



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
 Sala Laboral

Proceso:	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	Marino Reyes
Demandado	Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia
Radicación	76001310500120180023801
Tema	Sustitución Pensional
Subtemas	Establecer si: (i) el demandante Marino Reyes en calidad de compañero permanente cumple con los requisitos para ostentar el status de beneficiario de la sustitución pensional, tras el fallecimiento del pensionado causante Duncio Constain Mera (q.e.p.d.), igualmente, de acuerdo al recurso de apelación se analizará si (ii) Resulta procedente el reconocimiento y pago de la sustitución pensional al accionante Marino Reyes al no haber acreditado la convivencia durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del causante, de acuerdo a las pruebas documentales y testimoniales allegadas al expediente.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 131

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de junio de 2021, siendo el día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, se constituye en Audiencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO No. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020, artículo 15¹**, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en los

¹ La Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C- 420 de 2020 efectuó el control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 806 de 2020.

ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020, y PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de dictar Sentencia de Segunda Instancia en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a resolver el **Recurso de Apelación** formulado por la parte **demandada Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia** contra la **Sentencia No. 120 del 8 de mayo de 2019**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito** de esta ciudad, e igualmente surtir el grado jurisdiccional de **consulta** de conformidad con el inciso tercero del artículo 69 del CPTSS.

Alegatos de Conclusión

No fueron presentados por las partes.

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala, a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 127

Antecedentes

Marino Reyes presentó demanda ordinaria laboral en contra del **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, pretendiendo el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañero marital supérstite del fallecido Dunsco Constain Mera (q.e.p.d.), a partir del 10 de septiembre de 2016, junto con el reconocimiento y pago de intereses moratorios, indexación y costas procesales.

Demanda y Contestación

En resumen, de los hechos, señala el actor que, Duncio Constain Mera (q.e.p.d.) fue Jubilado por Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Resolución 1356 del 27 de noviembre de 1979, desde esta fecha hasta el día de su fallecimiento, el 10 de septiembre de 2016, recibió ininterrumpidamente dicha prestación económica.

Que formalizó una relación marital homosexual con el señor Duncio Constain Mera (q.e.p.d.), relación que duró más de treinta años compartiendo techo, mesa y lecho, colaborándose y apoyándose mutuamente hasta el momento del deceso del señor Duncio Constain Mera (q.e.p.d.).

Sostuvo que, convivieron la mayoría del tiempo en la Cra. 7B # 82-62 del barrio Alfonso López primera etapa en cuya vivienda pagaban arriendo, haciendo claridad que dicho pago, así como el de la alimentación, recreación, medicamentos, vestuario, etc. los costeaba el jubilado Constain Mera (q.e.p.d.), pues era él quien se encargaba del aseo, lavado, planchado de ropas, de preparar alimentos, etc., para atender a su compañero sentimental, debido a que no laboraba en ninguna entidad pública ni privada, por consiguiente, dependía económicamente de su pareja sentimental.

Que, Duncio Constain Mera (q.e.p.d.) en Cali no tenía ningún pariente cercano ni lejano, por tal motivo al fallecimiento de él, de común acuerdo con sus hermanas biológicas, que residían en Popayán, trasladó los restos mortuorios de su pareja a dicha ciudad, previo arreglo con la funeraria Cristo Rey Ltda., pues fue él quien se encargó de atenderlo en la clínica durante

todo el tiempo que estuvo enfermo, acompañándolo a sus controles médicos y hasta el día de su muerte.

Que a través de apoderada judicial radicó la solicitud de la pensión sustitutiva al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, adjuntando todos los documentos que se exigen para la reclamación.

Afirmó que, en la oficina de Ferrocarriles Nacionales ubicadas en Cali, no recibían dicha documentación y le recomendaron que los enviara a Bogotá, a las oficinas del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con sede administrativa en la calle 13 #18-24, labor que realizó a través de la oficina de correos, mediante la modalidad de correo certificado por intermedio de Servientrega documentación que llegó en debida forma y fue recibida por dicho ente pensional el 8 de noviembre de 2016, según sello colocado por ellos.

