - excludendum en contra de la señora Dolly Vásquez de Tamayo y de Colpensiones, solicitando se declarara que tenía derecho a la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del señor Manuel Salvador Tamayo Saldarriaga, a partir del 8 de diciembre de 2011, por lo que la prestación debía serle reconocida en un 100% o, en su defecto, compartida entre ambas de manera proporcional al tiempo de convivencia.

**3.1. De la sustitución pensional**

Ahora bien, dentro del presente proceso no se encuentran en discusión los siguientes aspectos: i) que el señor Manuel Salvador Tamayo Saldarriaga, conforme se desprende del contenido de la Resolución N° 4044 de 2002 –fls. 8 y s.s. del cd. 1-; se le reconoció pensión de jubilación por aportes ; ii) la ocurrencia del óbito del pensionado, ocurrida el 8 de diciembre de 2011 –fl. 7-; iii) la señora Dolly Vásquez contrajo matrimonio con el causante por el rito católico el día 6 de Marzo de 1961, conforme consta en el registro civil de matrimonio, visible a folio 12, sin que en el mismo repose nota marginal de cesación de efectos civiles o de disolución de sociedad conyugal ni separación de cuerpos; iv) la señora referida y Rosa María Serna Bueno presentaron, solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes causada por el deceso del asegurado, el día 07/02/2013, las que fueran negadas dada esa concurrencia, tal y como se desprende del contenido de la Resolución N° 129116 de 13/06/2013; v) del matrimonio celebrado entre los señores Tamayo Saldarriaga y Dolly Vásquez, nacieron César Augusto –fl. 18-, Lucy Fanny –fl. 19-, Parmenio –fl. 20-, Luz Elmy –fl. 21-, Duvia –fl. 22- y Humberto Tamayo Vásquez –fl. 23-; vi) entre el causante y la señora Rosa María Bueno procrearon a María Enith –fl. 15 cd. 2 principal-, Miguel Ángel –fl. 16 cd. 2 ppal- y Diana Patricia –fl. 17 cd. 2 del mismo cuaderno-.

**3.1.1. Fundamento jurídico**

Bien es sabido que la norma que rige el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es aquella que se encuentre vigente al momento en que se presente el deceso del afiliado o pensionado, que para el presente asunto lo fue, el 8 de diciembre de 2011, por lo tanto, debemos remitirnos al contenido de los artículos 46 y s.s. de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003.

Ahora, teniendo en cuenta que el causante al momento del fallecimiento, ostentaba la calidad de pensionado, según se desprende de Resolución N° 4044 de 2002 –fls. 8 y s.s. del cd. 1-, es evidente que dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la prestación.

Conforme lo anterior, la controversia se limita a determinar si la demandante, señora Dolly Vásquez de Tamayo, en calidad de cónyuge del causante, tiene mejor derecho que el de la señora Rosa María Bueno Serna, quien se proclama como compañera permanente del mismo, para acceder a la sustitución pensional causada por el deceso de este o, si por el contrario, las dos pueden beneficiarse de esa prestación.

Así las cosas, resulta imperioso para resolver el interrogante planteado, analizar el aspecto relacionado con la convivencia, pues el sentido de la decisión dependerá de si la misma, lo fue o no en forma simultánea, entre las reclamantes con el causante, tal y como se desprende del contenido del inciso final del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

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

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

**3.1.2. Fundamento fáctico:**

Para dilucidar lo anterior, se acudirá a los interrogatorios de parte absueltos por las demandantes y a la prueba testimonial recaudada, así:

La señora **Rosa María Bueno Serna** *–*compañera*-*, manifestó que conoció a Manuel Salvador cuando tenía 17 años y estaba en embarazo de su hijo Miguel Ángel Tamayo que nació el 2 de enero de 1977 y su otra hija tenía un año de edad, que el causante los reconoció a ambos como hijos, pero la única hija en común –Diana- nació el año 1979. Que conoció a Dolly cuando su esposo falleció, que el solo le dijo de la existencia de sus hijos y que los mismos vivían con la mamá. Refirió que el causante nunca se separó de ella, no obstante, por razones laborales en el mes de junio antes de morir, ella se fue a trabajar a otro lugar durante un mes y volvió a la casa; precisó que vivieron en Guayacanes y Lenin Grado y que su esposo murió en la Clínica COMFAMILIAR.

