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 Secretaría de la respectiva sala.

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 17 de noviembre de 2016*

***Radicación No****:**66001-31-05-003-2013-00748-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral*

***Demandante****: José Rodolfo Velásquez Valencia*

***Demandado:*** *Colpensiones y José Ruperto Moscoso Ruda*

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

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Pensión de sobrevivientes.*** *Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención”*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), siendo las siete y treinta minutos de la mañana (7:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala de Decisión Laboral No. 03 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***José Rodolfo Velásquez Valencia*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y José Ruperto Moscoso Ruda.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***ANTECEDENTES***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que persigue el demandante que se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes por el deceso de su hija María Ofir Velásquez de Moscoso a partir del fallecimiento de aquella y que, en consecuencia, se le ordene el pago de las mesadas retroactivas, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 más las costas del proceso.

Para así pedir, indica que la fallecida Velásquez de Moscoso estuvo afiliada al sistema pensional que administraba el ISS, hoy Colpensiones, que contrajo matrimonio por el rito católico con el señor José Ruperto Moscoso Ruda, el día 14 de noviembre de 1970, que la pareja de esposos solo convivieron hasta el año 1980, que luego de la separación de hecho nunca existió dependencia económica de alguno de los cónyuges respecto del otro, que la señora María Ofir regresó al hogar conformado por sus padres José Rodolfo Velásquez Valencia y María Elisa Ríos, que su señora madre falleció y fue la señora María Ofir quien veló por la manutención de su padre, sufragando los gastos de vivienda, alimentación, salud y demás, tanto así que lo afilió como beneficiario del sistema de salud; que la señora Velásquez de Moscoso falleció el 23 de noviembre del año 2006 y ante tal situación el señor José Ruperto Moscoso Ruda se presentó a reclamar la pensión de sobrevivientes.

El demandado Moscoso Rusa, a través de *Curadora Ad-Litem* dio respuesta al libelo gestor de esta actuación, aceptando los hechos relativos a la prestación de servicios de la señora María Ofir en la empresa de transportes Patuma Ltda., la fecha del deceso y la liquidación del ISS. Frente a los restantes estima que no le constan. Se opone a las pretensiones de la demanda y propone como excepciones de mérito las de “Innominada o Genérica”.

.

Por su parte, La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, admitió los hechos referentes a la afiliación de la señora Velásquez de Moscoso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la fecha de fallecimiento, la fecha de inicio de operaciones de esa entidad y la presentación de la solicitud pensional por el demandante ante Colpensiones. Respecto a los demás manifiesta no ser ciertos o no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda y formula las excepciones de mérito que denominó “Falta de integración del contradictorio”, “Falta de causa para condenar a la entidad demandada”, “Falta de causa por improcedencia condena por intereses mora”, “Exoneración de condena por buena fe” y “Prescripción”.

***SENTENCIA***

Agotados los ritos procesales, la señora Jueza profirió sentencia en la que denegó el derecho pensional al señor José Rodolfo Velásquez Valencia, al estimar que si bien la señora María Ofir Velásquez de Moscoso dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por haber cotizado 154,86 semanas en los tres años anteriores a su fallecimiento y que efectivamente el aquí demandante dependía económicamente de ella, no podía desconocerse que la referida señora contrajo matrimonio por el rito católico con el señor José Ruperto Moscoso Ruda y, que a la fecha dicha sociedad conyugal no había sido disuelta ni liquidada, además que convivieron por un espacio no inferior a 10 años, desplazando así a los padres de conformidad con el literal *d)* del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que señala que los padres tienen derecho única y exclusivamente a falta de cónyuge o compañero permanente o hijos con derecho.

***APELACIÓN***

El apoderado del demandante estuvo inconforme con la decisión, al considerar que la sentencia de primera instancia se basó en las actuaciones administrativas desplegadas por el Instituto de Seguros Sociales en su momento, hoy Colpensiones, en el sentido que reconoció indemnización sustitutiva al señor José Ruperto Moscoso, sin que las decisiones judiciales deban supeditarse a las decisiones administrativas, además que no existe prueba documental ni testimonial que demuestre que el señor Moscoso efectivamente haya convivido con la señora María Ofir Velásquez.

***ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

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

*¿La existencia de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes desplazan a los padres dependientes económicamente del causante?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Cumple a la Sala determinar la viabilidad o no de la pretensión de pensión de sobrevivientes, instaurada por el progenitor de la de cujus, estando viva la aspiración del esposo de ésta, en tanto que aún separados de hecho, no mediaba entre ellos, separación legal de cuerpos, y menos divorcio, o cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, es más, no obraba, tampoco, la disolución de la sociedad conyugal.

