

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 6 de septiembre de 2022, tanto la Administradora Colombiana de Pensiones como la parte actora remitieron en término los alegatos de conclusión, como se aprecia en los archivos 05 y 06 de la carpeta de segunda instancia.

Pereira, 30 de septiembre de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, VEINTINUEVE DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS

Acta de Sala de Discusión No 151 de 25 de septiembre de 2023

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelve el recurso de apelación propuesto por la señora **LUZ MYRIAM CELIS DE MANRIQUE** contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 26 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que promueve en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, cuya radicación corresponde al N°66001310500220190033801.

CUESTION PREVIA

El presente proceso paso al Despacho de la doctora Ana Lucía Caicedo Calderón el 31 de marzo de 2023, en virtud a que el proyecto presentado por el ponente inicial no fue aprobado; no obstante, el día 1º de junio de 2023 retornó el expediente al despacho que originalmente lo tenía a su cargo, dado que la Sala mayoritaria, aportando otros argumentos que consideró aplicables al caso, determinó que acompañaría la ponencia inicial.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Luz Myriam Celis de Manrique que la justicia laboral declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión al deceso de su compañero permanente Luis Eduardo Gómez Serna, y con base en ello

aspira que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar la prestación económica a partir del 3 de noviembre de 2015, los intereses moratorios sobre las mesadas debidamente indexadas, más las costas procesales a su favor.

Refiere que: el señor Luis Eduardo Gómez Serna se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 26 de julio de 1993, efectuando un total de 297 semanas en toda su vida laboral, de las cuales 154.42 se hicieron en los últimos tres anteriores a su deceso, ocurrido el 3 de noviembre de 2015; convivió con aquel como compañera permanente durante 29 años, desde el 6 de abril de 1986 hasta el día del deceso, de manera continua e ininterrumpida, procreando tres hijos de nombres Yesica Viviana, Oscar Eduardo y Luis Miguel Gómez Celis.

Indica que el 10 de noviembre de 2016 radicó demanda ordinaria laboral contra Diego Castaño Ospina, con el propósito de que fuera condenado a reconocer y pagar en calidad de ex empleador del afiliado fallecido, los aportes al sistema pensional dejados de pagar con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones, entre el 16 de enero de 2012 y el 3 de noviembre de 2015; que en audiencia pública celebrada el 8 de noviembre de 2017, el demandado tuvo animo conciliatorio, por lo que se comprometió a efectuar el pago de los aportes correspondientes; que en vista de que la entidad se negó a realizar el cálculo actuarial, ella adelantó todas las acciones tendientes a su cumplimiento de la obligación, motivo por el cual radicó el proceso ejecutivo a continuación dentro del cual, el 6 de septiembre de 2018, el Juzgado Civil del Circuito de Anserma, libró mandamiento ejecutivo en contra del señor Diego Castaño Ospina, efectuándose finalmente el 27 de noviembre de 2018, el pago del cálculo actuarial por valor de \$13`965.484.

El 14 de noviembre de 2018 solicitó ante la Administradora Colombiana de Pensiones la pensión de vejez, sin embargo, le fue resuelta en forma negativa mediante Resolución SUB23185 de 2019, con el argumento de no acreditar el requisito mínimo de convivencia con anterioridad a la muerte del causante; que pese a que presentó recurso de apelación, el mismo fue resuelto a través de la Resolución DPE743 de 2019, confirmando en todas sus partes la decisión anterior.

Al dar respuesta a la demanda, la Administradora Colombiana de Pensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que la demandante no tiene

derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama, por cuanto el señor Luis Eduardo Gómez Serna, no dejó causado el derecho, pues no cotizó 50 semanas dentro de los tres últimos años anteriores a la fecha de su fallecimiento, dado que la última cotización válidamente reportada data de 1997; agregando que, en gracia de discusión, de acuerdo con los soportes del expediente y la investigación administrativa que adelantó la entidad, la demandante no reúne el requisito contenido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues no acredita el requisito mínimo de convivencia con el afiliado fallecido. En su defensa, propuso como excepciones de fondo las que denominó *“Inexistencia de la obligación”*, *“Prescripción”*, *“Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”*, *“Buena fe”*, *“Imposibilidad de condena en costas”* y *“Declaratoria de otras excepciones”*, (archivo 12 del cuaderno de primer grado).

