El siguiente es el documento presentado por el Magistrado 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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia

Radicado: 66001-31-05-001-2015-00632-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Jenny Alexandra Gálvez Jiménez

Demandado: Colfondos Pensiones y Cesantía S.A

Vinculadas: Esteban y Patrick Osorio Rincón y Sara Osorio Rincón

Juzgado de Origen: Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / COMPAÑERA PERMANENTE / REQUISITOS / CONVIVENCIA / CARACTERÍSTICAS / PUEDE TENER RUPTURAS POR DISGUSTOS PASAJEROS O FUERZA MAYOR / VALORACIÓN PROBATORIA / REINTEGRO DE LO PAGADO A OTROS BENEFICIARIOS.**

… debe partirse indefectiblemente por la normatividad que regula el caso, que no es otra diferente a la Ley 100 de 1993 en su artículo 74, el cual fue modificado por la regla 13 de la Ley 797 de 2003.

Pues bien, los literales a) y b) de dicha norma, regulan la vocación de beneficiario que tiene el cónyuge o el compañero permanente, la cual está supeditada a que el o la interesada “acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con él no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”.

Dicha convivencia, según lo define la jurisprudencia en general, es entendida como la comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, reflejada en el propósito constante de estar unidos, compartiendo todos los aspectos de la vida en pareja, como el amor, la comprensión y el ánimo de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida…

En ese norte, también ha puntualizado la Jurisprudencia, que no suponen la ruptura de la convivencia real y efectiva, los “desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor”…

Respecto a la finalidad de dicha prestación, el órgano guardián de la Carta Política ha establecido que la misma consiste en proteger económicamente a las personas que dependían del causante evitando que sus familiares más cercanos queden desamparados y en consecuencia, se acreciente la condición de viudez u orfandad, según sea el caso. En ese sentido precisó que la sustitución pensional tiene estrecha relación con el derecho al mínimo vital y a la vida digna, pues le otorga a los beneficiarios la satisfacción de sus necesidades básicas, las cuales eran suplidas por el pensionado o el afiliado…

… impera concluir que la convivencia real y efectiva entre la demandante y el causante se mantuvo por un tiempo cercano a los 5 años y 2 meses, cuya vocación de familia no se vio afectada por la pequeña interrupción - aproximadamente 1 mes - que existió en la convivencia, aspecto que no puede desconocer los años de convivencia efectiva, singular y notoria y, menos aún, excluir a la demandante de su derecho a la pensión de sobrevivientes, porque, los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor, no suponen la ruptura de la convivencia…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, hoy treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019), siendo las 11:15 am, reunidos en la sala de audiencias los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia promovido por **Jenny Alejandra Gálvez Jiménez** contra de **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, estando vinculados los menores **Esteban Osorio Rincón, Patrick Osorio Rincón y Sara Osorio Gálvez,** esta última representada por curadora ad-litem.

1. **INTRODUCCIÓN**

**Jenny Alejandra Gálvez Jiménez** solicita el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que dejó causada el afiliado Uriel Fernando Osorio Estrada, en calidad de compañera permanente, en una proporción del 50% de la pensión de sobrevivientes, a partir del 24 de abril de 2015, además de los intereses moratorios o indexación y las costas procesales.

Descansan las pretensiones, en que el Sr. Uriel Fernando Osorio Estrada, era afiliado activo de Colfondos S.A., falleciendo el 23 de abril de 2015; era compañero permanente de la promotora de esta litis, procreando con ella una hija durante su convivencia, la cual se mantuvo por más de 5 años hasta la fecha del óbito; que de una convivencia anterior, el causante dejó dos (2) hijos menores de edad de nombres Esteban y Patrick Osorio Rincón; que el 20 de mayo de 2015, la actora en nombre propio y el de su hija, solicitó la pensión de sobrevivientes, obteniendo como respuesta que no acreditaba la calidad de beneficiaria a falta del requisito de convivencia, por lo que únicamente se reconoció la prestación a los tres (3) menores, en proporciones del 33,33% para cada uno, dineros que fueron entregados a sus representantes legales.

**COLFONDOS,** se opuso a las pretensiones, considerando que de acuerdo con la investigación administrativa, se había establecido que la convivencia alegada no había sido continua y por el término mínimo de cinco años anteriores al deceso. Excepciona: **inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia del derecho sustantivo,** **falta de legitimación por activa,** **falta de causa en las pretensiones de la demanda, pago,** **compensación, buena fe y prescripción.**

Los vinculados **Esteban y Patrick Osorio Rincón** a través de curador, no contestaron la demanda, en tanto que **Sara Osorio Gálvez** a través de curadora, no se opuso a las pretensiones dado a que de manera indirecta las resultas le beneficiaban.

