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 esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 26 de julio de 2018

Radicación No: 66001-31-05-005-2013-00150-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Amelia Mosquera Rentería y otra

Demandado: Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / PRELACIÓN DE BENEFICIARIOS / PRINCIPALES Y SUBSIDIARIOS / IMPOSIBILIDAD DE CONCURRENCIA ENTRE PADRES Y CÓNYUGE / CONFIRMA / NIEGA**

Es así que la norma establece como beneficiarios principales al cónyuge o compañero permanente que estuvo haciendo vida marital con el afiliado o pensionado fallecido por no menos de cinco años antes del deceso de éste y pone, en igualdad de condiciones, a los hijos del de cujus, siempre que sean menores de edad, o que siendo mayores se encuentren en imposibilidad de proveerse su sustento por encontrarse estudiando, caso en el cual la protección se extiende hasta los 25 años, o aquellos que por razón de invalidez dependían económicamente, yendo la protección hasta que se mantengan estas condiciones de invalidez. (Literales a, b y c del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003).

Los literales d) y e) de la norma mencionada, establecen aquellos beneficiarios que, a la falta de los primeros enlistados, pueden acceder a la pensión de sobrevivientes. Son ellos, los padres del causante que acrediten dependencia económica de éste y los hermanos inválidos que cumplieran igual condición, esto últimos, siempre que no existieran padres con derecho.

(…)

En ese orden, en ningún evento, es posible que los beneficiarios subsidiarios o residuales de la pensión de sobrevivientes, entren a desplazar o por lo menos concurrir en el disfrute de la prestación con los beneficiarios principales, pues estos excluyen a aquellos, solamente pudiendo compartir la prestación entre los cónyuges o compañeros permanentes e hijos del causante.

Por consiguiente, para que uno de los padres del causante acceda a la pensión de sobrevivientes que ha sido reconocida al cónyuge o compañero permanente, debe demostrar, primero, que como padre o madre reclamante dependía económicamente del causante, aun cuando esa dependencia no fuera absoluta o total, y segundo, que quien está percibiendo la prestación no tiene derecho sobre ella.

***ORALIDAD***

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintiséis (26) días del mes de julio de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho y quince de la mañana (8:15 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 22 de junio de 2017por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Amelia Mosquera Rentería contra Viviana Farlley Murillo Morales y Porvenir S.A., quien llamó en garantía a la Compañía de Seguros BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. **INTRODUCCIÓN**

Pretende la parte actora que se ordene a Colpensiones reconocer la pensión de sobrevivientes a su favor, por el deceso de su hijo Dailer Alfonso Mosquera Rentería, a partir del 18 de enero de 2012; que le sea suspendido el pago de la referida prestación a la señora Viviana Farley Murillo Morales, como supuesta compañera permanente del afiliado fallecido, y se condene en favor suyo a los demandados en costas procesales.

Se sustenta fácticamente tales pedidos, en que es la madre de Dailer Alfonso Mosquera Rentería, quien falleció el 16 de julio de 2007 en el Municipio de Pereira; que dependía económicamente de él; que su hijo y la codemandada Viviana Farlley Murillo Morales sostuvieron un noviazgo en forma ininterrumpida, y que el 27 de abril de 2004 aquella dio a luz al menor Juan Esteban Mosquera Murillo, a quien el causante le dio su apellido. Indica que mediante sentencia del 25 de noviembre de 2009 el Juzgado Segundo de Familia de Pereira reconoció la existencia de unión marital de hecho entre el causante y la codemandada Viviana Farlley, y por tal motivo, el fondo privado accionado le reconoció a ella y al menor en mención la pensión de sobrevivientes que acá se reclama; que no obstante lo anterior, dado el proceso de impugnación de paternidad que se adelantó, en el que se determinó que el causante no es el padre biológico del menor Juan Sebastián, la entidad de seguridad social suspendió a partir del mes de mayo de 2012, el pago del 50 % de la prestación otorgada en favor de aquel. Por último, refiere que el 18 de octubre de 2012 solicitó ante el fondo privado, el reconocimiento y pago del 50 % de la prestación que se encontraba suspendido, empero que, dicha entidad se negó aduciendo que era la justicia ordinaria laboral la que debía dirimir el conflicto.