Que, después de radicar la solicitud pensional y no tener ningún tipo de respuesta por parte de dicho ente pensional, el 24 de abril de 2017, por intermedio de Servientrega y el servicio de correo certificado, les envió comunicado preguntando en qué estado se encontraba el trámite, tampoco recibió ningún tipo de respuesta, ante la omisión de no responder el derecho de petición, se vio obligado a radicar la acción de tutela para que dicho ente pensional le respondiera.

Indicó que, gracias al fallo # 044 del 25 de agosto de 2017, proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Cali, con radicación 2017- 057 se enteró que dicho ente pensional, respondió la solicitud y mediante la Resolución 0354 del 28 de febrero de 2017 negó el derecho y pago a dicha sustitución pensional argumentando que, no se logró demostrar

fehacientemente la convivencia marital por más de 5 años ininterrumpidamente, hasta el día de la muerte del causante, además que no aparecía inscrito como beneficiario pensional en la hoja de vida de Dunsco Constain Mera (q.e.p.d.), según lo establecido en la Ley 44 de 1980.

Que, optó por radicar el respectivo recurso de reposición y en subsidio apelación a la Resolución 0354 del 28 de febrero de 2017, dentro de los términos de envió de Ley, a través de la oficina de correos certificado "Servientrega", documentos que fueron recibidos en debida forma en dicho ente pensional. Que la respuesta al recurso fue no reponer, por la Resolución 1739 de 1 de diciembre de 2017.

Que, a través de apoderada judicial interpuso acción de tutela solicitando la protección de los Derechos Fundamentales al debido proceso, derecho de petición, vida digna, seguridad social y mínimo vital y dicha protección fue negada mediante Sentencia No. 57 del 28 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Quince Laboral de Cali.

El **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**. Se opuso a todas las pretensiones de esta demanda, alegando que el actor no cumple con los requerimientos exigidos por el art. 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 en su artículo 13, pues en todo caso no se logró establecer una convivencia real y material del demandante con el pensionado Constain Mera (q.e.p.d.). En su defensa propuso las excepciones de fondo: **Inexistencia de la obligación demandada; Cobro de lo no debido; Buena fe; Falta de causa y título para pedir; Prescripción** y la **Innominada o genérica**.

Trámite y Decisión De Primera Instancia

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 120 del 8 de mayo de 2019**; declarando no probadas las excepciones oportunamente formuladas por la demandada; condenando al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a reconocer a favor del señor Marino Reyes, la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañero permanente del pensionado fallecido señor Dunsco Constain Mera, a partir del 10 de septiembre de 2016 , fecha del deceso de éste, en cuantía igual a la que venía percibiendo el causante en mención; condenando al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a pagar a favor del Marino Reyes la suma de \$74.378.730 por concepto de mesadas pensionales adeudadas desde el 10 de septiembre de 2016 y liquidadas hasta el 30 de abril de 2019, incluidas las adicionales de cada año, e igualmente a que le continúe cancelando una mesada equivalente a \$2.140.881, a partir del mes de mayo de 2019 y aplicar en adelante los reajustes de Ley; condenando al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar a favor del señor Marino Reyes, los intereses moratorios, a partir del 8 de enero de 2017, respecto de las mesadas pensionales adeudadas, a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago; absolviendo al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia respecto de las demás pretensiones formuladas por el actor en la demanda; condenando al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia en costas.

La *A quo* como sustento del fallo mencionó que, no se encontraba en discusión que el señor Dunsco Constain Mera dejó causado el derecho debido a que, se encontraba pensionado por jubilación por la entidad demandada, posteriormente procedió a citar Jurisprudencia proferida por las Honorables Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia que avalan

la condición de beneficiarios de las parejas homosexuales siempre que se acrediten los requisitos establecidos en la Ley. Manifestó que en el proceso quedó acreditada la convivencia entre el accionante Marino Reyes y el pensionado fallecido Dunsco Constain durante más de cinco años anteriores al fallecimiento de éste, teniendo presentes las pruebas testimoniales rendidas en la audiencia.

Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión impugnó la parte **demandada**.

Manifestó, en primer lugar, que no existe antecedente administrativo en la hoja de vida del señor Constain respecto de la convivencia con el señor Marino Reyes. En segundo lugar, adujo que, con los testimonios aportados no fue decantado de manera directa la existencia de la relación porque ninguno de los testigos en su declaración manifestó que le constara la convivencia como pareja del señor Marino Reyes con el señor Constain, además, afirmó que, no es clara, probatoriamente hablando, la materialización de los requisitos jurídicos que exige la norma para brindar el beneficio al señor Marino Reyes en calidad de compañero permanente del señor Constain.

CONSIDERACIONES

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver sobre el **recurso de apelación** interpuesto por la parte **demandada Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia** respecto de la sentencia proferida por la jueza de primera instancia, e igualmente surtir el **grado jurisdiccional de consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3°

del artículo 69 del CPTSS, ya que la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la Nación funge como garante, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, V. gr. Sentencia STL-7382 – 2015 (40200), M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS².

Revisado el proceso, no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde, resulta necesario resolver de fondo la Litis en estudio.

Hechos Probados

En el *sub iúdice* no es materia de discusión: **(i)** que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a través de Resolución No. 1356 del 27 de noviembre de 1979 reconoció y ordenó pagar a favor de Dunsco Constain Mera (q.e.p.d.) una pensión mensual vitalicia de jubilación al haber acreditado los requisitos dispuestos en el art. 21 de la Convención Colectiva del Trabajo, suscrita el 12 de marzo de 1976 con el Sindicato Nacional. (fl. 90); **(ii)** que la fecha de fallecimiento del señor Dunsco Constain Mera (q.e.p.d.) es el 10 de septiembre de 2016 (fl. 23); **(iii)** que el accionante Marino Reyes, diligenció formulario de solicitud de sustitución pensional de cónyuge o compañero solicitando la sustitución pensional en calidad de compañero permanente expedido por Ferrocarriles Nacionales de Colombia, petición que fue recibida el 8 de noviembre de 2016, sin respuesta alguna por parte de la entidad (fl. 25); **(iv)** que el accionante Marino Reyes el 21 de abril de 2017 a través de apoderada judicial presentó solicitud del estado de trámite de pensión sustitutiva ante el Fondo Pasivo

² “La Nación sí garantiza el pago de las pensiones, se itera, del régimen de prima media con prestación definida, de forma que debe surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el art. 69 del C.P.T. y S.S. para proteger el interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado debe responder.”.

Social de Ferrocarriles Nacionales (fl. 27); **(v)** que el accionante Marino Reyes a través de apoderada judicial presentó acción de tutela en contra del Fondo Pasivo de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia por la vulneración del derecho fundamental de petición y el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad a través de fallo de tutela No. 044 del 25 de agosto de 2017, resolvió tutelar el derecho fundamental de petición, ordenándole que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la providencia proceda a notificar a Marino Reyes de la Resolución No. 0354 del 28 de febrero de 2017 expedida por el subdirector de prestaciones sociales del Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. (fls. 29 y 30); **(vi)** que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia emitió Resolución No. 0354 del 28 de febrero de 2017 mediante la cual negó la petición de reconocimiento y pago de la sustitución pensional a Marino Reyes porque no se observan antecedentes que permitan inferir con certeza que el señor Marino Reyes estuvo haciendo vida marital continua e ininterrumpida con el causante por lo menos durante cinco años hasta la muerte de Dunsco Constain Mera (q.e.p.d.) conforme el art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; **(vii)** que el actor presentó recurso de reposición de la resolución antedicha y la entidad a través de Resolución 1739 del 1 de diciembre de 2017, no repuso la resolución al no haberse pronunciado en el recurso sobre puntos o hechos nuevos diferentes a los ya plenamente definidos en el trámite de instancia (fls. 31 al 35, y 37 al 39); y, **(viii)** que el actor a través de apoderada judicial presentó acción de tutela en contra del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles por la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida digna, petición y debido proceso y el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Oralidad de Cali mediante Sentencia No. 57 del 28 de febrero de 2018, resolvió negar la protección constitucional arguyendo que, la acción de tutela es un