Milita, sin embargo, el reclamo elevado por el esposo, ante la entidad de la seguridad social, la cual negó el pedimento, por ausencia de fidelidad al sistema, antes de qué tal requisito fuera retirado del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional; por lo que se dispuso conceder la indemnización sustitutiva, sin que se evidencie en el plenario que el beneficiario, hoy representado en esta actuación por curador ad- litem, la haya recibido.

Se acomete el estudio, por lo tanto, si como en materia sucesoral, cabe aquí, la exigencia sine qua-non, de que para que proceda el derecho de los padres del causante, los grados precedentes deben hallarse vacíos (cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho).

Este tópico fue definido por el órgano de cierre de la especialidad laboral en sentencia 13 de abril de 2016, SL 6390, radicación 48064, en tanto que, en los términos de la Ley 100 y su modificación de la Ley 797 de 2003, no es suficiente el simple llamado a su titular a ocupar el grado precedente, al del reclamante de la pensión sobrevivientes, sino qué tal llamado está condicionado a que ciertamente, al cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos les asista el derecho.

Es más, en sentencia SL 12442 de 2015, radicación 47173, exigió del cónyuge separado de hecho sin disolución de la sociedad conyugal con el o la pensionada o afiliada (o), no sólo la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, sino además:

*“demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención”*

Probanza que se echa de ver en esta Litis, no obstante que la entidad de seguridad, reconoció al cónyuge, como beneficiario de la indemnización sustitutiva, más no como titular del derecho a la pensión de sobrevivientes.

De tal manera, que corre a cargo del cónyuge, ceñirse a la pauta probatoria indicada por el máximo órgano de la especialidad laboral, sin embargo, en el sub-lite, prefirió que se le representara en esta contienda, a través de curador ad- litem, no obstante que recibiera la boleta de citación para que fuera notificado del auto admisorio de la demanda (fl.102)

Y como quiera que nada acreditó en el plenario, en orden a enarbolar su derecho a la pensión de sobrevivientes, se deshecha su intervención en esta actuación, y se pasa, entonces al examen de quien alega ser llamado en el siguiente orden, en cara a resolver si además, le asiste derecho al reclamo.

En efecto, se recaudaron las deponencias de Miguel Ángel Velásquez Ríos, Aleyda Velásquez Ríos y José Ericardo Velásquez Ríos, todos en calidad de hermanos de la causante, quienes manifestaron al unísono que los señores María Ofir y José Ruperto se casaron en el año 1970 y convivieron hasta el año 1980, fecha para la cual la señora Velásquez de Moscoso se fue a residir con sus padres, en compañía de sus hijos, entre ellos Naider Adolfo Moscoso Velásquez, del que se desprende del registro civil de nacimiento, que nació el 28 de octubre de 1980 *–fl. 158-*.

Acorde con lo anterior, es posible deducir que no basta, únicamente, con que a la muerte de uno de los contrayentes, el vínculo matrimonial hubiere permanecido vigente y, la sociedad conyugal no haya sido disuelta o liquidada, para atribuirle derechos pensionales a quien luego de la separación de hecho, nunca volviera a tener contacto alguno con su cónyuge, pues como quedó sentado en precedencia, la vida en común entre la pareja conformada por la señora María Ofir y el señor José Ruperto perduró en el tiempo tan solo 10 años, y no obra prueba alguna que demuestre que con posterioridad a 1980, el cónyuge apoyara a la causante, moral, económica y afectivamente.

Además como lo expusieron los declarantes, desde el año 1980, cuando José Ruperto abandonó a su esposa, ésta se trasladó a residir con su padre, persona por la cual veló hasta el día de su muerte, suministrándole vivienda, vestido, medicamentos y lo necesario para que éste gozara de una vida digna, tanto así que lo afilió como beneficiario en el sistema de seguridad social en salud –*hecho que no fue controvertido-*circunstancia que permite avizorar que el concepto real de familia lo constituyó la señora María Ofir con su padre, José Rodolfo Velásquez Valencia, con quien compartió por espacio de 26 años, estando presente en los momentos en que más lo necesitaba y quien efectivamente se ha visto afectado con su ausencia.

Aunado a lo anterior, y por los dichos de los testimonios se tiene conocimiento que la señora María Ofir falleció a causa de cáncer en el hígado y, no se hace mención a que su cónyuge, le hubiese brindado auxilio durante el término que padeció esta enfermedad, por el contrario, fueron sus hijos y sus hermanos quienes estuvieron pendientes de ella.