Admitida la demanda, Porvenir S.A. a través de su portavoz judicial allegó contestación, indicando que la justicia ordinaria es quien debe definir el conflicto entre las reclamantes, advirtiendo que en caso de sentencia favorable a la demandante, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debe hacerse a partir de la ejecutoria de la sentencia. Se opuso únicamente a la condena en costas y formuló como medios exceptivos los de “Buena fe”, “Prescripción” y “Compensación”.

Llamó en garantía a la sociedad BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., con base en la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes, cuyo amparo garantizaba el pago de la suma adicional requerida para financiar el capital necesario para el pago de las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivientes que se causaran a favor de los afiliados, con vigencia entre febrero de 2004 y hasta enero de 2010.

La llamada, se opuso a las pretensiones de la demanda principal, y del llamamiento. Excepcionó en la primera, Imposibilidad de reconocer la pensión ante la existencia de un conflicto de beneficiarias, no acreditación de la dependencia económica de la demandante, Improcedencia de intereses moratorios y/o condena en agencias en derecho por no haber incurrido en mora y pago de la pensión. En relación con el llamamiento formuló: Extinción de la obligación de la entidad por pago de la misma, imposibilidad de incluir a la demandante al contrato de renta vitalicia celebrado por la codemandada en el supuesto en que con su inclusión el riesgo asumido se vuelva más gravoso, y, devolución por parte de la codemandada de las sumas pagadas como consecuencia del contrato de renta vitalicia suscrito con la entidad.

Luego de intentarse vanamente la notificación de la codemandada Viviana Farlley Murillo Morales, el despacho designó curador ad-litem para la representación de sus intereses en el proceso, quien en forma oportuna allegó escrito de contestación indicando que se atiene a lo que resulte probado.

1. **SENTENCIA DEL JUZGADO**

La a-quo negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la actora, en su condición de madre del causante, no logró desvirtuar el derecho pensional que por vía administrativa le fue reconocido a codemandada Viviana Murillo Morales, como compañera permanente del afiliado; amén de que tampoco acreditó la dependencia económica que exige la norma en este tipo de asuntos, pues los declarantes citados con tal propósito a instancias suyas no se hicieron presentes en la diligencia.

**III. CONSULTA**

Respecto del proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante y surtido como se encuentra el trámite procesal, se procede a desatarlo, previa la formación del siguiente problema jurídico:

*¿Desvirtuó la demandante la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida a la codemandada Viviana Farlley Murillo Morales, en calidad de compañera permanente? En caso positivo*

*¿Acreditó la demandante los presupuestos exigidos en la norma para ser tenida como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el deceso de su hijo Dailer Alfonso Mosquera Rentería?*

**IV. 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:

***V. CONSIDERACIONES***

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, indica quienes son los llamados a acceder a la pensión de sobrevivientes, indicando en su redacción unos beneficiarios principales y unos subsidiarios o residuales, que entran a devengar la gracia pensional en ausencia de los primeros.

Es así que la norma establece como beneficiarios principales al cónyuge o compañero permanente que estuvo haciendo vida marital con el afiliado o pensionado fallecido por no menos de cinco años antes del deceso de éste y pone, en igualdad de condiciones, a los hijos del de cujus, siempre que sean menores de edad, o que siendo mayores se encuentren en imposibilidad de proveerse su sustento por encontrarse estudiando, caso en el cual la protección se extiende hasta los 25 años, o aquellos que por razón de invalidez dependían económicamente, yendo la protección hasta que se mantengan estas condiciones de invalidez. (Literales a, b y c del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003).

Los literales d) y e) de la norma mencionada, establecen aquellos beneficiarios que, a la falta de los primeros enlistados, pueden acceder a la pensión de sobrevivientes. Son ellos, los padres del causante que acrediten dependencia económica de éste y los hermanos inválidos que cumplieran igual condición, esto últimos, siempre que no existieran padres con derecho.

De lo dicho es evidente que el legislador estableció órdenes de protección en materia de pensión de sobrevivientes, atendiendo la naturaleza del vínculo y la dependencia que tuvieran frente al causante, encontrando la necesidad primigenia de amparar a quienes conforman el círculo familiar inmediato del afiliado o pensionado que fallece y, en ausencia de estos, concedió la protección a otras personas que también formaron parte de la estructura familiar del causante y que dependían de la ayuda económica de éste.