mecanismo subsidiario de defensa judicial el cual no puede ser utilizado para sustituir mecanismos judiciales ordinarios. (fls. 41 al 43)

Problemas Jurídicos

Los problemas jurídicos se circunscriben a establecer si: **(i)** el demandante **Marino Reyes** en calidad de compañero permanente cumple con los requisitos para ostentar el status de beneficiario de la sustitución pensional, tras el fallecimiento del pensionado causante **Dunscio Constain Mera** (q.e.p.d.), igualmente, de acuerdo al recurso de apelación se analizará si **(ii)** de acuerdo a las pruebas documentales y testimoniales allegadas al expediente, el accionante Marino Reyes acreditó la convivencia durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del causante, para ser acreedor del reconocimiento y pago de la sustitución pensional.

Análisis del Caso

Para determinar la calidad de beneficiario de la sustitución pensional, se hace necesario acudir al principio del efecto general e inmediato de la Ley, esto es, que la norma aplicable a tal asunto es la vigente al momento de su estructuración, es decir, a la fecha del fallecimiento del pensionado, que para el caso que nos ocupa sería al 10 de septiembre de 2016, fecha en la que ocurrió el deceso de **Dunscio Constain Mera (q.e.p.d.)** (fl. 23); por lo que la norma vigente a dicha calenda es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con la reforma que incluyó el artículo 13 de la Ley 797 del 2003.

Tal precepto normativo establece quienes son beneficiarios de la pensión de sobreviviente, en el literal (A), así: 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 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.**

Para la Sala resulta pertinente resaltar que, el apartado establecido en el literal A) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que refiere a la prestación por sobrevivencia del pensionado -subrayado y en negrilla – que dicta “no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte” fue declarado exequible en la Sentencia C-1094 del 19 de noviembre de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, bajo el entendido que, la norma persigue una finalidad legítima al fijar de manera explícita requisitos a los beneficiarios de la prestación de sobrevivencia, lo cual no agrede los fines y principios del sistema teniendo presente que el régimen de convivencia que se exige para el caso de los pensionados pretende evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobreviviente.

Por otro lado, en lo concerniente al reconocimiento de derechos de las Uniones Maritales de Hecho a Parejas homosexuales, se ha pronunciado la Honorable Corte Constitucional a través de la Sentencia C- 075 de 2007, declarando la exequibilidad de la Ley 54 de 1990 que define la Uniones Maritales de Hecho y Régimen Patrimonial entre compañeros permanentes, con la modificación introducida por la Ley 979 de 2005, en el entendido que, *“...la diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto y que la categoría orientación sexual es un criterio*

sospechoso de diferenciación...”; en efecto, se estableció que, la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas del mismo sexo es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de auto determinación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídicos patrimoniales.

Ahora, respecto de la sustitución pensional para las parejas constituidas por personas del mismo sexo, la Corte Constitucional fijó pautas específicas para su reconocimiento a través de la Sentencia C-336 de 2008, mediante la cual, se resaltó la importancia de este beneficio, como parte integrante de estrategias de previsión social y se advirtió que, aunque tiene un carácter prestacional, el mismo adquiere naturaleza de Derecho Fundamental cuando a través de él se materializan otros valores constitucionales. A partir de esto, la Corte explicó los límites adscritos a la actividad legislativa en la materia y efectuó especial énfasis en el principio de universalidad, conforme al cual *“...la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas que residen en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión opinión política o filosófica, etc...”*.