**Sentencia de primera instancia.**

La Jueza a-quo, al resolver la instancia accedió a las pretensiones declarando a la demandante, era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causado su compañero permanente, el Sr. Uriel Fernando Osorio Estrada, a partir del 23 de abril de 2015, en una proporción del 50% de la cuantía mínima y sobre la base de 13 mesadas al año, previos descuentos en salud. De igual forma, ordenó a los representantes legales de los menores, la devolución a Colfondos respecto de lo ya pagado, descontable por nómina según acuerdo de pago que para el efecto suscriban, intereses moratorios y costas.

**Recurso de apelación.**

El fondo demandado, presentó reparos frente a la sentencia proferida por la a-quo en los siguientes aspectos: **(i)** En cuanto al requisito de la convivencia, insistió en que la separación de 2 meses que tuvo la pareja en el año 2014, impedía la acreditación de la calidad alegada porque los cinco años previos al fallecimiento, debían ser continuos e ininterrumpidos, salvo que lo hubiera sido por circunstancias de trabajo o salud, lo cual no había sucedido; **(ii)** Presentó desacuerdo en que se hubiera condenado al Fondo de Pensiones a cancelar el retroactivo a la demandante y no se hubiera dispuesto la compensación de los dineros que le fueron pagados como representante legal de la menor Sara Osorio Gálvez **(iii)** Con relación a los otros dos menores, Esteban y Patrick Osorio Rincón, mostró desacuerdo con que se hubiera obligado al fondo de pensiones a suscribir acuerdo de pago a efectos de que retornará lo pagado, aun cuando dichos valores debían ser asumidos por los demás beneficiarios respecto de la demandante; **(iv)** Repudia la condena en intereses moratorios al haber actuado de buena fe, en consideración a que se pagó el derecho a los menores sin retener el 50% restante, habida cuenta que, según la investigación administrativa, a la demandante no le asistía el derecho a la prestación y; **(v)** Solicita no condenar en costas porque la negativa se presentó según las pruebas obrantes en la investigación administrativa, obrando de buena fe.

**Problema jurídico.**

En orden a desatar el recurso de apelación planteado, la Sala deberá abordar el siguiente problema jurídico:

1. ¿La demandante acredita ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejo causada el afiliado al momento del deceso, en calidad de compañera permanente?
2. ¿Proceden los intereses moratorios y la condena en costas, cuando la negativa pensional se dio por considerar que no se había acreditado la calidad de beneficiario?
3. ¿Los valores ya cancelados a los menores deben ser reintegrados directamente al Fondo de Pensiones o cancelados a quien ahora es beneficiaria?

**Desenvolvimiento de la problemática.**

En el presente asunto, ninguna discusión existe en los siguientes aspectos: **(i)** Que Uriel Fernando Osorio Estrada, fallecido el **23 de abril de 2015**[[1]](#footnote-1)**,** como afiliado de Colfondos, dejó acreditado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios (fol. 109); **(ii)** La menor **Sara Osorio Gálvez**, nacida el 27 de marzo de 2012 es hija del causante y de la demandante Jenny Alejandra Gálvez Jiménez[[2]](#footnote-2); **(iii)** Los menores **Esteban Osorio Rincón**, nacido el 10 de agosto de 2010[[3]](#footnote-3) y **Patrick Osorio Rincón,** nacido el 20 de mayo de 2008[[4]](#footnote-4) son hijos del causante y de la señora Yisella Rincón Arbeláez; **(iv)** La actora peticionó la prestación el 20 de mayo de 2015 (fl. 15-18); **(v)** Mediante comunicación del 2 de septiembre de 2015, Colfondos negó la prestación a la demandante y la reconoció a los tres (3) hijos menores del causante, **Sara Osorio Gálvez, Esteban Osorio Rincón** y **Patrick Osorio Rincón,** en una proporción del 33,33% de la pensión mínima, para cada uno de ellos.

Establecido lo anterior, pasa a esta colegiatura a resolver el primer interrogante planteado, por lo que debe partirse indefectiblemente por la normatividad que regula el caso, que no es otra diferente a la Ley 100 de 1993 en su artículo 74, el cual fue modificado por la regla 13 de la Ley 797 de 2003.