No resulta de recibo, por ende, que se deniegue el derecho pensional a quien siempre estuvo dispuesto a ofrecer su apoyo moral y afectivo a su hija y, a quien realmente, se le ha desmejorado su calidad de vida con la muerte de la señora María Ofir, pues desde el óbito de ésta, José Rodolfo Velásquez Valencia, persona que en la actualidad frisa en los 96 años de edad, se ha visto en la necesidad de cambiar constantemente de lugar de residencia conforme las posibilidades de sus demás hijos.

Por lo tanto, habrá de revocarse la sentencia apelada y en su lugar se dispondrá que Colpensiones reconozca y pague al señor José Rodolfo Velásquez Valencia la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hija María Ofir Velásquez de Moscoso.

El monto de su pensión será equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, y por 14 mesadas anuales, dado que el derecho se causó antes de junio desde 2011.

Respecto de la excepción de prescripción, encuentra la Sala que hay lugar a declararla probada parcialmente respecto de las mesadas causadas con antelación al 6 de noviembre de 2009, por cuanto la reclamación administrativa se elevó en el mismo día y mes de 2012, más la demanda se presentó en 29 de noviembre de 2013 (ver folio 18), conforme al artículo 151 del C.P.L y S.S.

En aras de concretar el valor de las condenas, se tiene que el monto del retroactivo pensional causado entre el 7 de noviembre de 2009 y el 31 de octubre de 2016, es decir, incluyendo las mesadas causadas a la fecha de emisión de esta providencia, asciende a $57.487.425**,** sin perjuicio de que se siga generando hasta su solución. Sobre la suma anterior, deberán efectuarse los descuentos en salud, que serán puestos a disposición de la EPS que elija el demandante

Ahora bien, teniendo en cuenta que a través de la Resolución No. 7556 de 2011, a José Ruperto Moscoso Ruda le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, se autorizará a la entidad de seguridad social, siempre y cuando la misma haya sido efectivamente recibida, a descontar del retroactivo el guarismo de $2`483.214, debidamente indexada.

En relación con la condena al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, su imposición sólo resulta procedente a partir de la ejecutoria de la sentencia, en la medida en que la entidad de seguridad social, al negar la pensión de sobrevivientes dio “aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que le es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que le gestionan no les compete y les es imposible predecir”, tal como lo ha decantado el órgano de cierre de la especialidad laboral, entre otras, en sentencias del 2 de octubre de 2013, y 3 de septiembre de 2014 radicación 44454 y 50.259, respectivamente.

Sin costas en esta instancia.

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

***FALLA***

1. ***Revocar*** la sentencia proferida el 16 de julio de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral iniciado por ***José Rodolfo Velásquez Valencia*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones******y José Ruperto Moscoso Ruda.***
2. ***Condena***a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** a reconocer y pagar a***José Rodolfo Velásquez Valencia***, la pensión de sobrevivientes de forma vitalicia, a partir del 29 de noviembre de 2010, en cuantía de un salario mínimo, y por 14 mesadas.

1. ***Condena***a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** a reconocer y pagar a***José Rodolfo Velásquez Ruda***, la suma de $57.487.425 por concepto del retroactivo pensional causado entre el 07 de noviembre de 2009 y el 31 de octubre de 2016 y las que en adelante se causen. Sobre la suma anterior, deberán efectuarse los descuentos en salud, que serán puestos a disposición de la EPS que elija el demandante
2. ***Autorizar*** a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** a descontar del retroactivo pensional reconocido, la suma pagada a título de indemnización sustitutiva por valor de $2`483.214, , debidamente indexada hasta el momento en que se haga efectiva la deducción frente al retroactivo pensional, siempre y cuando la misma haya sido efectivamente pagada
3. ***Condenar*** a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir de la ejecutoria de la sentencia
4. ***Declarar*** no probadas las excepciones propuestas por la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones***
5. *Sin costas en esta instancia.*

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario

**ANEXO I**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **VALOR DE LA MESADA** | **No. MESADAS** | **TOTAL** |
| 2009 | $496.900 | 2,8 | $1.391.320 |
| 2010 | $515.000 | 14 | $7.210.000 |
| 2011 | $533.600 | 14 | $7.470.400 |
| 2012 | $566.700 | 14 | $7.933.800 |
| 2013 | $589.500 | 14 | $8.253.000 |
| 2014 | $616.000 | 14 | $8.624.000 |
| 2015 | $644.350 | 14 | $9.020.900 |
| 2016 | $689.455 | 11 | $7.584.005 |
| **TOTAL** | | | **$57.487.425** |