Así mismo, la Corte en dicha Sentencia procedió a comprobar que la aplicación real de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, han otorgado a las parejas homosexuales un tratamiento distinto al que se otorga a las parejas heterosexuales en cuanto éstas son consideradas beneficiarias de la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional y aquellas no, señalando: *“...trato distinto que resulta discriminatorio respecto de las parejas homosexuales, las*

cuales, aun cuando no están excluidas de manera expresa de los beneficios de la pensión de sobreviviente, si resultan de hecho exceptuadas del sistema de seguridad social, pues la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del estado social de derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y a las normas que desde la Constitución amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual...”.

Adicionalmente, de tal trato discriminatorio la Corte infirió la existencia de un “déficit de protección”, en lo concerniente al acceso a la pensión de sobrevivientes en las parejas homosexuales y a partir de ello la Corte precisó que, con el objeto de remover la citada situación, que resulta abiertamente contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales toda vez que, no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para que exista un trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus Derechos Fundamentales al Libre Desarrollo de la Personalidad y a la Libertad de Opción Sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo sexo; igualmente se acotó que, a la luz de las disposiciones superiores, no existe justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual aquellas personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobreviviente o sustitución pensional en las mismas condiciones que lo hacen las personas que integran parejas heterosexuales.

En consecuencia, bajo dichas condiciones, la Corte resolvió declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993

modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo, así mismo, definió bajo qué condiciones una pareja homosexual puede probar su vínculo y acceder a los beneficios del Sistema de Seguridad Social, por lo que, se aclaró que la prueba de la relación debía partir de la aplicación del principio de buena fe, conforme a las pautas establecidas en la Sentencia C-521 de 2007, Sentencia mediante la cual se indicó que la condición de compañero(a) permanente deber ser probada mediante declaración ante Notario, expresando la voluntad de conformar una familia de forma permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y se supone la buena fe, y el juramento sobre la verdad de lo expuesto.

Aunado a lo anterior, la Honorable Corte Suprema de Justicia a través de diversa Jurisprudencia se ha pronunciado al respecto aduciendo que, de acuerdo con los artículos referidos y la acreditación de la condición establecida en la Sentencia C-521 de 2007, para acreditar la condición de compañero(a) permanente, como exigencia en materia de afiliación a salud y/o en materia del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional, **no existe una solemnidad “ad substantiam actus”**, para demostrar el requisito de la convivencia, pues se consideró que, el legislador concedió libertad probatoria a los jueces para formar su convencimiento, salvo cuando la misma Ley exija una determinada prueba o solemnidad, situación que no se presenta para acreditar la condición de compañero permanente o el tiempo de la convivencia, para efectos de alcanzar la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional, lo anterior en el entendido que, establecer unos requisitos distintos para acreditar la convivencia de parejas del mismo género frente a los exigidos a las parejas heterosexuales es discriminatorio,

debido a que, atenta contra los derechos fundamentales como la seguridad social y la dignidad humana. Al respecto las Sentencias rad. 36999 del 7 de julio de 2010 M.P. Eduardo Adolfo López Villegas y SL 5524 de 2016. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

De otra parte, en lo concerniente a la convivencia en pareja, lo que da lugar al reconocimiento de la prestación económica es la comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje la intención de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva con anterioridad al fallecimiento del afiliado o pensionado. véase las Sentencias de la CSJ SL1399 del 2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas, SL 7299-2015 M.P. Rigoberto Echeverry Bueno y SL 3938 del 2020 M.P. Giovanni Francisco Jiménez.

En ese orden de ideas, el accionante **Marino Reyes** se presenta en calidad de compañero permanente del pensionado fallecido **Dunscio Constain Mera** (q.e.p.d.), por lo que deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante durante cinco años con anterioridad al fallecimiento de éste, adicional a ello, de acuerdo con lo expuesto, se reitera que, la condición de compañero permanente se genera por el devenir cotidiano de la pareja con intención de conformar una familia y en ese sentido, la convivencia se puede acreditar con cualquier medio de prueba establecido en el art. 165 del C.G.P.