Pues bien, los literales a) y b) de dicha norma, regulan la vocación de beneficiario que tiene el cónyuge o el compañero permanente, la cual está supeditada a que el o la interesada “acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con él no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”.

Dicha convivencia, según lo define la jurisprudencia en general, es entendida como la comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, reflejada en el propósito constante de estar unidos, compartiendo todos los aspectos de la vida en pareja, como el amor, la comprensión y el ánimo de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida. Léase, sentencias SL1399-2018, SL4925-2015, SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y SL, 14 jun. 2011, rad. 31605.

En ese norte, también ha puntualizado la Jurisprudencia, que no suponen la ruptura de la convivencia real y efectiva, los “desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor”, recalcándose en sentencia **SL3202-2015** que:

“En la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece**”,** circunstancias que deben ser evaluadas de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, porque pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de condiciones especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, en la medida que subsistan los lazos afectivos, sentimentales, de solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

Lo anterior, por cuanto la pensión de sobrevivientes premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad permanente de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia, la cual al tenor de lo preceptuado en los artículos 5 y 42 de la Constitución, es el núcleo fundamental e institución básica de la sociedad, que merece una protección integral indistintamente del origen o la forma en que ella se constituya o adopte, ora por vínculos naturales ora por jurídicos, a través de los cuales se manifiestan, desenvuelven y regulan las relaciones afectivas.

Respecto a la finalidad de dicha prestación, el órgano guardián de la Carta Política ha establecido que la misma consiste en proteger económicamente a las personas que dependían del causante evitando que sus familiares más cercanos queden desamparados y en consecuencia, se acreciente la condición de viudez u orfandad, según sea el caso. En ese sentido precisó que la sustitución pensional tiene estrecha relación con el derecho al mínimo vital y a la vida digna, pues le otorga a los beneficiarios la satisfacción de sus necesidades básicas, las cuales eran suplidas por el pensionado o el afiliado (Sentencia T 002 de 2015).

En colofón, la permanencia de la pareja, entendida como la conjunción de acciones y decisiones proyectadas establemente en el tiempo, corresponden a aspectos que la parte actora tiene el deber de acreditar, por corresponder a una carga probatoria que le incumbe. Lo que quiere decir que todo el rigor probatorio a observar, se debe encausar a demostrar la convivencia con el causante bajo un inequívoco lazo sentimental donde se observaron, en todo momento, la ayuda económica y apoyo, la constante y efectiva comunicación de la pareja, las muestras de solidaridad, a pesar de la separación transitoria, aspectos frente a los cuales, existe la libertad probatoria del art. 51 CPL y de la S.S., cuya valoración no se encuentra sujeta a tarifa legal alguna al tenor del art. 61 ibídem.

**Caso concreto.**

En el sub-lite, siendo el eje de discusión el elemento subjetivo de la convivencia, de entrada puede afirmarse que el causante y la reclamante mantuvieron una relación marital con las características destacadas en precedencia, condiciones que no se desdicen con las testimoniales escuchadas, pues por el contrario, ellas corroboraron la permanencia de la pareja, por un tiempo que alcanza el techo legal de los cinco (5) años, los cuales, muy a pesar de la interrupción en la cohabitación, la pareja mantuvo, por un espacio de 5 años y 2 meses, previos al deceso, una comunidad de vida, permanente singular y notoria, con plena vocación de familia, la cual pretende derruir el recurrente, a través de una interpretación que no atiende las circunstancias específicas del caso, como se verá a continuación.

En cuanto a la valoración probatoria de la investigación administrativa como medio probatorio de dependencia económica, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en sentencia del 15 de mayo de 2.012, radicación 43212, ha indicado que:

[...] los informes que recogen las investigaciones efectuadas por los funcionarios de las administradoras de pensiones para efectos de determinar la convivencia o la dependencia económica para discernir la condición de beneficiario de un derecho pensional deben tenerse como “documento declarativo emanado de terceros”, cuya valoración se hace en forma similar al testimonio […]”.

En consecuencia, su análisis y valor, de conformidad con el artículo 61 del CPL.S.S., no deriva exclusivamente de ser aceptada con la firma de la actora, sino del contenido del mismo, que siguiendo las reglas del testimonio, y no del documento, ha de apreciarse no solo en función de lo que allí se dejó consignado, sino también en función de lo que las demás probanzas incorporadas en el plenario arrojen, y de lo que también enseñen las reglas de la experiencia.