En sentencia de 26 de abril de 2022, la funcionaria de primer grado, luego de establecer los hechos indiscutidos en el proceso, determinó que el señor Luis Eduardo Gómez Serna, no dejó causada la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios, en consideración a que, no cotizó 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso, esto es, entre el 3 de noviembre de 2012 y esa misma fecha del 2015, pues aunque su historia laboral registra dentro de dicho periodo una densidad de cotizaciones superior a las exigidas en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, norma aplicable por ser la vigente al momento del deceso, lo cierto es, tales cotizaciones solo fueron canceladas mediante cálculo actuarial el 27 de noviembre de 2018 por parte del ex empleador Diego Castaño Ospina, motivo por el cual estimó que al haber sido efectuadas con posterioridad a la ocurrencia del riesgo, no era posible tenerlas en cuenta para los efectos pretendidos en el proceso, citando para el efecto jurisprudencia de la Sala Casación Laboral.

En consecuencia, absolvió a la Administradora Colombiana de Pensiones de todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda, y condenó en costas procesales a la parte vencida en juicio en favor de la entidad demandada en un 100% de las causadas.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando que, la jurisprudencia más reciente de las altas Cortes, instituye una tesis distinta a la acogida por el juzgado, en el sentido que el trabajador o sus beneficiarios no pueden cargar con las consecuencias negativas del incumplimiento de las obligaciones del aportante, precisando que, es necesario

que se tenga en cuenta que el causante tenía la condición de afiliado desde el año 1983, y por tanto, las vicisitudes que se presentaron respecto al empleador omiso en la afiliación, no tiene la virtualidad de afectarlo, máxime cuando la relación laboral de la cual se derivó el pago de las cotizaciones al sistema pensional a través del cálculo actuarial, no fue materia de discusión en el proceso. Por lo anterior, solicita se revoque la decisión y se acceda a las pretensiones de la demanda, dando aplicación a la tesis vertida en la sentencia SU 226 de 2019.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, tanto la Administradora Colombiana de Pensiones como la parte actora hicieron uso del derecho a presentar en término los alegatos de conclusión en esta sede.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión emitidos por Colpensiones, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que “*No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.*”, baste decir que, los argumentos esgrimidos por la parte actora coinciden con los expuestos en la sustentación del recurso de apelación, en tanto que, los de la Administradora Colombiana de Pensiones están encaminados a que se confirme en su integridad el fallo recurrido, por encontrarse ajustado a derecho.

Atendidas las argumentaciones, a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Es posible tener en cuenta para la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes los aportes cancelados con posterioridad al deceso del señor Luis Eduardo Gómez Serna a través de un cálculo actuarial?

En ese sentido, ¿Dejó el afiliado fallecido causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios?

De acuerdo a lo anterior ¿Tiene la señora Luz Myriam Celis Manrique derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama?

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar los siguientes aspectos:

1. REQUISITO EXIGIDO AL AFILIADO FALLECIDO PARA DEJAR CAUSADO EL DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN VIGENCIA DE LA LEY 797 DE 2003.

Es posición pacífica de la jurisprudencia considerar que la norma que rige las pensiones de sobrevivientes es la vigente al momento en que se produce el deceso del afiliado o pensionado fallecido.

En esos términos, teniendo en cuenta que en el caso puntual el óbito del asegurado ocurrió en vigencia del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, le correspondía al afiliado fallecido acreditar 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, a fin de dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios.

2. POSICIÓN ACTUAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LAS CONSECUENCIAS QUE GENERA LA FALTA DE AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR A LOS RIESGOS IVM Y SUS EFECTOS RESPECTO AL RECONOCIMIENTO DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES.