En ese orden, en ningún evento, es posible que los beneficiarios subsidiarios o residuales de la pensión de sobrevivientes, entren a desplazar o por lo menos concurrir en el disfrute de la prestación con los beneficiarios principales, pues estos excluyen a aquellos, solamente pudiendo compartir la prestación entre los cónyuges o compañeros permanentes e hijos del causante.

Por consiguiente, para que uno de los padres del causante acceda a la pensión de sobrevivientes que ha sido reconocida al cónyuge o compañero permanente, debe demostrar, primero, que como padre o madre reclamante dependía económicamente del causante, aun cuando esa dependencia no fuera absoluta o total, y segundo, que quien está percibiendo la prestación no tiene derecho sobre ella.

En el caso puntual, se tiene que la señora Amelia Mosquera Rentería, en su condición de madre del afiliado fallecido Dailer Alfonso Mosquera Rentería, persiguió en este proceso el pago de la prestación de sobrevivientes, por lo que su deber probatorio en este caso no se limitaba únicamente a la acreditación de la dependencia económica respecto de su hijo fallecido, sino también a desvirtuar el mejor derecho que la Administradora de Pensiones Porvenir S.A. le reconoció a la señora Viviana Farlley Murillo Morales, en condición de compañera permanente del mencionado.

Respecto al primer punto, como quiera que en la primera instancia no se surtieron las pruebas solicitadas y decretadas por las partes, la Sala en aras de esclarecer ese hecho y hallar la verdad real del proceso, dispuso decretar y practicar como pruebas de oficio, la declaración de los señores Manuel Alberto Machado Serna y Luis Fernando Mosquera Jaramillo y, el interrogatorio de parte a la demandante.

Llegado el día y la hora señalada para la práctica de interrogatorio de parte, no se hizo presente la demandante ni su apoderada judicial, amén de que tampoco justificó su inasistencia dentro de los tres días siguientes.

Respecto a los declarantes convocados en la demanda como testigos, únicamente se contó con la comparecencia del señor Luis Fernando Mosquera Jaramillo, pues el otro testigo, pese haber sido requerido en dos oportunidades no compareció. El único asistente, relató que conoció por razones de vecindad a la demandante y al causante, pues residían en el corregimiento de Santa Cecilia, Risaralda; que debido a las situaciones de orden público y violencia que se presentaban allí, la demandante y sus dos hijos se trasladaron a Pereira en el año 2000; respecto de la dependencia económica de la demandante respecto de su hijo fallecido, sostuvo que este, luego de regresar de la prestación del servicio militar en la marina, fue quien se encargó del sostenimiento de su señora madre, pues la otra hija, Constanza, conformó un hogar aparte. Sin embargo, al inquirírsele sobre detalles puntuales de dicha dependencia, sostuvo que desconocía cuánto era el aporte que daba para los gastos del hogar, qué gastos asumía o qué necesidades cubría, cuánto eran sus ingresos, al punto que concluyó su relato aseverando que no tenía detalles al respecto.

De ahí que, ante los vagos conocimientos y expresiones del declarante respecto al tema, no es posible dar por acreditada a dependencia económica exigida para este tipo de asuntos, de modo que, innecesario se torna verificar si se desvirtuó el mejor derecho que la Administradora de Pensiones Porvenir S.A. le reconoció a la señora Viviana Farlley Murillo Morales, en su condición de compañera permanente, pues se insiste, el requisito de la dependencia económica quedó huérfano de prueba, y por ende, la demandante no podría ser tenida como beneficiaria de la presentación pensional reclamada, amén de que no se preocupó por allegar los elementos de prueba necesarios para sustentar y respaldar sus afirmaciones, pese a la actividad oficiosa desplegada por la Sala para verificar tal dependencia económica.

Por consiguiente, se confirmará la sentencia de primer grado.

Sin costas en esta instancia por haberse conocido en grado jurisdiccional de consulta.

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. Confirma*** la sentencia proferidael 22 de junio de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

***2.*** Sin costas en esta instancia.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERON OLGA LUCIA HOYOS SEPÙLVEDA**

Magistrada Magistrada