Aclarado lo anterior, se tiene que la “**INVESTIGACION ADMINISTRATIVA”**, de la **EMPRESA CONSULTANDO LTDA.,** visible a infolios 115-165, de los testimonios escuchados durante la audiencia del art. 80 C.P.L, además del interrogatorio absuelto por la demandante, se obtuvo:

Entrevistada la demandante **YENNY ALEJANDRA GÁLVEZ JIMÉNEZ** hizo referencia a que «Al causante lo conoció en enero de 2010, momento en que vivía con los padres; que había iniciado de inmediato una relación de novios con él y, al mes y medio, fue que decidieron vivir juntos en unión marital de hecho, lo cual pasó el 10 de febrero de 2010. Relata que el mismo causante le había comentado que se había separado de su anterior pareja YISELLA RINCÓN ARBELÁEZ, estando ella en embarazo, lo cual sucedió en noviembre o diciembre del año 2009. Agrega que conviviendo el causante con ella -*la demandante-*, quedó embarazada en abril de 2010, perdiendo a su hijo el 6 de junio de 2010; que nuevamente en agosto de 2011 se embarazó, naciendo su hija Sara el 27 de marzo de 2012; que en una ocasión estuvieron separados por poco tiempo, lo cual sucedió en el año 2014, por lo que ella se fue a vivir donde la mamá, pero que el causante la seguía visitando todos los días como novios; rememora que previo al fallecimiento, venían cohabitando en un inmueble arrendado tres (3) meses antes del deceso, el cual estaba ubicado en la manzana 26 casa 352, Leningrado III de Cuba».

En igual investigación, también fueron escuchados **LEIDY JHOANA OSORIO ESTRADA** (Hermana del causante), **URIEL EMILIO OSORIO GARCÍA** (Padre del causante) y **YISSELA RENDÓN ARBELÁEZ** (Excompañera del causante), coincidiendo todos ellos en que el de *cujus* había convivido con su anterior pareja hasta noviembre o diciembre del año 2009, procreando dos hijos con ella; que dicha ruptura se produjo estando embarazada de su hijo menor Esteban y, ya para enero o febrero de 2010, el causante comenzó a convivir con la aquí demandante, con quien solo al mes de conocerse formaron un hogar, en la que procrearon a Sara; que en el año 2014, producto de una discusión, la pareja se separó lo cual fue por solo unos pocos días, pues el hogar continuó hasta el momento del fallecimiento, haciendo referencia todos los entrevistados que la convivencia se extendió por un poco más de cinco (5) años, aspecto que incluso, la anterior pareja del causante refirió.

Durante la audiencia de trámite, también fueron escuchados los testimonios de **MARTHA LILIANA JIMÉNEZ JIMÉNEZ** (Madre de la demandante), **ANGELA JULIET TABORDA GARCÍA** (Familiar lejana de la actora) y **GEIFANNY DEL SOCORRO ESTRADA GARCÍA** (Madre del causante), quienes ratificaron que la demandante venia conviviendo con el causante desde inicio de febrero de 2010, extendiéndose la unión marital por un poco más de cinco años, hasta el óbito del afiliado. En sus relatos, dieron a conocer que la pareja vivió en varios lugares, incluso en la casa de la progenitora tanto del causante como de la accionante; que como pareja habían tenido peleas en el año 2014, las cuales no trascendieron porque la convivencia persistía, pues a pesar que la actora se había ido para la casa de su progenitora, su compañero permanente continuaba visitándola como pareja que eran, que no alcanzaron a estar más de un (1) mes separados; que luego de ello consiguieron un apartamento cerca de la casa de la señora Martha Jiménez, pues ella cuidaba a la hija de la pareja, nacida en el año 2012. En lo relacionado expresamente frente a la separación, agregó la madre del causante que, sin recordar fechas, nunca había advertido separaciones entre la actora y su hijo fallecido.

Atendiendo las reglas de la sana lógica, de la investigación administrativa se concluye que el causante se separó de su anterior pareja GISELLA desde diciembre de 2009, lo cual fue referido por la misma excompañera; también existe uniformidad en el sentido de que la actora se conoció con el causante en enero de 2010, iniciando convivencia inmediata en febrero de 2010, lo cual resulta coherente, en el sentido de que se indicó que aproximadamente al mes de conocidos rápidamente iniciaron la convivencia, por lo que se fueron a vivir un tiempo a la casa de los padres de la actora; de igual forma, frente a la separación, hubo uniformidad en el sentido a que fue por poco tiempo, en el año 2014 en que la pareja se disgustó, tanto que ella se fue para donde la mamá, pero que a los 2 días estaba restablecida la relación, por lo que al mes, consiguieron un apartamento cerca de la casa de la madre de la accionante, donde se fueron a vivir.

