



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ELVIA DELGADO BONILLA** contra **COLPENSIONES**, y al que se vinculó en calidad de litisconsorte por pasiva a **LABORATORIOS BAXTER S.A.**

EXP. 76001-31-05-018-2021-00554-01

Santiago de Cali, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

La Sala Primera de Decisión Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados **FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**, **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** y **YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO** como magistrada Ponente, atendiendo lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuesto por la parte demandante y Laboratorio Baxter, en contra de la sentencia del 2 de junio de 2022, emitida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º 100

I. ANTECEDENTES

Peticionó la demandante, que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar en su favor, la pensión de sobreviviente ocasionada con el fallecimiento de su cónyuge, Rafael Villa Villada, prestación que debe ser reconocida desde el 25 de agosto de 2004.

Igualmente, reclamó el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la indexación de las sumas reconocidas y las costas que emerjan del proceso.

Sustentó sus pretensiones en que, el señor Rafael Villa Villada falleció el 25 de agosto de 2004, data en la que se encontraba afiliado al extinto Instituto de los Seguros Sociales, señaló que, el 13 de enero de 1965, el causante fue afiliado a la administradora del RPMD, sin embargo, en la historia laboral no se reportan semanas cotizadas para esa calenda, en tanto en la historia laboral cuenta con 215.16 semanas, de las que no hace parte el tiempo que estuvo al servicio de la Armada Nacional, durante el lapso comprendido entre 3 de enero de 1963 al 30 de enero de 1964, tiempos que fueron certificadas por la Nación.

Adujo que, al contabilizar las semanas reportadas en el Centil, el señor Villa Villada cotizó en toda su vida laboral un total de 320 semanas, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que le daría derecho a la pensión de sobreviviente en aplicación del principio de condición más beneficiosa.

Por otro lado, expresó que contrajo nupcias con el fallecido Rafael Villa Villada el 18 de junio de 1971, en la parroquia San Vicente de Paul, que convivió con su esposo desde el matrimonio

hasta la fecha de la muerte, por lo que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobreviviente; sin embargo le fue denegada, y en su lugar le reconocieron indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente. *(f. 4 a 10 Archivo 01 ED)*.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que el afiliado no dejó causado el derecho a la pensión de sobreviviente, puesto que en los 3 años anteriores a su deceso no reporta ni una sola semana cotizada.

Además, no cumple con las 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, por lo que no hay lugar a reconocer la pensión en aplicación de la condición más beneficiosa. *(f. 8 a 19 Archivo 06 ED)*.

Por auto interlocutorio n°479 del 23 de febrero de 2022, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, vinculó en calidad de litisconsorte necesario a Laboratorios Baxter S.A. *(Archivo 11 ED)*.

LABORATORIOS BAXTER S.A., aceptó que entre el señor Rafael Villa Villada y esa entidad, existió un contrato de trabajo en el año 1965, data en la que la entidad reportó la novedad ante el otrora ISS, que la relación laboral estuvo vigente hasta el 7 de noviembre de ese mismo año, y que realizó la novedad de retiro.

Precisó que, con la creación del Extinto Instituto de los Seguros Sociales, los empleadores que realizaran el pago de los aportes, a esta entidad se subrogaría en el cargo de las pensiones de vejez. *(f. 2 a 48 Archivo 15 ED)*.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia n°125 del 2 de junio de 2022, declaró no probadas las excepciones propuestas por Laboratorios Baxter, y, en consecuencia, declaró que entre el señor Rafael Villa Villada y Laboratorios Baxter, existió un contrato de trabajo, el cual tuvo vigencia entre el 13 de enero de 1965 al 7 de noviembre de 1965.

A la par, condenó a Laboratorios Baxter a realizar el pago del cálculo actuarial, por los aportes en pensiones a nombre de Rafael Villa Villada por el periodo comprendido entre el 13 de enero al 7 de noviembre de 1965, tomando como base de salario \$450.

Seguidamente, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y carencia del derecho, formuladas por Colpensiones, y la absolvió de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

Condenó en costas a Elvia Delgado Bonilla, en la suma de \$200.000, a favor de Colpensiones; igualmente a Laboratorios Baxter en la suma de \$200.000, a favor de la señora Elvia Delgado Bonilla.

Para arribar a esa conclusión, la Juzgadora de primera instancia explicó que, aunque para la calenda en que el señor Villa Villada prestó sus servicios para Laboratorios Baxter, los empleadores no estaban en la obligación de afiliar a los empleados al Instituto de los Seguros Sociales, lo cierto es que debían constituir las reservas para contribuir al reconocimiento de la prestación, que en razón de ello era procedente ordenar el pago del cálculo actuarial por el periodo que el señor Rafael Villa Villada prestó sus servicios para esta entidad.

En lo atinente al derecho a la pensión de sobreviviente, señaló que, aunque el causante, cotizó las semanas exigidas en el Decreto 049 de 1990, para acceder a la gracia pensional, en virtud del principio de condición más beneficiosa, no había lugar a reconocerse la prestación, en la medida que la demandante, no supera el test de procedencia, a la fecha percibe pensión de vejez en equivalencia igual al SMLMV.

III. RECURSO DE APELACIÓN

LA DEMANDANTE, pidió que se revoque la sentencia de primera instancia, para en su lugar reconocer la pensión de sobreviviente, en tanto ella si supera el test de procedencia instituido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 005-2018, que, si bien recibe una pensión en cuantía de un SMLMV, esto no significa que su mínimo vital se encuentre garantizado, puesto que el mínimo vital y móvil no hace referencia al salario mínimo sino a las condiciones individuales de cada persona que le permitan vivir en dignidad.

Así mismo, indicó que las consideraciones efectuadas por la Juez de instancia fueron muy subjetivas, y desconoce que con las pruebas aportadas se satisfacen los presupuestos de la sentencia SU005-2018, para hacerla acreedora de la pensión de sobreviviente.

Finalmente, sostuvo que en la sentencia de primera instancia no se hizo alusión a la reliquidación de la indemnización sustitutiva, dado que, al haberse ordenado el pago de un cálculo actuarial, las sumas reconocidas en su favor deben ser reliquidadas, en razón a ello, petitionó al Tribunal para que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia ordene la reliquidación. (audiencia, mins 51:32 a 58:38 Archivo 26 ED)

LABORATORIOS BAXTER S.A., arguyó que el *a quo* desconoció los avisos de entrada y salida que realizó la entidad ante el ISS, por la relación laboral que mantuvo con el señor Rafael Villa, documentos que demuestran que por ese lapso el otrora ISS subrogo las obligaciones para los riesgos de IVM, pues, pese a que en ese momento no estaba obligado a efectuar cotizaciones a favor del causante, lo afilió al ISS.

Adicional a ello, manifestó que Colpensiones se allanó a la mora, respecto de esas cotizaciones, toda vez que en ningún momento presentó queja tendiente al reconocimiento de esos aportes.

Simultáneamente, señaló que la reserva de la que ha hablado la Corte Suprema de Justicia, es para cubrir el riesgo de vejez y no las prestaciones económicas que se causen por muerte del trabajador, advirtió que el riesgos de sobrevivencia Laboratorio Baxter en su calidad de empleadora lo subrogo con la afiliación al ISS, las cotizaciones que hizo por ese periodo y con una póliza de vida que contrato a favor del señor Villa Villada, por ello, no puede entrar a reconocer un cálculo actuarial por unos aporte en pensión que ya tenía cubiertos.

Finalmente, indicó que la Corte Constitucional ha adoctrinado que el cálculo actuarial solo es procedente si se va a reconocer algún derecho pensional, de lo contrario no es procedente, debido a que no se puede hacer más gravosa la situación de un empleador, cuando con su actuar no se vulnera ningún derecho pensional.

Como petición especial pidió que en segunda instancia se le diera la oportunidad de debatir sobre el pago del cálculo actuarial, porque en primera no fue posible, el reconocimiento de éste no fue

solicitado como pretensiones de la demanda, sino que la Juez lo incluyó, y no le dio la oportunidad de defenderse frente a esta pretensión. (audiencia 59:52 a 1:09:28 Archivo 26 ED).

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n° 595 del 22 de noviembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los apoderados de Colpensiones, Laboratorios Baxter S.A. y la parte demandante, en términos similares a lo expuesto en la demanda, contestación y alzada, los que pueden ser consultados en los archivos 04, 05 y 06 del Cuaderno Tribunal ED, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

VI. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, los problemas jurídicos a resolver son: **i)** Analizar si es procedente condenar al Laboratorios Baxter al pago del cálculo actuarial, ante la Administradora Colombiana de Pensiones por los ciclos correspondiente al 13 de enero hasta el 07 de noviembre de 1965, para la configuración de la pensión de sobreviviente ocasionada con el fallecimiento del señor Rafael Villa Villada. **ii)** De salir positivo el interrogante anterior, revisar si en aplicación del principio de la condición más beneficiosa la señora Elvia Delgado Bonilla, tiene derecho a percibir la pensión de sobreviviente que reclama.

Son supuestos al margen de controversia por así hallarlos demostrados el Tribunal, que: **i)** *que la señora Elvia Delgado Bonilla y el fallecido Villa Villada contrajeron matrimonio por el rito católico el 18 de junio de 1961 (f. 14 y 15 Archivo 01 ED), ii)* *que el causante suscribió contrato de trabajo con Laboratorios Baxter, contrato que tuvo vigencia del 13 de enero al 7 de noviembre de 1965 (f. 49 a 50 Archivo 15 ED). iii)* *que el señor Rafael Villa Villada falleció el 25 de agosto de 2004, según se desprende del registro civil de defunción obrante a folio 14 Archivo 01 ED, iv)* *que la demandante reclamó ante Colpensiones, pensión de sobreviviente por la muerte de su cónyuge, solicitud que fue resuelta desfavorablemente, y en su lugar se lee otorgó indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente (f. 21 a 23 Archivo 01 ED).*

Del cálculo actuarial

Es menester poner de presente que la figura del cálculo actuarial, en nuestro actual sistema de pensiones, permite que un afiliado al sistema de seguridad social recupere el tiempo que prestó sus servicios para determinado empleador y este omitió realizar la afiliación al sistema, por lo tanto, incumplió con la obligación de efectuar aportes por todo el tiempo que tuvo vigencia la relación laboral.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, habilita la posibilidad de que los empleadores que omitieron realizar las cotizaciones a favor de sus trabajadores puedan ponerse al día, a través de la figura del cálculo actuarial; en este artículo se indica que, para la configuración de la pensión de vejez, es posible computar el tiempo reconocido por un empleador mediante un cálculo actuarial.

Entonces, la jurisprudencia especializada laboral, a lo largo de sus pronunciamientos, ha avalado el pago de un cálculo actuarial,

para la recuperación de los periodos en que un afiliado al sistema, efectivamente prestó sus servicios, pero el empleador omitió realizar la afiliación, cálculo actuarial que tiene como único fin subrogar al empleador del pago de las prestaciones económicas que pudiesen causarse.

Ahora bien, del estatuto de seguridad social, se extrae que el reconocimiento del cálculo actuarial solo es aplicable para las pensiones de vejez, dado que es el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el que se hace referencia este tipo de pago, interpretación que ha corroborado el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Laboral.

En sentencia SL4698-2020, la Corte Puntualizó:

“(...) de acuerdo con la estructura del sistema de seguridad social, en el régimen de prima media, la pensión de vejez puede ser adquirida luego de la reunión de un gran número de aportes y del acopio del capital necesario para financiarla – 20 años de aportes, o más de 1000 semanas dependiendo de cada caso -, mientras que la pensión de sobrevivientes puede ser causada, en este caso, con un mínimo de 26 semanas cotizadas – artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original -, de manera que su financiación depende más de la filosofía solidaria del régimen y no del acopio de tiempos y capital para ello.

En concordancia con lo anterior, el artículo 20 de Ley 100 de 1993 contempla la destinación de un 3% de la cotización de todos los afiliados al pago de pensiones de sobrevivientes e invalidez, en el caso del régimen de prima media con prestación definida, mientras que en el régimen de ahorro individual con solidaridad se prevé la contratación de un seguro previsional, para cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital necesario

para financiar la pensión de sobrevivientes (artículo 77 de la Ley 100 de 1993).

En los dos casos, si el trabajador está debidamente afiliado, las administradoras de pensiones pueden 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.

Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un mínimo de capital, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un aseguramiento del riesgo, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes.

Es por ello que, en tratándose de una prestación definida en función del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes, para la Corte resulta trascendental que, antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del

riesgo, las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o, en subsidio, con algún trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero con antelación a que se concrete el riesgo.

Lo contrario equivaldría a imponer una carga desproporcionada en contra de las entidades de seguridad social, que tendrían que asumir el pago completo de una pensión de sobrevivientes, por la convalidación de un tiempo mínimo e indeterminado de servicios y sin poder adoptar medidas para la gestión adecuada del riesgo, por la falta de afiliación. Así, por ejemplo, si se admitiera irrestrictamente que, ante la falta de afiliación, las administradoras de pensiones son las encargadas del pago de la pensión, se llegaría a la conclusión de que el Instituto de Seguros Sociales, como administradora del régimen de prima media, debe asumir el pago de una pensión respecto de la cual: i) no tuvo conocimiento para iniciar acciones de cobro de los aportes; ii) no pudo prever y gestionar el riesgo de sobrevivientes, a través de reservas o seguros; iii) y tiene que financiar en un 100%, aun si los aportes que puede convalidar a través de título pensional no alcanzan para ello.

Con arreglo a lo anterior, para la Corte, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir, la muerte. Si ello es así, la entidad de seguridad social puede asumir y gestionar válidamente el riesgo, a través de los mecanismos y recursos

establecidos legalmente para ello, mientras que, si se admitiera esa posibilidad una vez causada el riesgo, se podría dar lugar a que la entidad tenga que financiar una pensión completa, tras el pago de escasos recursos por tiempos indeterminados de servicios (...)”.

Bajo ese contexto jurisprudencial, entiende esta Colegiatura que le asiste razón a Laboratorios Baxter, en su recurso de alzada, no se le puede condenar al pago de un cálculo actuarial para la financiación de una pensión de sobreviviente, habida cuenta que esa condena carece de fundamento legal y jurisprudencial, la normatividad vigente, como se dijo en líneas precedente admite la posibilidad de cancelar periodos anteriores mediante un cálculo actuarial, empero esto solo es admisible para la configuración de las pensiones de vejez, y no para las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

Cuando el empleador no afilia a un trabajador y se produce el hecho de la muerte, lo que procede no el pago de los aportes, sino que la prestación de sobreviviente debe ser reconocida en un 100% por el empleador que incumplió con su deber de efectuar la afiliación al sistema; no obstante, en el *sub judice* no se puede condenar a Laboratorio Baxter, al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, por cuanto el hecho generador del derecho *-muerte del afiliado-* no se dio en vigencia de la relación laboral, según la certificación emitida por laboratorios Baxter y los avisos de entrada y salida efectuados al ISS, dan cuenta que el vínculo laboral existió entre el 13 de enero al 7 de noviembre de 1965, (*f. 49 a 54 Archivo 15 ED*), mientras que la muerte se produjo el 25 de agosto de 2004 (*f. 14 Archivo 01 ED*).

Puesta de este modo las cosas, al no existir ninguna norma o precedente jurisprudencial que permita mantener incólume la decisión de primera instancia, no le queda esta Judicatura más

remedio que revocar la decisión adoptada por el *a quo*, y en su lugar absolver a Laboratorios Baxter, del pago del cálculo actuarial.

Teniendo en cuenta, que los argumentos del litisconsorte necesario salieron triunfantes, resulta inane pronunciarse frente al recurso de apelación propuesto por la parte demandante, en tanto para la consolidación del derecho pensional pretendido, se necesitan los aportes del interregno comprendido entre el 13 de enero al 7 de noviembre de 1965.

Colofón de lo expuesto, se revocará los numerales primero, y tercero de la sentencia confutada, costas de ambas instancias estará a cargo de la parte demandante y de Laboratorios Baxter, se fija como agencias en derecho de esta instancia, al no haber salido avante los argumentos del recurso de apelación, la suma de \$50.000

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, tercero y Séptimo de la sentencia n° 125 del 2 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali; para en su lugar:

- **DECLARAR:** probada la excepción de inexistencia de la obligación reclamada e improcedencia del pago de aportes por no frustrar derechos pensionales, propuesta por Laboratorio Baxter.

- **ABSOLVER:** a Laboratorios Baxter del pago del cálculo actuarial en favor del señor Rafael Villa Villada, por el tiempo que este prestó sus servicios para dicha entidad.

- **ABSOLVER:** a Laboratorios Baxter del pago de costas procesales.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, se incluye como agencias en derecho la suma equivalente a \$50.000.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,


Firma digitalizada para Actos Judiciales
Cali-Valle
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO


Firma digitalizada para Actos Judiciales
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
SALVO VOTO PARCIAL


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Mi desacuerdo es frente a la revocatoria de la condena al cálculo actuarial. Como se observa en la sentencia de primera instancia, no fue procedente la pensión de sobrevivientes, razón por la que no puede concluirse que dicho cálculo es para su reconocimiento. Este parte de la obligación ineludible del empleador de efectuar el aporte por todo el tiempo laborado de sus trabajadores. Tiempo que en este caso no se discute. Y que el juez de primera instancia en sus facultades extra petita otorgó. Aportes que pueden influir en los derechos de la parte actora, como por ejemplo en la reliquidación de la indemnización sustitutiva ya reconocida en sede administrativa¹.

Firma digitalizada para
sección judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

Magistrado

¹ SL3694-2021