En sentencias CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado su jurisprudencia consistente en que ante la omisión en la afiliación del trabajador por parte de su empleador al sistema general de pensiones, es deber de las entidades que conforman el sistema tener en cuenta los periodos servidos como tiempos efectivamente cotizados, generándose como consecuencia en contra del empleador el desembolso del respectivo título pensional a satisfacción de la correspondiente entidad y no el reconocimiento directo de la prestación económica.

No obstante lo anterior, la Alta Magistratura en providencia SL4103 de 22 de marzo de 2017 radicación N°49638 aclaró que esa postura ha estado orientada al reconocimiento de pensiones de jubilación y vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993, al tratarse de prestaciones económicas que

requieren un término extenso y prolongado para su consolidación, además de un gran cúmulo de cotizaciones al sistema pensional, lo que ha llevado precisamente a que se apliquen las reglas trazadas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con sus respectivas modificaciones; sin embargo, indicó, que no se puede dar el mismo tratamiento cuando se busca el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes e invalidez, ya que estas dos prestaciones no se fundamentan en la acumulación de un número importante de aportes, sino en la cobertura y aseguramiento de un riesgo (invalidez y muerte), lo que implica la necesidad de la adecuada afiliación y pago de los aportes que permitan a las administradoras pensionales *“...prever razonablemente la realización de los riesgos, gestionarlos y adoptar medidas para la financiación de las prestaciones, a través de las reservas respectivas o de la contratación de los seguros correspondientes (artículo 6 del Decreto 832 de 1996). Contrario sensu, si el trabajador no ha estado afiliado y no se tiene noticia de la prestación de sus servicios, ni se ha adelantado algún trámite de convalidación de tiempos, los riesgos se tornan imprevisibles para la aseguradora, imposibles de gestionar y, a la postre, de financiar, por no haberse podido conservar reservas o contratar seguros.”*

Con base en lo expuesto, concluyó la Corte, que cuando en este tipo de eventos se ha configurado el riesgo y el trabajador no ha sido debidamente afiliado por su empleador, ni éste hizo los trámites pertinentes para la convalidación de esos tiempos antes de la ocurrencia del siniestro, no es posible que el sistema pensional a través de sus entidades asuma el pago de esas prestaciones económicas – invalidez y sobrevivientes-, quedando dicha carga en cabeza del empleador omisivo.

CASO CONCRETO.

No es objeto de discusión en esta instancia que el señor Luis Eduardo Gómez Serna, falleció el 3 de noviembre de 2015, pues así se colige del registro civil de defunción emitido por la Registraduría de Viterbo, Caldas, (pág.2 del archivo 04 de la carpeta de primera instancia). Así mismo, de acuerdo a la historia laboral allegada por la Administradora Colombiana de Pensiones, (archivo 21 ibidem), tal y como lo advirtió la juez de primer grado, el afiliado fallecido registra un total de 634.57 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 195.72 corresponden a la afiliación tardía que efectuó el ex empleador Diego Castaño Ospina, quien el 27 de noviembre de 2017 a través de un cálculo actuarial, canceló en favor del trabajador fallecido los aportes correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero

de 2012 y el 3 de noviembre de 2015, por valor de \$13'965.484, mismos que fueron descalificados por la *a-quo*, al considerar que, el trámite de convalidación debía ser efectuado antes de la causación del riesgo de muerte del afiliado, (pág.12 ibidem).