Ahora bien, como pudo notarse, al unísono tanto los entrevistados como los testigos, tuvieron espontaneidad y coincidencia sobre la estabilidad de la relación, la convivencia y la evidente construcción de una vida en común, la cual se dio en todo momento, incluso, durante el citado mes (1), en que la pareja no estuvo bajo el mismo techo, es decir, en que no cohabitaron.

Estos deponentes, la mayoría cercanos al núcleo familiar de la accionante, además de la anterior compañera permanente y los padres del causante, dan cuenta de la realidad del hogar, referentes que ofrecen la credibilidad necesaria para concluir que si bien la pareja, para el año 2014, tuvo una pequeña pelea que conllevó a que no cohabitaran por un tiempo inferior al mes, lo cierto es que continuaban compartiendo su cotidianidad y mantenían una vida en común, tanto así, que el causante permanecía al lado de la actora, mostrando la innegable comunidad de vida, permanente, singular y notoria, extendiéndose tal relación por un tiempo levemente superior a los 5 años hasta el fallecimiento del afiliado. Tampoco puede desconocerse la existencia de una hija procreada por la pareja al interior de un hogar sólidamente conformado, cuyo natalicio data del año 2012, además que la interrupción que se presentó, la misma no se produjo en términos de convivencia sino de cohabitación, tanto así que el causante continuaba estando en el hogar, contribuyendo con la manutención, manteniendo plena comunicación con la actora, comportándose todo como una verdadera vocación de familia.

Lo anterior, impera concluir que la convivencia real y efectiva entre la demandante y el causante se mantuvo por un tiempo cercano a los 5 años y 2 meses, cuya vocación de familia no se vio afectada por la pequeña interrupción - *aproximadamente 1 mes -* que existió en la convivencia, aspecto que no puede desconocer los años de convivencia efectiva, singular y notoria y, menos aún, excluir a la demandante de su derecho a la pensión de sobrevivientes, porque, los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor, no suponen la ruptura de la convivencia, por lo que, así la pareja se peleé y no viva junta por un tiempo, el vínculo permanece cuando existieron circunstancias o aspectos indicativos que, inequívocamente no les asistía interés de acabar con la relación, como aquí sucedió.

Por lo anterior, le asistió la razón a la a-quo al determinar el derecho de la demandante a ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada el señor **Uriel Fernando Osorio Estrada,** debiendo ser confirmada la decisión, respecto de este punto.

**Retroactivo pensional.**

Manifiesta el fondo accionado, que habiendo reconocido y pagado la prestación en favor de los hijos menores del causante, lo correspondiente sería ordenar que el retroactivo que se genere a favor de la compañera permanente, sea restituido por quienes recibieron la mesada de manera completa, porque de lo contrario, se estarían aplicando dobles pagos.

Pues bien, para establecer si hay lugar a obligar al fondo de pensiones al pago del retroactivo de las mesadas que en un porcentaje del 16,67% le correspondía a la compañera permanente del causante y que, en su momento, le fueron canceladas a ella misma como representante legal de la Menor Sara Osorio Gálvez, necesario es acudir a los conceptos de **patria potestad** y de **usufructo legal,** veamos:

«La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los progenitores sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación»[[5]](#footnote-5)

A su turno, el artículo [14](https://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm#14) del Código de la Infancia y la Adolescencia, complementó la institución jurídica de la patria potestad, consagrando la **responsabilidad parental, compartida y solidaria**, en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Integrando tales conceptos, la Corte Constitucional, al hacer referencia a la patria potestad, indica que ésta hace referencia al usufructo de los bienes, la administración de ellos, y al poder de representación judicial y extrajudicial del hijo, en cabeza de los padres y que solo el Juez de Familia podrá disponer en un tercero. Frente al tema, la sentencia C-1003/07, indica:

“La patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio) (…)”.

De otro lado, frente al usufructo, por norma general *- a menos que se estipule otra cosa -*, el padre y la madre gozan por partes iguales de la patria potestad y por consiguiente del usufructo legal de todos los bienes del hijo de familia, salvo frente a los siguientes bienes: (i) Los adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria personal; (ii) Los recibidos por el hijo a título de donación, herencias o legados cuando el donante o testador haya dispuesto expresamente que el usufructo corresponda al hijo y no a los padres; (iii) Los que haya pasado por herencia o legado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de los padres[[6]](#footnote-6). Incluso, en materia tributaria, el artículo 24 del Decreto 187 de 1975, indica que las rentas (ingresos – costos y/o deducciones) originadas en el usufructo legal de los padres de familia sobre bienes de los hijos se gravarán en cabeza de quien ejerza la patria potestad, igual tratamiento se aplicará respecto de las ganancias ocasionales.

