El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Asunto. Apelación y consulta

Proceso. Ordinario laboral

Radicación Nro. : 66001-31-05-001-2015-00498-01

Demandante: Ayda Iris Rivera

Demandado: Colpensiones

Juzgado de Origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

**Temas: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / COMPAÑERA PERMANENTE / CONVIVENCIA ACREDITADA / PRESCRIPCIÓN SE INTERRUMPE CON RECLAMACIÓN / LUEGO DE NOTIFICADA LA RESPUESTA REINICIA CÓMPUTO / INTERESES MORATORIOS-Se causan pasados 2 meses desde la petición / CONDICIÓN DE EXTRANJERO DEL BENEFICIARIO DE PENSIÓN NO LO EXIME DE LOS DESCUENTOS POR SALUD / MODIFICA CONDENA /**

Declaraciones que le merecen credibilidad a la Sala, por haber podido percibir por sus sentidos los lazos de solidaridad, auxilio e intención de convivir como pareja, tanto así que contrajeron matrimonio mucho años después de comenzar la convivencia, lo que reafirma que ésta existió por más de 5 años anteriores a su deceso, sin que afecte el derecho de la demandante la nota marginal que reposa en la partida de bautismo del señor Salazar Benjumea, sobre el matrimonio que contrajo en 1962 con la señora Castaño, que obra en el expediente administrativo, al estar probada la convivencia con la demandante con antelación al fallecimiento por el tiempo exigido, sin perjuicio de que la señora Cecilia Castaño, pueda adelantar el trámite judicial, si algún interés le asiste (sentencia SL1802 de 2016 de 22-08-2012, radicado 38450).

(…)

Así las cosas, respecto a la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, la misma no está llamada a prosperar, como quiera que no transcurrieron más de los 3 años previstos en el artículo 151 de CPTSS para que opere, por cuanto dicho término fue suspendido cuando la demandante reclamó la pensión de sobrevivientes el 16-02-2012, dentro del año siguiente a la muerte del pensionado, y la misma le fue notificada hasta el 19-08-2014 –fl.17-, esto es la respuesta; así, con la primera fecha interrumpió el término trienal, y con la segunda, reinició el conteo de los 3 años para demandar, lo que hizo el 17-09-2015, conforme se extrae del acta individual de reparto visible a folio 27 del cuaderno de primer grado, esto es dentro de los 3 años que prevé la norma.

(…)

Frente a los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, los mismos también resultan procedentes, pues tratándose de pensiones de sobrevivientes, tiene definido esta Corporación que estos se causan al vencimiento de los 2 meses de presentada la solicitud de reconocimiento pensional , la que se hizo el 16-02-2012 por la demandante –fl-18-, por lo que la entidad contaba hasta el 16-04-2012 para efectuar el reconocimiento de pensión, lo que sólo ocurrió hasta el 19-08-2014, es decir, por fuera del término otorgado por la Ley, de tal manera que hay lugar a que los intereses corran a partir del día siguiente de la calenda 17-04-2012 y hasta el pago efectivo de la obligación, prestación que también será objeto de modificación.

(…)

De tal manera que los afiliados que se integran al Sistema a través del régimen contributivo son las personas laboralmente activas y los pensionados o jubilados con capacidad de pago, por lo que los aportes que provienen de la cotización de la población pensionada se causan mes a mes y constituyen un importante rubro de ingreso para el Sistema de Seguridad Social en Salud, sin que la norma en cita distinga la nacionalidad del pensionado o su residencia, máxime cuando en éste caso se trata de una sustitución pensional de quien si era nacional colombiano y la prestación que recibe es directamente de éste país, por lo que no habría lugar a exonerar a la señora Rivera del respectivo descuento del retroactivo pensional el porcentaje del 12% por salud, como lo pretende el recurrente.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Tema a Tratar:** Pensión de sobrevivientes-prescripción desde notificación reclamación y aportes salud extranjero

En Pereira, a los quince (15) días del mes de mayo de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 15 de febrero de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Ayda Iris Rivera** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,** radicado 66001-31-05-001-2015-00498-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandado y su apoderado:

**TRASLADO A LAS PARTES**

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

**ANTECEDENTES**

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

Pretende la señora Aida Iris Rivera que se declare que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes de su compañero permanente Gildardo Salazar Benjumea; en consecuencia, se reconozca y pague la prestación reclamada desde el 02-02-2011, se condene a los intereses moratorios, subsidiariamente, la indexación y las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que (i) conformó una familia de hecho con el señor Salazar Benjumea desde 1987 en el estado de New Jersey, Estados Unidos, con quien tuvo un hijo, que nació el 28-01-1988 en el condado de Atlantic City, del mismo estado; (ii) mediante Resolución No.2183 de 01-01-2006 el ISS le reconoció al señor Salazar la pensión de vejez, quien posteriormente falleció el 02-02-2011; (iii) arguye que convivieron bajo el mismo techo desde 1987 hasta el deceso; (iv) el 16-02-2011 solicitó la pensión de sobrevivientes ante el ISS, la que negó mediante resolución GNR 268974 del 28-07-2014 por no demostrar los extremos de la convivencia con el causante, pero señaló que adelantaría investigación administrativa, porque en la partida de bautismo aparecía nota marginal de matrimonio con la señora Cecilia Castaño; (vi) sin embargo, el causante no hizo vida marital con esta señora.

**La** **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Propuso excepciones de fondo que rotuló como “inexistencia de la obligación de la demandada” y “prescripción”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira ordenó a Colpensiones a reconocer la pensión de sobrevivientes desde el 03-02-2011; junto con el retroactivo pensional desde el 17-09-2012, en cuantía de 1 SMLMV, a razón de 14 mesadas, hasta que se haga la respectiva inclusión en nómina, al prescribir las mesadas causadas entre el 03-02-2011 y el 16-09-2012; asimismo los intereses de mora desde el 17-09-2012; y autorizó a Colpensiones que descuente del retroactivo el porcentaje por concepto de aportes a salud del 12%.

Para sustentar su decisión señaló que las declaraciones rendidas ante el Consulado de Colombia en Newark coincidieron en manifestar, con suficiente claridad, la convivencia que sostuvo la demandante con el señor Salazar Benjumea por más de 24 años, iniciada en 1987, sin que se tenga noticia alguna de separación o rompimiento de ese vínculo, que se sostuvo hasta el fallecimiento del compañero de éste y que era la actora quien dependía económicamente de él, lapso en el que se procreó a su único hijo.

Respecto de la nota marginal que obra en la partida de bautismo del señor Salazar Benjumea, donde se señala que contrajo matrimonio el 5-12-1962 con la señora Cecilia Castaño, agregó que una vez revisado expediente administrativo, no se evidenció ningún documento que diera cuenta de que a aquella persona le asistiera interés en solicitar la sustitución pensional en calidad de cónyuge, es más, en el registro civil de nacimiento del causante no se adjunta ninguna nota marginal.

En lo que tiene que ver con la prescripción la declaró probada de manera parcial, teniendo en cuenta que surgió el derecho el 02-02-2011, se reclamó el 16-02-2012 y la demanda se incoó el 17-09-2015, por lo tanto, solo le asiste el derecho al pago de las mesadas causadas a partir del 17-09-2012.

Finalmente en relación con el porcentaje por concepto de aportes en salud, manifestó que conforme al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, para los pensionados es del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

El apoderado judicial de la demandante presenta su inconformidad frente a dos aspectos; el primero, en relación con la prescripción, por cuanto mientras se esté reclamando ante la entidad el derecho y ésta no decida, no opera la misma, máxime cuando sujetó su decisión definitiva a la investigación administrativa para determinar los extremos de la relación de la demandante, pues declararla en favor de Colpensiones, es como abonarle o permitirle alegar su propia incuria, o el dolo en su propio beneficio.

Y el segundo, en lo relacionado con los descuentos para el sistema de seguridad social en salud, teniendo en cuenta que al no ser colombiana la actora, y por ende no tener el estatus de afiliado a través de régimen contributivo vinculado o subsidiado, no tendría obligación alguna en contribuir con el sistema de salud, salvo el punto de solidaridad que establece la norma especial para este aspecto.