Por su parte, la señora **Dolly Vásquez de Tamayo** –esposa- dijo que vivió con el causante bajo el mismo techo desde el año 1957 y hasta 1974, que el de daba muy mal trato y la dejó como el 18 de septiembre de 1975, por lo que ella se fue para Pereira y luego para Santa Marta, momento para el que su hija mayor tenía 13 años de edad. Aclaró que se separaron legalmente en un juzgado de Armenia, donde se les dio separación de cuerpos y de bienes, pero ella en ocasiones, dos o tres veces al año, volvía a Pereira y se encontraba con el como pareja, que Manuel Salvador le enviaba dinero cada vez que podía y; se dio cuenta de la relación con la señora Rosa María Serna.

* **César Augusto Tamayo Vásquez:** (Hijo de Dolly)

Expresó que sus padres se separaron cuando el tenía más o menos 8 o 9 años de edad, por lo que su madre, Dolly, se fue a vivir a la costa y Manuel Salvador, inició una relación con Rosa María Bueno, no obstante, dijo que su padre le manifestaba que no se había entendido muy bien con esta porque lo dejaba por periodos de 5 o 6 meses, hasta que el le rogaba que volviera, pero que ella también se fue a vivir con un señor Juan Manuel. Expresó que sus progenitores no volvieron a convivir juntos, pero que salían y su padre la llamaba y le daba plata. Por último dijo, que Rosa María y su padre vivieron en Guayacanes y Lenin Grado, y para la fecha en que el murió, ella estaba con el.

* **Ancízar de Jesús Moreno Mejía:** (Vecino de Rosa)

Relató que conoció a Rosa y a Manuel Tamayo, que vivieron juntos desde hace como 20 años que la conoció a ella y ya estaba con el, que tuvieron 3 hijos, vivieron en Guayacanes y luego en Lenin Grado, siempre los vio juntos, no se enteró que Rosa se hubiera ido y refirió que el causante nunca le manifestó estar aburrido con ella o con ganas de separarse. Expresó que Rosa estuvo con Manuel en la enfermedad y cuando el murió.

* **Humberto Tamayo Vásquez:** (Hijo de Dolly)

Dijo que sus padres se separaron cuando el tenía más o menos 5 a 7 años, que no volvieron a vivir juntos, aunque un hermano dice que su padre volvió a llamar a Dolly, pero no le consta. Refiere que Manuel luego se conoció con Rosa. Expresó que la última vez que vio a su papá fue en mayo para un día de la madre, reunión en la que el le contó que Rosa lo había dejado por irse a vivir con un señor Manuel, pero que eso no le consta, que solo fue el comentario que escuchó, sin embargo, precisó que ella estuvo al lado de su padre unos dos meses antes de su muerte. Aclaró que siempre estuvo muy separado de sus padres, desde los 17 años que hizo su vida.

* **María Rubith Mejía Guevara:** (Amiga de Rosa)

Relató que conoce a Rosa desde hace muchos años, que desde que ella se vino para Pereira conoció a Manuel, vivieron en Guayacanes, vendieron la casa y se fueron para Lenin Grado, que estuvieron siempre juntos y por espacio de 35 años, aspecto que conoce, porque don Manuel llevaba muy bien las cuentas y le había comentado. Que nunca se separaron, salvo un mes que ella se fue a trabajar como empleada del servicio doméstico, para ayudar en el pago de la casa que estaba hipotecada. Aclaró que no conoció a Dolly, que tampoco supo que don Manuel hubiera regresado con ella y que sabe que Rosa después del fallecimiento de Manuel Salvador, inició una relación con el señor Manuel López.

* **Blanca Beatriz Rodríguez Aguilar** (Nuera de Dolly)

Manifestó conocer a Dolly y a Rosa, que la primera era casada con don Manuel y vivió con el 17 años, pero cuando los conoció ya no estaban juntos, porque el vivía era con la última, aunque en un almuerzo que hicieron, el comentó que ella lo había dejado por irse con otro y desconoce quien estuvo a su lado cuando falleció. Refirió que Dolly vivía en Santa Martha y venía de 4 a 6 meses, cada año y se quedaba en la casa de ella, pero que la relación con Manuel era como de compañeros, aunque cuando el falleció no estaba al lado de el.

* **Luis Gonzaga Tamayo** (Hermano del causante)

Refirió que Dolly y Manuel estuvieron casados 14 años, se separaron y Dolly gestionó el divorcio en el juzgado de Armenia y nunca se volvieron a encontrar; por su parte, dijo que con Rosa vivió durante 35 años, hasta que el falleció, que ese hecho ocurrió en la Clínica Comfamiliar y en los brazos de ella. Que no se dio cuenta que se hubieran separado o que ella tuviera otro compañero, que su hermano nunca le dijo que estuviera aburrido con ella, pero que ella se fue a trabajar en una casa de familia para poder pagar los intereses de la hipoteca de la casa

Ahora, en relación con la prueba documental, debe recordarse la existencia del registro civil de matrimonio celebrado entre el causante y la señora Dolly Vásquez, que da cuenta que esa unión se llevó a cabo el día 06 de marzo de 1961 –fl. 12 cd. 1 ppal-, el que no tiene nota marginal alguna, que de cuenta de la cesación de efectos civiles de su unión católica y/o disolución de la sociedad conyugal, o separación de cuerpos.

Los anteriores medios de convicción, permiten inferir que la convivencia que en alguna oportunidad se dio entre la señora Dolly Vásquez y el señor Manuel Salvador Tamayo Saldarriaga, lo fue en virtud del matrimonio que entre ellos dos se celebró, mismo que se mantuvo vigente y sin disolución de la sociedad conyugal hasta el día del fallecimiento de este último, la que además fue anterior a la iniciada por este con la señora Rosa María Bueno como se acredita con la confesión efectuada por la parte demandante principal en el interrogatorio de parte que absolvió, al manifestar que “*convivió bajo el mismo techo hasta 1974 o 18 de septiembre de 1975 cuando el la dejó”*, supuesto fáctico que favorece a la parte contraria, máxime cuando con posterioridad a esa calenda es que, se evidencia, con el registro civil de nacimiento, visibles a folios 16 del cd. 2 ppal, que el señor Manuel Salvador registró como hijo suyo y de la señora Rosa María Bueno a Miguel Ángel, inscripción que efectuó el 18 de febrero de 1977, con lo cual puede colegirse que para ese momento ya había iniciado su relación de pareja con esta última y por ende, no se encontraba con Dolly, así como ella misma lo refirió.

Así mismo, de los testigos escuchados a instancia de la parte actora principal, específicamente sus hijos César Augusto y Humberto Tamayo Vásquez, manifestaron que sus padres se separaron cuando tenían 8 o 9 años y 5 a 7, respectivamente, y teniendo en cuenta que estos nacieron el 14 de mayo de 1968 y 21 de abril de 1966, se puede colegir que entre los años 1973 y 1976 se generó la separación de hecho.

Por lo visto, la convivencia entre los cónyuges se extendió entre la fecha en que contrajeron matrimonio, 06 de marzo de 1961 y el 18 de septiembre de 1975, cuando el causante dejó a la señor Dolly Vásquez, como ella misma lo indicó y lo corrobaron sus hijos, es decir, por un lapso aproximado de 14 años, superior a los 5 que exige la norma.

Así las cosas, resta verificar si en realidad, se presentó también una convivencia con la señora Rosa María Bueno y, sobre todo, si la misma lo fue dentro de los 5 años anteriores al deceso de Manuel Salvador Tamayo Saldarriaga, para poderse beneficiar de la referida prestación.

Al respecto, encuentra la Sala que la convivencia entre los compañeros permanentes si se dio por este lapso y se extendió hasta la fecha de fallecimiento del causante según se desprende del dicho de los testigos, quienes concuerdan en exponer:

(i) que la pareja permaneció junta, que no hubo separación entre ellos; en los lugares que convivieron, en concreto, en los barrios Guayacanes y Lenin Grado; (ii) que el causante nunca regresó con su esposa porque siempre estuvo al lado de Rosa María; (iii) si bien se refiere que la compañera se ausentó por varios periodos, dejando solo a Manuel Salvador, esas manifestaciones provienen de los hijos de la señora Dolly y de la esposa de uno de ellos, de los cuales puede percibirse cierto ánimo de favorecer a la esposa, por el contrario, los demás testigos manifestaron que cuando Rosa se ausentó se debió a razones de índole laboral, lo que no tiene la virtualidad de suspender la convivencia entre dos personas; (iv) señalaron los testigos que aunque la señora Rosa se alejó en el año en que el señor Tamayo Saldarriaga falleció, sí estuvo a su lado cuando ello sucedió, de tal manera que puede predicarse la intención de ayudarlo y socorrerlo hasta el último momento; (v) De otro lado se dijo que la señora Rosa al parecer se fue con otra persona, aspecto que no quedó bien definido, toda vez que únicamente un declarante precisó que inició una relación con el señor Juan Manuel López, pero una vez faltó su compañero.

En ese orden, ambas reclamantes fincaron sus pretensiones en el hecho de haber convivido con el pensionado, sin que se presentara convivencia simultánea, pues la prueba recaudada dentro del plenario, permite concluir, como ya se indicó que, (i) para la fecha del deceso de Manuel Salvador Tamayo, éste ya no tenía vida marital con su cónyuge, pero sin embargo, con ella había convivido por más de 5 años, esto es, entre los años 1961 -cuando contrajeron matrimonio- hasta el año 1975, cuando se separaron de hecho; sin que lo afirmado por la señora Dolly de estar separada de cuerpos y con sociedad conyugal disuelta, logre aniquilar su pretensión por cuanto no obra ninguna nota en el registro civil de matrimonio que dé cuenta de la ruptura del vínculo matrimonial y sociedad conyugal, siendo esta la prueba solemne, sin que se requiera acudir a las facultades oficiosas, por las razones que a continuación se aducirán.

Resulta claro, de un lado, conforme lo determina el artículo 167 del Código Civil, que el vínculo matrimonial permanece intacto así exista una sentencia que disponga la separación de cuerpos, que lo único que suspende es la cohabitación y; de otro, que si bien, el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al mencionar el hecho de cuando no hay convivencia simultánea, se refiere indistintamente a los conceptos de “unión” conyugal y “sociedad” conyugal, ha de entenderse que la finalidad de la norma es proteger el vínculo matrimonial, tal y como se extrae de la siguiente providencia[[2]](#footnote-2):

*“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”.*

Aún si en gracia de discusión, se exigiera la vigencia de la sociedad conyugal, la alta Corporación, precisó en posterior oportunidad, que dicha situación no es relevante para efectos de conceder el beneficio pensional de sobrevivencia, porque la protección que el legislador quiso garantizar fue la de la unión familiar, no meramente el aspecto económico que del vínculo matrimonial nace, tal y como se observa en la sentencia con radicación N° 45038 del 13 de marzo de 2012, con ponencia de la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, reiterada en las decisiones 44454 de 2013, 43415 de 2014 y 47143 de 2015, en la que se dijo:

*“Por demás, es el propio artículo 42 de la Constitución Política el que señala que “los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil”, y si a ello se suma la voluntad del legislador de proteger la “unión conyugal” a la que hizo referencia la norma que aquí se discute, no sería propio negar el otorgamiento de la prestación cuando la sociedad conyugal esté disuelta, pero exista el verdadero vínculo jurídico, máxime cuando en este evento, el propio Ramón Antonio Castrillon Uribe, en desarrollo de sus obligaciones de socorro y ayuda mutua, previó el tema pensional e incorporó en la cláusula atrás trascrita su deseo de prodigar amparo, a quien convivió con él por más de 20 años”.*

Conforme lo expuesto, no cabe duda que la cónyuge es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada.

Por su parte, la interviniente ad-excludendum, acreditó de la misma forma, una convivencia con el afiliado fallecido, superior a 5 años, pues la misma inició desde por lo menos, el año 1978, cuando se evidencia el registro del nacimiento del primer hijo, como se precisó con antelación y estuvo vigente hasta la fecha en que aquel murió, esto es, 08 de diciembre de 2011.

En suma, se advierte que la convivencia con el causante de parte de la señora Dolly Vásquez –cónyuge- se presentó entre el 06 de marzo de 1961 al 18 de septiembre de 1975, esto es, 14 años y 6 meses y 12 días; y de la señora Rosa María Bueno entre el año 1978 –se entenderá 1° de enero- al 08 de diciembre 2011, esto es, por 33 años, 2 meses y 20 días; periodos que constituyen el 100% de convivencia a determinar, con el fin de hallar el que le corresponde a cada una de las beneficiarias.

-Cónyuge: 30,67%

- Compañera permanente: 69,33%

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

Frente a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, la misma no está llamada a prosperar como quiera que el derecho pensional se hizo exigible con el deceso del asegurado, ocurrido el 8 de diciembre de 2011 y, la demanda fue radicada dentro de los 3 años siguientes, el 29 de octubre de 2013, conforme se observa a folio 24 vuelto del cd. 1 ppal., por la señora Dolly Vásquez y, el 26 de agosto de 2014 –fl- 2 cd. 2 ppal- por la interviniente ad-excludendum.

En lo relacionado con la condena de los intereses moratorios que se autorizaron a partir de la ejecutoria de la sentencia, la Sala advierte que la decisión de primer grado se encuentra ajustada debido a que la negativa de reconocimiento por parte de la entidad demandada, fue justificada en que debía ser la Judicatura la que resolviera a cuál de las dos reclamantes le asistía el derecho.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión de primera instancia será confirmada, con excepción del numeral segundo que se modificará para corregir el porcentaje que le corresponde a las beneficiarias respecto de la pensión de sobrevivientes causada por el señor Manuel Salvador Tamayo y determinar el valor de retroactivo respectivo, que además se liquidará hasta la fecha.

Costas en esta instancia no se causaron por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de agosto de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Dolly Vásquez de Tamayo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** y en el que interviene la señora **Rosa María Bueno Serna,** como interviniente adexcludendum, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, salvo el numeral segundo que quedará así:

*“SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a cancelar la pensión de sobrevivientes a favor de las señoras Dolly Vásquez de Tamayo y Rosa María Bueno Serna, a partir del 09 de diciembre de 2011, en cuantía igual al 100% de lo que percibía el pensionado por concepto de su pensión de jubilación por aportes. El porcentaje que a cada una le corresponde es de 30,67% de ese 100% para Dolly Vásquez de Tamayo y el 69,33% para Rosa María Bueno Serna, correspondiéndoles las sumas de $18´875.840 y $42.669.123, respectivamente, por concepto de retroactivo pensional, causado hasta el 31 de agosto de 2016. A partir del mes de septiembre de 2016, deberá incluirlas en nómina de pensionados por la suma de $736.227, a la que deberá aplicarle el porcentaje indicado”.*

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia no se causaron por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

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

 Magistrado Magistrada

**DANIEL BERMÚDEZ GIRALDO**

Secretario *Ad-hoc*



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

 M.P. Ana Lucía Caicedo Calderón. Rad. 2014-00040 de 12 de junio de 2015.

 M.P. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda. Rad. 2015-00087 de 23 de agosto de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. M.P. Gustavo Gnecco Mendoza. Rad. 40055 del 29/11/2011. [↑](#footnote-ref-2)