En esos términos, el ejercicio de los derechos de patria potestad (art. 288 C.C) confiere la “facultad parental” que tienen los padres para **representar** a su hijo no emancipado, tanto procesal, como extraprocesalmente, el de **administrar su patrimonio** y **gozar de los frutos que éste produce** (usufructo).

Así las cosas, en atención a que la demandante en su condición de compañera permanente, no sólo tiene la custodia y representación legal de su hija Sara Osorio Gálvez, sino también, el usufructo del patrimonio de ésta y, dado a que fue ella misma quien cobró las mesadas pensionales, en representación de su hija, dineros que en un 16,66% hacían parte del retroactivo pensional respecto del cual busca su reconocimiento, conlleva a que opere en el sub-lite, más que una compensación, es la confusión (art. 1724 cc ) respecto del pago del 16,66% de las mesadas recibidas por la agenciada desde el 24 de abril de 2015.

Dicho de otro modo, por virtud de la prosperidad de las pretensiones de Jenny Alejandra, y con el fin de integrar las sumas por concepto de retroactivo pensional para ella, hasta la firmeza de este fallo, a sabiendas de que el propio fondo venía cancelando desde el 24 de abril de 2015, el 100% de la pensión a los tres menores, esto es, 33,33%, por cada uno, acontece que según la orden dispuesta en primera instancia, Jenny Alejandra, se constituye, a un mismo tiempo, en acreedora y deudora de un 16,66%, por lo que la recurrente, solicita la compensación a causa de esa confusión, y de esta manera liberarse, el Fondo, del pago a Jenny Alejandra, en esa proporción por concepto del retroactivo pensional dicho.

A luz de tal perspectiva, próspera el recurso, en la medida en que como se dijo, la demandante, fue la persona que usufructuó, para sí, la porción de la pensión de su hija, que ahora se le debe restituir a la progenitora, Jenny Alejandra.

Otra situación sucede con los dineros cancelados a los menores Esteban y Patrick Osorio Rincón, a quienes se les canceló parte de la mesada que le correspondía a la promotora de esta contienda (16,66% a cada uno); frente a ello, necesario es hacer hincapié en que al resolver el asunto se debe atender no solo el interés superior de los menores al estar en conflicto sus derechos fundamentales con los de otras personas naturales o jurídicas (T-315/18), sino también el no hacer más gravosa la situación del apelante.

Frente a dicho retroactivo, concertando ambos intereses, siendo prevalentemente el de los menores, por disposición Constitucional, considera la Sala que se deberá mantener la orden impartida por la a-quo, bajo el entendido en que el retroactivo que le correspondía a la promotora de esta contienda, fue producto de la decisión que en su momento tomó el fondo de pensiones, al negar la prestación a la compañera permanente y cancelar el 33,33% de la mesada, a la representante legal de los otros dos menores vinculados. En tal sentido, procedente será actualizar el retroactivo al 30 de septiembre de 2019, valor que asciende a la suma de **$14.037.304**, correspondiente al 33.33% de lo adeudado a la compañera permanente.

De otro lado, frente a lo pagado en exceso a Esteban y Patrick Osorio Rincón, dichos valores deberán ser reintegrados, a través de un acuerdo de pago que pueda ser pactado entre el fondo de pensiones con la representante legal de dichos menores, lo cual corresponde a una decisión equilibrada en la medida que los recursos del sistema puedan ser retornados y no se afecte el mínimo vital – *entendido este como el conformado por la totalidad de los ingresos y no exclusivamente de la mesada a recibir* –de los dos menores vinculados, según el estudio familiar que pueda adelantar el fondo de pensiones demandado.

**Intereses moratorios y condena en costas.**

Para resolver lo respectivo a los intereses moratorios, es de precisar que no existiendo controversia entre varios beneficiarios (compañeras o cónyuges) y, por el contrario, habiendo el demandante acreditado al momento de la petición y durante el trámite ordinario, la calidad de beneficiaria de la prestación que dejó causada el afiliado conlleva a la aplicabilidad de los intereses moratorios y la condena en costas, tal y como lo dispuso la a-quo.