**4. Del grado jurisdiccional de consulta**

Por resultar la anterior decisión adversa a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, se ordenó también surtir el grado jurisdiccional de consulta a su favor, conforme lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.L.

**CONSIDERACIONES**

**1. De los problemas jurídicos**

Previamente a formularlos, debe acotarse que el derecho a la pensión de sobreviviente se causó con la muerte del señor Gildardo Salazar Benjumea, al ostentar éste la condición de pensionado; derecho que fue reconocido por el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No.001283 de 2006 a partir del 01-03-2006[[1]](#footnote-1), sobre lo que no existe controversia; por lo que el problema queda reducido a la existencia de beneficiarios, prescripción de las mesadas y descuento por salud, de ahí que se enuncie los siguientes interrogantes:

(i) ¿Demostró la señora Ayda Iris Rivera ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama ante el fallecimiento del señor Gildardo Salazar Benjumea, de quien dice era su compañero permanente?

(ii) ¿Hay lugar a la imposición de intereses moratorios?

(iii) ¿Operó la prescripción de las mesadas?

(iv) ¿Resulta procedente que se exonere la actora del aporte del 12% al sistema de seguridad social en salud por no tener nacionalidad colombiana y residir en el exterior?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

**2.1. De la sustitución pensional**

**2.1.2. Fundamento jurídico**

Bien es sabido que la norma que rige el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, es aquella que se encuentre vigente al momento en que se presente el deceso del afiliado o pensionado[[2]](#footnote-2); que para el presente asunto lo fue el 02-02-2011[[3]](#footnote-3), por lo tanto, debemos remitirnos al contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Ahora, para resolver el interrogante planteado, es preciso analizar el aspecto relacionado con la convivencia, pues el sentido de la decisión dependerá de si la misma existió respecto de la reclamante con el causante, no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, tal y como se desprende del contenido del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

**2.1.2. Fundamento fáctico.**

Como ya se dijo no hay discusión que se causó la pensión de sobrevivientes al tener la condición de pensionado el señor Gildardo Salazar Benjumea, por lo que solo debe determinarse la convivencia marital de la actora con aquel durante los cinco años anteriores al momento del deceso, cuya carga es suya, pues solo así tendrá la calidad de beneficiaria.

Para demostrar la convivencia, en el curso del proceso, se allegaron las declaraciones que se surtieron ante el Consulado de Colombia en Newark, New Yersey, de los señores Jairo Alberto Díaz Salazar y Luz Adriana Jaramillo Ramírez**,** el primero como sobrino del causante, quien llegó a ese país por invitación suya en 1998, y la segunda, como amiga de la actora, quienes al unísono señalan que la relación fue continua e ininterrumpida por cerca de 30 años y de la que nació el señor Alberto Salazar Rivera en 1988, de lo que se infiere que asocian su natalicio con el tiempo de convivencia; igualmente que se casaron posteriormente por ser el deseo del señor Salazar Benjumea, quien estaba enfermo desde el año 2010.

Declaraciones que le merecen credibilidad a la Sala, por haber podido percibir por sus sentidos los lazos de solidaridad, auxilio e intención de convivir como pareja, tanto así que contrajeron matrimonio mucho años después de comenzar la convivencia, lo que reafirma que ésta existió por más de 5 años anteriores a su deceso, sin que afecte el derecho de la demandante la nota marginal que reposa en la partida de bautismo del señor Salazar Benjumea, sobre el matrimonio que contrajo en 1962 con la señora Castaño, que obra en el expediente administrativo, al estar probada la convivencia con la demandante con antelación al fallecimiento por el tiempo exigido, sin perjuicio de que la señora Cecilia Castaño, pueda adelantar el trámite judicial, si algún interés le asiste (sentencia SL1802 de 2016 de 22-08-2012, radicado 38450).

En conclusión, la señora Rivera es beneficiaria de la pensión de sobrevivencia causada con el deceso del señor Salazar Benjumea el 02-02-2011, por lo que tiene derecho a su reconocimiento a partir de ese momento, en el mismo monto que percibía el señor Salazar Benjumea, esto es, 1 SMLMV.