En ese sentido, le corresponde a la Sala establecer si es procedente contabilizar los periodos derivados de la afiliación tardía, a efectos de determinar si el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Pues bien, para resolver bastará precisar que, tal como se explicó en precedencia, no es factible tener en cuenta dichas cotizaciones, aun cuando las mismas ya aparecen convalidadas en la historia laboral del afiliado fallecido por virtud del pago del cálculo actuarial que efectuó el ex empleador, pues, como lo aclaró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4103 de 2017, la subrogación del riesgo en la entidad administradora de pensiones, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, cancelados posteriormente a través de un cálculo actuarial, solo es viable cuando se trata del reconocimiento de las pensiones de vejez o jubilación que requieren un importante número de semanas de cotización, pero no para las prestaciones por invalidez y sobrevivientes que tienen una dinámica diferente, pues en estos casos, es necesario que el trámite de la convalidación de tiempos y el pago del cálculo actuarial, sea realizado en su integridad **antes de que se produzca el riesgo de muerte** que da origen a la prestación pensional, a fin de que la entidad administradora de pensiones pueda subrogar el riesgo, pues de lo contrario, si se realiza con posterioridad, es el empleador omiso quien debe asumir frente al sistema y a sus trabajador, las prestaciones que se deriven de tales contingencias y que se llegaren causar durante el tiempo en el cual el trabajador estuvo desprotegido.

Ello, por cuanto en los términos del órgano de cierre de esta especialidad laboral, sería desproporcionado imponerle a la entidad de seguridad social la carga de asumir el pago completo de una pensión de sobrevivientes aun cuando los aportes convalidados a través del título pensional no alcanzan para ello, aunado a que ningún fundamento tuvo para iniciar acciones de cobro de los aportes ante la falta de afiliación; ni tampoco la posibilidad de prever y gestionar el riesgo de muerte a través de reservas o seguros previsionales.

Bajo esa perspectiva, al no resultar admisible la convalidación de las semanas que aparecen cotizadas en la historia laboral del señor Luis Eduardo Gómez Serna,

desde noviembre de 2012 a noviembre de 2015, que fueron producto del pago del cálculo actuarial que hizo su ex empleador después de que se produjera su muerte, pues se insiste, el referido cálculo actuarial procede solo para paliar la omisión en la afiliación del trabajador únicamente respecto al riesgo de vejez; indefectible es concluir que no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios, pues no registra ninguna cotización dentro de los tres años que antecedieron su muerte, como atinadamente lo determinó la falladora de primera instancia.

Respecto a la solicitud elevada por el vocero judicial de la recurrente encaminada a que se aplique la tesis jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional a través de la sentencia SU 226 de 2019, conviene precisar que, una vez revisados los razonamientos esbozados en dicha providencia, se observa que, planteó los argumentos genéricos en torno al incumplimiento al deber de afiliación ante el sistema pensional y la obligación de pagar el cálculo actuarial por los periodos omitidos; sin tener en cuenta la posición actual que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sentado sobre la materia, diferenciando los efectos jurídicos de la omisión del deber de afiliación respecto a las pensiones de invalidez y sobrevivencia, fundada en la teoría del sistema de aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, que implica que, para el pago de esas pensiones, se exija una adición que corresponde al 3.5% tanto para el RPM como para el RAIS que se acumula en un fondo común, aunado a que, tal como lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C 617 de 2001, *“cuando se cotiza se está cubriendo el valor de la prima de la operación de aseguramiento de los sobrevivientes, mientras que en el caso del que no está cotizando ello no ocurre”*, de modo que, quien paga la prima anual está cubierto, mientras que quien no la ha cancelado, no puede gozar de cobertura.

Por tal motivo, esta Colegiatura acoge íntegramente los postulados jurisprudenciales adoptados recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función extraordinaria como órgano de cierre de esta especialidad, encargada de unificar la jurisprudencia en materia laboral y de seguridad social, pues se presume en general que están ajustados al sistema jurídico y además fueron emitidos para resolver una cuestión litigiosa de idénticos contornos a la planteada en este asunto.

De otro lado, al verificar la información contenida en la historia laboral del señor Luis Eduardo Gómez Serna, se percata la Corporación que con en vigencia de la

ley 100 de 1993 en su estado original, él realizó cotizaciones al sistema general de pensiones que corresponden a 69.42 semanas.

Bajo esa perspectiva, la Sala Mayoritaria integrada por la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón y el Magistrado Germán Darío Goez Vinasco son del criterio que en este tipo de casos es viable aplicar la norma inmediatamente anterior a aquella en la que se produjo el deceso del afiliado *-independientemente si su muerte se generó o no dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigor de la ley 797 de 2003-*, bajo el principio de la condición más beneficiosa **–postura de la que se aparta quien aquí hace las veces de Magistrado Ponente-**; pero no es menos cierto que también sostienen que en este tipo de casos, para acceder al derecho pensional bajo el amparo de la normativa inmediatamente anterior *–ley 100 de 1993 en su versión original-*, se deben superar las cinco condiciones previstas en el test de procedencia definidas en la sentencia SU-005 de 2018 de la Corte Constitucional.

No obstante, luego de hacer el análisis correspondiente, la Sala Mayoritaria concluye que solo se cumplen dos de los cinco requisitos, como pasa a explicarse:

1. No está acreditado que la demandante pertenezca a algún grupo de especial protección, puesto que actualmente tiene 58 años, no se conoce su grado de escolaridad, ni condiciones de salud. No es madre cabeza de familia, porque sus tres hijos ya tienen un hogar aparte. No se informa que fuera desplazada ni que estuviera en pobreza.
2. En cuanto a la afectación al mínimo vital, nada se dijo por las declarantes, solo que actualmente vive con una de sus hijas y que ha trabajado antes y después de la muerte del causante.
3. Uno de los testigos manifestó, respecto a la dependencia económica, que tanto el causante como la demandante trabajaban y veían de manera conjunta por el sostenimiento del hogar. La otra declarante no dijo nada sobre el particular y solo en la declaración extrajuicio informa la actora que dependía del compañero, pero no tiene respaldo en sus dichos.
4. La imposibilidad de alcanzar las semanas exigidas sí está comprobada, porque se debió a una falta afiliación por parte del empleador.

5. La actora fue diligente en, primero, buscar el pago del cálculo actuarial por parte del empleador y, una vez obtenido esto, solicitó la pensión.
6. Finalmente, no hay certeza de la convivencia de los compañeros en los cinco años anteriores a la muerte, toda vez que las dos declarantes escuchadas en el curso del proceso se limitaron a informar que vivieron por 18 años sin especificar como obtenían esa cantidad de años, cuando por los registros civiles de los hijos, se tiene que nacieron entre 1987 y 1992, lo que permitiría ubicar el inicio de la convivencia cerca al nacimiento del primer hijo, lo que mostraría que los 18 años de convivencia finalizaron en el año 2005, mientras que el señor Luis Eduardo Gómez Serna falleció en el 2015; siendo del caso referir que las dos testigos generan muy poca credibilidad, pues a pesar de ser sobrinas del causante, no se ubican en el tiempo y tajantemente afirman que convivieron durante 18 años; pero, a las otras preguntas, no responden con la misma precisión, incluso entre ellas se contradicen respecto a que otras personas vivían con la pareja. Hay unas declaraciones extrajuicio en el expediente administrativo que indican que la pareja convivió hasta el 2007.

Bajo esas circunstancias, al no superarse el test de procedencia previsto en la sentencia SU-005 de 2018 y al no acreditarse tampoco la convivencia mínima exigida en la ley 100 de 1993 en su versión original, tampoco es viable acceder a la pensión de sobrevivientes bajo la postura adoptada por la Sala Mayoritaria conformada por la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón y el magistrado Germán Darío Goez Vinasco.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

Dada la improsperidad del recurso de alzada, se impondrán costas en esta sede a cargo de la parte recurrente y en favor de la entidad demandada en un 100% de las causadas.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia recurrida.

SEGUNDO. CONDENAR en costas procesales en esta sede a la parte actora en un 100%, a favor de la entidad demandada.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 de la Ley 2213 de 2022

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goetz Vinasco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a68f2ace0186bf3d050b7d6fb07d5adc152c661275f6f58b758f3d2cd1f20c39**

Documento generado en 29/09/2023 11:22:58 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>