En este punto, ha de decirse que los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, corren por la simple mora del fondo pensional en el pago de las prestaciones a su cargo. Y solo, en los casos en que existe controversia entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o cuando se debe acudir a la aplicación de una interpretación constitucional para concretar el derecho, los intereses no deben imponerse al fondo pensional, situación que no corresponde al asunto aquí debatido.

Para el efecto, se trae a colación un aparte de uno de los pronunciamientos de la Corte Suprema de justicia:

“2º) Superado lo anterior, se impone recordar que conforme a la doctrina tradicional de esta Sala de Casación Laboral , los intereses moratorios del art. 141 de la L. 100/1993 deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en tanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones –dado su carácter resarcitorio y no sancionatorio-.

Sin embargo, esta Corporación, en atención a situaciones excepcionales y particulares que la han llevado a reflexionar sobre la referida doctrina y a adoptar decisiones conducentes a atenuar sus alcances, ha estimado que los intereses moratorios del art. 141 de la L. 100/1993, no proceden en los eventos en que la entidad de seguridad social tenga serias dudas acerca de quién es el titular de un derecho pensional, por existir controversias entre los beneficiarios, y por ello, suspenda el trámite de reconocimiento de la prestación hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral decida mediante sentencia ejecutoriada a qué persona o personas corresponde el derecho”[[7]](#footnote-7).

De manera pues, que, en el caso presente, se tiene que la negativa de Colfondos S.A. para reconocer la pensión de sobrevivientes, al **no** haber sido producto de una controversia entre beneficiarias, sino por haber considerado que no se acreditaba tal calidad, sin hacer un análisis adecuado de las circunstancias particulares del caso, huelga a concluir que hubo tardanza en el pago del derecho.

Pues bien, en ese sentido, se tiene que el artículo 141 de la Ley 100/93 establece que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la entidad correspondiente deberá reconocer y pagar al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima del interés moratorio vigente para el momento en que se efectúe el pago.

Así, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 717/01, el término con que cuentan las administradoras de pensiones para proceder con el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes, previa solicitud del interesado con la documental que acredite su derecho es de dos (2) meses; y a partir de tal oportunidad, se entenderá que la administradora está incursa en mora de cumplir con la obligación periódica.

Aplicando lo anterior al asunto y, atendiendo a que la petición pensional data del 20 de mayo de 2015 (fol. 15), sin que se le hubiera reconocido la prestación a la demandante, se tiene que los intereses moratorios reclamados, correrían a partir del 20 de julio de 2015, que corresponde al término de dos meses de que trata la norma en cita, tal y como lo determinó la a-quo.

Respecto de las costas procesales, considera esta corporación que las mismas fueron causadas, de conformidad con la regla establecida en el numeral 1ro. del artículo 365 del CGP, máxime cuando las pretensiones salieron avante en su totalidad y la demandada presentó oposición a las mismas.

Sin necesidad de más análisis, se dispondrá a modificar el numeral primero de la sentencia declarando probada la excepción de compensación y los numerales 4 al 6 disponiendo la reducción del retroactivo y direccionar las órdenes allí impartidas únicamente respecto de los menores Esteban y Patrick Osorio Rincón.

No se impondrán costas en esta instancia dada la prosperidad parcial del recurso.

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,

**FALLA:**

1. **Modificar** el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia, la cual quedará así:

**Primero**: Declarar probada de oficio, la excepción de confusión (Art. 1724 cc) respecto del retroactivo pensional del 16,66% de las mesadas recibidas por la demandante a favor de la agenciada Sara Osorio Gálvez, a partir del 23 de abril de 2015. Las invocadas por la demandada, se declaran no probadas.

1. **Modificar** el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia, la cual quedará así:

“ORDENAR a Colfondos S.A., pagar a la señora JENNY ALEJANDRA GALVEZ JIMENEZ, el retroactivo pensional de las mesadas causadas, en proporción del 33,33% que le fueron inicialmente reconocidas a los menores Esteban y Patrick Osorio Rincón desde el 23 de abril de 2015 y liquidado hasta el 30 de septiembre de 2019, el cual asciende a la suma de **$14.037.304**.

1. **Modificar** los numerales quinto y sexto de la parte resolutiva de la sentencia en el sentido de excluir de las órdenes en ellas impartidas a la menor Sara Osorio Gálvez, manteniéndose incólume en lo demás, **aclarando** que el fondo de pensiones, para pactar el acuerdo de pago con la representante legal de los deudores, podrá adelantar un estudio familiar para constatar que no se afecte el mínimo vital de los menores.
2. **Confirmar** la sentencia objeto de recurso en lo demás.
3. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada

**LIQUIDACIONES**

Liquidación global.