Ahora, la Sala procederá a analizar si el accionante **Marino Reyes** acreditó la calidad de beneficiario de la sustitución pensional deprecada de

acuerdo con las pruebas documentales y testimoniales allegadas al expediente.

Visible a fl. 24 del expediente obra certificación del Grupo Pre Exequiales Ltda., Cristo Rey Ltda. del 6 de octubre de 2017, en la que consta que en sus instalaciones se atendió el servicio del señor Dunscio Constain Mera, el 10 de septiembre de 2016, que para dicho trámite se presentó el señor Marino Reyes, quien estuvo al tanto de las diligencias pertinentes hasta que el féretro salió de traslado hacía la ciudad de Popayán de donde era oriundo el occiso, que el costo del servicio funerario fue cubierto por el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Gravitan de fls. 48 a 50 fotos en las que se visualiza a la pareja Marino Reyes y el causante en vida Dunscio Constain Mera (q.e.p.d.) compartiendo con personas allegadas, e igualmente celebrando en fechas especiales.

Se encuentra visible a fl. 64 del expediente, Declaración Extraprocesal en la que consta que, compareció Marino Reyes el 29 de septiembre de 2016 ante la Notaria Diecisiete del Circulo de Santiago de Cali, declarando bajo la gravedad de juramento que, convivió bajo el mismo techo, en unión libre de forma permanente, continua e ininterrumpida compartiendo lecho, techo y mesa dándose apoyo mutuo con el señor Dunscio Constain Mera (q.e.p.d.), por espacio de cuarenta años desde el día que se unieron como pareja sentimental, 20 de febrero de 1976, hasta el día de su fallecimiento el 10 de septiembre de 2016, último domicilio que habitaron Cra. 7b No. 82-62 Barrio Alfonso López I etapa, Cali-Valle, arriendo que se pagaba al señor Nelson Barona directa y económicamente por su fallecido compañero sentimental, quien dependía de la pensión que recibía de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pues era la persona que le proporcionaba todo lo

necesario para subsistir como alimentación; vivienda; atención médica y se encargaba de la manutención y cuidados de la casa, como preparar los alimentos, de alistarle su vestuario, etc., por tal motivo manifestó no tener conocimiento de personas con igual o mayor derecho para reclamar la pensión sustitutiva que en vida dejó su fallecido compañero sentimental.

Se encuentra visible a fl. 65 del expediente Declaración Extraprocesal en la que se observa que, el 29 de septiembre de 2016 comparecieron Betty Mancilla Lerma, Oliva Zubieta de Londoño, Efraín Marquínez Lizcano ante la Notaria Diecisiete del Circulo de Santiago de Cali, quienes al unísono manifestaron que, conocen de vista, trato y comunicación directa, por espacio de veinticinco (25) años y treinta y cinco (35) años, respectivamente, al señor Marino Reyes y, por el conocimiento que tienen de él, saben y les consta que convivió bajo el mismo techo, en unión libre de forma permanente, continua e ininterrumpida, compartiendo lecho, techo y mesa, dándose apoyo mutuo con el señor Dunsco Constain Mera hasta el 10 de septiembre de 2016, que el último domicilio que habitaron ellos en la Cra. 7B No. 82-62 barrio Alfonso López I etapa, Cali Valle, aclararon que el señor Marino Reyes dependía directa y económicamente de su fallecido compañero sentimental, quien dependía de la pensión que él recibía de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pues era él la persona que le proporcionaba todo lo necesario para subsistir como alimentación, vivienda, atención médica y el señor Marino Reyes se encargaba de la manutención y cuidados de la casa como preparar los alimentos, de alistarle su vestuario, etc., por tal motivo manifestaron no tener conocimiento de las personas con igual o mayor derecho al de Marino Reyes para reclamar la pensión sustitutiva que en vida dejó su fallecido compañero sentimental.