**2.2 Prescripción**

Previo a establecer el monto de la prestación y el retroactivo, la parte actora alega la inexistencia de éste fenómeno por cuanto la reclamación que se hizo el 16-02-2012[[4]](#footnote-4) interrumpió el término trienal hasta el 19-08-2014[[5]](#footnote-5), momento en que Colpensiones le notificó la decisión

Al respecto la Sala de Casación Laboral[[6]](#footnote-6) ha dicho que el contenido literal del artículo 6 del CPTSS, al interpretarse sistemáticamente con los artículos 151 ibídem y 489 del CST, conduce sin equívocos a la conclusión de que la reclamación presentada por el trabajador, interrumpe la prescripción, y esta comienza a contarse de nuevo a partir de la notificación de la decisión, por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente, es decir, nuevamente por 3 años, por lo tanto, no solo se requiere que la respuesta se produzca y exista como tal, sino también que sea notificada.

Así las cosas, respecto a la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, la misma no está llamada a prosperar, como quiera que no transcurrieron más de los 3 años previstos en el artículo 151 de CPTSS para que opere, por cuanto dicho término fue suspendido cuando la demandante reclamó la pensión de sobrevivientes el 16-02-2012, dentro del año siguiente a la muerte del pensionado, y la misma le fue notificada hasta el 19-08-2014 –fl.17-, esto es la respuesta; así, con la primera fecha interrumpió el término trienal, y con la segunda, reinició el conteo de los 3 años para demandar, lo que hizo el 17-09-2015, conforme se extrae del acta individual de reparto visible a folio 27 del cuaderno de primer grado, esto es dentro de los 3 años que prevé la norma.

Por lo anterior, el recurso de apelación sale avante en éste aspecto, por lo que hay lugar a modificar la fecha del retroactivo y de los intereses moratorios como pasa a explicarse.

En relación con el retroactivo a que tiene derecho la señora Rivera, será liquidado desde el 03-02-2011 hasta el 30-04-2018, en cuantía equivalente al 100% de la pensión de vejez que recibía el señor Salazar Benjumea a razón de 14 mesadas por año, el que asciende a la suma de $63.862.370, conforme consta en la liquidación que hace parte integral del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando, hasta que sea incluida en nómina de pensionados.

Frente a los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, los mismos también resultan procedentes, pues tratándose de pensiones de sobrevivientes, tiene definido esta Corporación que estos se causan al vencimiento de los 2 meses de presentada la solicitud de reconocimiento pensional[[7]](#footnote-7), la que se hizo el 16-02-2012 por la demandante –fl-18-*,* por lo que la entidad contaba hasta el 16-04-2012 para efectuar el reconocimiento de pensión, lo que sólo ocurrió hasta el 19-08-2014, es decir, por fuera del término otorgado por la Ley, de tal manera que hay lugar a que los intereses corran a partir del día siguiente de la calenda 17-04-2012 y hasta el pago efectivo de la obligación, prestación que también será objeto de modificación.

**2.3. Aportes al sistema de seguridad social en salud- pensionados extranjeros**

El artículo 204 de la Ley 100 de 1993 adicionado por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008 establece que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Frente a la norma en cita debe advertirse que el antecedente del artículo 1 de la Ley 1250 de 2008[[8]](#footnote-8) fue precisamente salvaguardar a la seguridad social como ese servicio público de carácter obligatorio, que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual tiene a su cargo la función de organizar, dirigir y reglamentar dicha prestación conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

De tal manera que los afiliados que se integran al Sistema a través del régimen contributivo son las personas laboralmente activas y los pensionados o jubilados con capacidad de pago, por lo que los aportes que provienen de la cotización de la población pensionada se causan mes a mes y constituyen un importante rubro de ingreso para el Sistema de Seguridad Social en Salud, sin que la norma en cita distinga la nacionalidad del pensionado o su residencia, máxime cuando en éste caso se trata de una sustitución pensional de quien si era nacional colombiano y la prestación que recibe es directamente de éste país, por lo que no habría lugar a exonerar a la señora Rivera del respectivo descuento del retroactivo pensional el porcentaje del 12% por salud, como lo pretende el recurrente.