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|

|  |
| --- |
| DATOS RETROACTIVO |
| **Fecha pensión:** | **23-abr-15** |
| **Vlor. Mesada:** | **SMLV** |
| **No. Mesadas** | **13** |
| **Liquida Hasta :** | **30-sep-19** |

 |

|  |
| --- |
| MESADAS AÑO a AÑO |
| **Año** | **Mesada** |
| **2015** | **644,350** |
| **2016** | 689,454 |
| **2017** | 737,717 |
| **2018** | 781,242 |
| **2019** | 828,116 |

 |

|  |
| --- |
| **LIQUIDACION DEL RETROACTIVO** |
| **Vlr. Mesadas** | **Indexación** | **Desde** | **Hasta** |
| **42,111,911** | **0** | **23-abr-15** | **30-sep-19** |
|  |  |  |  |
| **Desde** | **Hasta** | **Ordinarias** | **Valor mesadas** |
| 23-abr-15 | 31-dic-15 | 9.23 | 5,949,498 |
| 1-ene-16 | 31-dic-16 | 13.00 | 8,962,902 |
| 1-ene-17 | 31-dic-17 | 13.00 | 9,590,321 |
| 1-ene-18 | 31-dic-18 | 13.00 | 10,156,146 |
| 01-ene-19 | 30-sep-19 | 9.00 | 7,453,044 |
| **Total** |  |  | **42,111,911** |

 |

Distribución de mesadas entre beneficiarios.

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  | **VALORES QUE DEBIERON SER RECONOCIDOS** |  | **VALORES PAGADOS** |
|  |  |  | **Compañera permanente** | **Sara Osorio** | **Esteban Osorio** | **Patrick Osorio** | **Total** |  | **Sara Osorio** | **Esteban Osorio** | **Patrick Osorio** | **Total****Pagado** |
|  |  |  | **50%** | **16.67%** | **16.67%** | **16.67%** | **100.00%** |  | **33.33%** | **33.33%** | **33.33%** | **100.00%** |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| **Desde** | **Hasta** |  | **Compañera permanente** | **Sara Osorio** | **Esteban Osorio** | **Patrick Osorio** | **Total** |  | **Sara Osorio** | **Esteban Osorio** | **Patrick Osorio** | **Total** |
| 23-abr-15 | 31-dic-15 |  | 2,974,749 | 991,583 | 991,583 | 991,583 | 5,949,498 |  | 1,983,166 | 1,983,166 | 1,983,166 | 5,949,498 |
| 1-ene-16 | 31-dic-16 |  | 4,481,451 | 1,493,817 | 1,493,817 | 1,493,817 | 8,962,902 |  | 2,987,634 | 2,987,634 | 2,987,634 | 8,962,902 |
| 1-ene-17 | 31-dic-17 |  | 4,795,161 | 1,598,387 | 1,598,387 | 1,598,387 | 9,590,321 |  | 3,196,774 | 3,196,774 | 3,196,774 | 9,590,321 |
| 1-ene-18 | 31-dic-18 |  | 5,078,073 | 1,692,691 | 1,692,691 | 1,692,691 | 10,156,146 |  | 3,385,382 | 3,385,382 | 3,385,382 | 10,156,146 |
| 01-ene-19 | 30-sep-19 |  | 3,726,522 | 1,242,174 | 1,242,174 | 1,242,174 | 7,453,044 |  | 2,484,348 | 2,484,348 | 2,484,348 | 7,453,044 |
| **Total** |  |   | 21,055,956 | 7,018,652 | 7,018,652 | 7,018,652 | **42,111,911** |  | 14,037,304 | 14,037,304 | 14,037,304 | **42,111,911** |
|  |
| **A RECONOCER COMO RETROACTIVO:** | -0- | 7,018,652 | 7,018,652 | **14.037.304** |  |  |  |  |  |

1. Registro civil de defunción, fol. 11 [↑](#footnote-ref-1)
2. Registro civil de nacimiento, fol. 14 [↑](#footnote-ref-2)
3. Registro civil de nacimiento, fol. 83 [↑](#footnote-ref-3)
4. Registro civil de nacimiento, fol. 85 [↑](#footnote-ref-4)
5. Código civil, arts. 288 y 307 y sentencia T-351/18 [↑](#footnote-ref-5)
6. Art. 291 C.C [↑](#footnote-ref-6)
7. SL 14528 de 2014. [↑](#footnote-ref-7)