Se escucharon los testimonios de **Betty Mancilla Lerma, Oliva Zubieta de Londoño y Efraín Marquínez Lizcano** quienes manifestaron de manera independiente, pero coincidiendo en sus afirmaciones que, conocieron al demandante Marino Reyes desde hace más de treinta y cuarenta años, respectivamente, porque todos han vivido en el mismo sector en el barrio Alfonso López, que siempre vieron juntos a la pareja Marino y Dunsco, que la pareja conformada por Marino Reyes y Dunsco Constain Mera convivieron juntos en la misma casa, que la pareja Reyes - Mera se preocupaban mutuamente por el estado de salud de ambos y adujeron que estuvieron juntos Marino y Dunsco hasta el momento del fallecimiento de éste último.

Se resalta que, a la testigo Betty Mancilla, el señor Dunsco en vida, le comentó, que tenía temor de quedarse sin Marino y que Marino siempre tuvo temor de quedarse sin el señor Dunsco Constain, refirieron también los testigos que fue el señor Marino Reyes quien estuvo pendiente día y noche en la clínica cuidando a Dunsco Constain hasta el momento en que este falleció, que de igual manera el señor Dunsco, pese a que vivía en la ciudad de Cali, por solicitud de su familia, que residía en el municipio de Popayán, fue trasladado a esa ciudad para ser velado allí, lugar en donde se encontró el señor Marino Reyes acompañándolo al lado de su familia. De igual manera, adujeron los testigos que era el causante en vida Dunsco Constain quien velaba por el sustento económico del hogar conformado por éste y el actor Marino Reyes suministrando todo lo necesario.

Sentado lo anterior, y analizadas en conjunto las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario, considera la Sala que no existe duda que entre el demandante **Marino Reyes** y el causante **Dunsco Constain Mera** (q.e.p.d.), hubo una verdadera y efectiva convivencia, la cual, como se

indicó anteriormente, se traduce en un acompañamiento permanente, un afecto, una ayuda mutua y una solidaridad por espacio superior a cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento causante. Por lo que resulta procedente el reconocimiento y pago de la sustitución pensional de jubilación que disfrutaba el causante en vida.

En ese orden de ideas, el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada pretendiendo desvirtuar la convivencia entre Marino Reyes y Dunsco Constain Mera (q.e.p.d.), durante los cinco años anteriores al fallecimiento de éste último, de acuerdo con las pruebas documentales y testimoniales allegadas al expediente, no sale avante por las razones expuestas.

Prescripción

En lo concerniente al reconocimiento de las mesadas pensionales a partir de la fecha del fallecimiento del causante, esto es, el 10 de septiembre de 2016, se tiene que, para el **fenómeno prescriptivo**, se encuentra debidamente acreditado que el titular del derecho reclamó la sustitución pensional ante Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el **8 de noviembre de 2016** (fl. 25 y 26), y éste la negó a través de las Resoluciones No. 0354 del 28 de febrero de 2017 y 1739 del 1 de diciembre de 2017 (fls. 31 y 37 al 39), por lo que, acorde con lo previsto con los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, y en consecuencia el retroactivo de las mesadas pensionales será reconocido a partir del **10 de septiembre de 2016**, fecha del fallecimiento del óbito.

Al revisar el valor del retroactivo de la prestación a que fue condenado el

Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, respecto de las mesadas pensionales adeudadas al accionante **Marino Reyes** desde el **10 de septiembre de 2016**, hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, esto es, **30 de abril de 2019** de acuerdo con la liquidación efectuada, la Sala encuentra que la suma total adeudada calculada en primera instancia de **\$74.378.730** es correcta. En ese orden, por virtud del mandato contenido del art. 283 del C.G.P., sin que constituya perjuicio para la parte apelante, la condena se actualizará al **31 de mayo de 2021**, la cual asciende a la suma de **\$129.478.843** que deberá ser cancelada por la entidad demandada al accionante beneficiario **Marino Reyes**.