Situación que se reafirma aún más con el numeral 5 del artículo 2.1.3.17 del Decreto 780 de 2016[[9]](#footnote-9), pues a pesar que establece que cuando un afiliado cotizante y su núcleo familiar fija su residencia en el exterior y siempre y cuando hubiere reportado a la EPS la novedad de terminación de la inscripción a través del Sistema de Afiliación Transaccional y reporte en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes – PILA, termina la inscripción en la EPS, por lo que no estaría obligado a aportar; lo cierto es, que la norma excluye al pensionado, teniendo en cuenta que solo hace referencia al afiliado cotizante, lo que resulta lógico, en la medida en que en el primer caso, dicho afiliado cotizante no está recibiendo alguna contraprestación, mientras que en el segundo, sí lo hace cuando percibe la respectiva mesada pensional, posición que incluso asumió la misma actora desde el 16-02-2012, cuando exteriorizó su consentimiento para afiliarse a la EPS Saludcoop, según folio 26 del expediente administrativo[[10]](#footnote-10), consiente que debía realizar el aporte en salud en caso de resultar beneficiaria de la sustitución pensional.

Así las cosas, subsiste para la actora el deber de realizar el pago de la totalidad de la cotización a salud que actualmente es del 12% para los pensionados, por lo que no prospera la apelación en éste aspecto.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se confirmará la decisión, salvo los numerales tercero, cuarto, y quinto que se modificarán, para fijar como fecha del reconocimiento del retroactivo desde el 03-02-2011 y actualizarlo; al igual que la fecha en que se causan los intereses de mora, respectivamente. De otro lado se revocará el numeral segundo, para en su lugar, declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

Sin costas en esta instancia al prosperar parcialmente el recurso interpuesto por la parte actora, además por conocerse por el grado jurisdiccional de consulta.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de febrero de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Ayda Iris Rivera** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,** por las razones expuestas en precedencia, salvo los numerales segundo, que se revoca, tercero, cuarto, y quinto que se modifican, que quedan así:

*Segundo: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por el vocero de Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*Tercero: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, proceder a reconocer y pagar a favor de la señora AIDA IRIS RIVERA la pensión de sobreviviente de manera retroactiva a partir del 03 de febrero de 2011, en cuantía equivalente al 100% de la pensión de vejez que recibía el señor Gildardo Salazar Benjumea, que para el año 2011 equivale a la suma de $535.600. Dicha prestación se pagará a razón de catorce (14) mesadas por año y deberá ser reajustada anualmente de acuerdo a lo que disponga el gobierno nacional.*

*Cuarto: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a cancelar el retroactivo pensional causado desde el 03 de febrero de 2011 y hasta la fecha en que se haga la respectiva inclusión en nómina, lo que al 30 de abril de 2018, asciende a la suma de $63.862.370.*

*Quinto: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a pagarle a la actora los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre cada una de las mesadas causadas, a partir del 17 de abril de 2012 y hasta que el pago se verifique, los que se liquidarán a la tasa máxima legal vigente al momento de efectuarse el respectivo pago.*

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, por lo dicho líneas atrás.

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**  **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

\*Anexo



OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

1. Folio 22 del expediente administrativo No.4 que reposa en el CD visible a folio 70. [↑](#footnote-ref-1)
2. SL15199 del 2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 32 del expediente administrativo No.5 que reposa en el CD visible a folio 70. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 18. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 17. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencias del 27-01-2016. Radicado 47590. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz y del 15-02-2017. Radicado 46120. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. [↑](#footnote-ref-6)
7. M.P. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda, Rad. 2013-00601 del 18-07-2017. Dte: Francy Yulieth Arbeláez Pulgarín (Sebastián Lopera Arbeláez) vs Colpensiones. [↑](#footnote-ref-7)
8. Según Sentencia C-430-2009 que analizó su constitucionalidad. [↑](#footnote-ref-8)
9. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”. [↑](#footnote-ref-9)
10. No.6 que reposa en el CD visible a folio 70. [↑](#footnote-ref-10)