En este caso es procedente reconocer 14 mesadas al año, pues no resulta aplicable la limitación prevista en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de jubilación fue reconocida con anterioridad a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo, por lo cual de acuerdo al art. 48 de la Ley 100 de 1993, se mantienen tanto la mesada pensional como las mesadas adicionales que devengaba el pensionado en vida.

Intereses Moratorios

Respecto a los **intereses moratorios** de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se ha considerado que la procedencia, o no, de condenar a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios depende en gran medida de los términos que debía observar para resolver oportunamente la solicitud de pensión del demandante.

En complemento de lo anterior, se reiterado también, que siendo el pago de intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100/93 de carácter resarcitorio, no deben valorarse las situaciones que conllevaron a la

tardanza, por tanto, configurada la mora en la solución del reconocimiento de la prestación debe resarcirse la misma mediante el pago de éstos en favor del actor, sin hacer ningún otro análisis.

Si bien el demandante radicó su solicitud de reconocimiento pensional el **8 de noviembre de 2016**, y que a todas luces se evidencia la mora en que incurrió la entidad demandada para el reconocimiento de la sustitución pensional reclamada, los intereses moratorios corresponden ser reconocidos, teniendo presente el término con que contaba la entidad para responder, a partir del **8 de enero de 2017**, y hasta el momento en que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas. Decisión que se confirmará en tal sentido.

Descuentos en Salud

Finalmente, considera la Sala que en el presente caso se debe ordenar a la administradora pensional, para que efectúe las retenciones legales y obligatorias para el Sistema de Seguridad Social en Salud, de las mesadas pensionales retroactivas y las que a futuro se causen, sin incluir las mesadas adicionales, conforme lo establece el artículo 143 de la ley 100 de 1993, como quiera que es una consecuencia que está estrechamente ligada o inherente al reconocimiento de la pensión derivada de los principios de universalidad y solidaridad. Es decir, es una carga que le impone la ley al pensionado de pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, precisamente en razón a esa condición. En consecuencia, se adicionará a la Sentencia proferida en primera instancia al no haberse pronunciado al respecto.

Costas

Como quiera que el recurso interpuesto por **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia** no salió avante, resulta inevitable condenarla en costas de esta instancia. Fíjanse como agencias en derecho a cargo del **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia** y a favor del demandante **Marino Reyes**, la suma de tres millones de pesos M/cte. (\$3.000.000).

Decisión

En mérito de lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFÍCASE el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia Apelada y Consultada **No. 120 del 8 de mayo de 2019**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, el cual quedará así:

*“CONDÉNASE al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a reconocer y pagar a favor de Marino Reyes, la suma de **\$ 129.478.843** por concepto de retroactivo de la sustitución pensional, con la operancia de la prescripción, causado en el periodo comprendido entre el **10 de septiembre de 2016**, hasta **el 31 de mayo de 2021**, en cuantía para el año 2021 de **\$2.580.015**, a razón de 14 mesadas anuales, sin perjuicio de los incrementos legales que anualmente decreta el Gobierno Nacional”.*

SEGUNDO: ADICIÓNASE la Sentencia apelada y consultada **No. 120 del 8 de mayo de 2019**, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en lo siguiente:

“ORDÉNASE al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, efectuar las retenciones legales y obligatorias para el subsistema de salud, de las mesadas retroactivas y las que a futuro se causen, sin incluir las adicionales, conforme lo establece el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, por lo expuesto en la parte motiva.”

TERCERO: CONFÍRMASE en todo lo demás la Sentencia Apelada y Consultada **No. 120 del 8 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: CONDÉNASE en COSTAS en esta instancia al **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**. Fíjense como agencias en derecho a esa entidad, y a favor del demandante **Marino Reyes**, la suma de tres millones de pesos M/cte. (\$3.000.000).

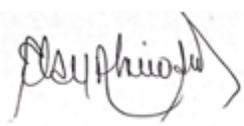
QUINTO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente a su Juzgado de Origen.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente


CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada