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 24 de agosto de 2017.

**Radicación No**:66001-31-05-003-2015-00268-01

**Proceso**: Ordinario Laboral.

**Demandante**: Gerardina Ramírez Hernández

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

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

**Tema a tratar: Límite de las facultades ultra y extra petita del juez de primer grado:** no era jurídicamente viable que la jueza del conocimiento analizara la procedencia y ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en favor del afiliado fallecido, siendo que la demandante había solicitado era la pensión de sobrevivientes en los términos ya expuestos, pues si bien el artículo 50 del C.P.T y S.S. le otorga la facultad de ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas diferentes a las pedidas, siempre que los hechos que las originen hayan sido discutidos dentro del proceso, también lo es que dicha facultad extra petita no es absoluta y encuentra un límite en tratándose de prestaciones que no fueron objeto de la reclamación administrativa. **Improcedencia de la convalidación de tiempos no cotizados por el empleador, por vía del cálculo actuarial, en las pensiones de invalidez y sobrevivencia:** la orientaciónjurisprudencial encaminada a que se le permita al empleador omiso en la afiliación del trabajador, el pago del pensional por los tiempos omitidos, a satisfacción de la entidad de seguridad social, opera frente a las pensiones de jubilación o de vejez más no frente a pensiones que se conciben en función del aseguramiento del riesgo, como las de invalidez y sobrevivientes, en las que se exige para la subrogación del riesgo en la entidad administradora de pensiones, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, que dicho procedimiento sea realizado por el empleador antes de que se concrete el riesgo que da origen a la prestación. Así lo estableció el órgano de cierre de la especialidad laboral en sentencia SL 4103 de 2017. **Pensión de sobrevivientes:** Los literales a y b del artículo 47 de la Ley100/93, modificado por la regla 13 de la Ley 797 de 2003, regulan la vocación de beneficiario que tiene el cónyuge o el compañero permanente, la cual está supeditada a que se evidencie que hubo una convivencia de –mínimo- los cinco años que antecedieron al deceso del afiliado o del pensionado.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy veinticuatro (24) de agosto de dos mil diecisiete (2017), siendo las once y cuarto de la mañana (11:15 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala de Decisión Laboral No. 3 del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran abierto el acto, el cual tiene por objeto decidir el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 24 de agosto de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Gerardina Ramírez Hernández* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones****,*** y como litisconsorte necesario *Oscar Zapata Orozco****.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***INTRODUCCION***

Persigue la demandante que se declare que el señor Jairo de Jesús Guerrero Ramírez dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, y que ella en calidad de cónyuge supérstite tiene derecho a dicha prestación pensional. En consecuencia pide que se autorice al señor Oscar Zapata Orozco a realizar el pago de los aportes a pensión en favor del afiliado fallecido, del 1º de junio de 2001 al 30 de septiembre de 2002; y que se ordene a Colpensiones realizar el cálculo actuarial por la omisión de dicho empleador y, a reconocer la pensión de sobrevivientes en cuantía de 1 SMLMV, junto con el retroactivo y los intereses moratorios de que trata el artículo 41 de la Ley 100/93.

Como fundamento a sus pretensiones expone que el señor Jairo de Jesús Guerrero Bolívar nació el 27 de noviembre de 1947; que aquel laboró desde el año 1967 y pertenecía al régimen de prima media con prestación definida; que sufragó un total de 985 semanas en toda su vida laboral; que tenía una pérdida de capacidad laboral del 67.65 %, estructurada el día 14 de agosto de 2001; que laboró con el señor Oscar Zapata Orozco desde el 1º de junio de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2002, sin que dicho empleador hubiese realizado los respectivos aportes a pensión; que su esposo falleció el 9 de agosto de 2004 sin haber disfrutado la pensión de invalidez. Indica que ella, en calidad de cónyuge supérstite presentó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 16 de octubre de 2013, empero, le fue negada a través de la Resolución GNR 118007 de ese año; que presentó recurso de reposición pero fue declarado extemporáneo; que actualmente se encuentra en una situación de pobreza extrema en razón a que dependía económicamente de su esposo.

Por último, indica que el ex empleador Oscar Zapata Orozco, el día 15 de abril de 2014 presentó solicitud de cálculo actuarial ante Colpensiones, para el pago de los 450 días laborales que están en mora.

Admitida la demanda se dio traslado a Colpensiones quien se pronunció en forma oportuna oponiéndose a las pretensiones, al considerar que el afiliado no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes que se reclama, pues no acreditó la densidad de semanas exigidas para tal efecto. De otra parte, indica que no hay lugar a reconocer en favor del asegurado fallecido la pensión de invalidez pues nunca se presentó reclamación administrativa en tal sentido ni se pidió como pretensión subsidiaria, amén de que no acreditó 26 semanas durante el año anterior a la estructuración del estado invalidante. En su defensa, propuso como excepciones de fondo las de “Inexistencia de la obligación demandada”, “Improcedencia de los intereses de mora en aplicación de la condición más beneficiosa”, “Exoneración e condena en costas por buena fe”, “Falta de reclamación administrativa en el evento de explorar facultades ultra y extra petita”, y “Prescripción”.

Por auto del 31 de agosto de 2015 se ordenó integrar a la Litis al señor Oscar Zapata Orozco, quien dentro del término oportuno allegó respuesta aceptando los hechos de la demanda y coadyuvando las pretensiones de la parte actora.

***II.SENTENCIA DEL JUZGADO***

La sentencia fue pronunciada el 26 de agosto de 2016, y con ella la a-quo declaró que el codemandado Oscar Zapata Orozco incumplió las obligaciones del sistema de seguridad social respecto a su trabajador, Jairo de Jesús Guerrero Bolívar, al omitir el pago de las cotizaciones a pensión entre el 1 de junio de 2001 y el 30 de septiembre de 2002, razón por la cual le ordenó constituir el título pensional conforme al cálculo actuarial que realice la entidad de seguridad social demandada, y que a la fecha del proferimiento de la sentencia ascendía a $9`411.536.

De otra parte, haciendo uso de las facultades extra petita que consagra el artículo 50 del C.P.T., reconoció el derecho a la pensión de invalidez que le asistía al afiliado fallecido, Jairo de Jesús Guerrero, por haber acreditado los supuestos exigidos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100/93 en su versión original, pues precisó que aquel tenía una PCL superior al 50 %, estructurada el 14 de agosto de 2001 y, más de 26 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Por último, con base en las pruebas testimoniales y documentales vertidas en la actuación,dio por acreditado el requisito de la convivencia entre el causante y su cónyuge supérstite, motivo por el que ordenó a Colpensiones reconocer y pagar la sustitución pensional en favor de la actora a partir del 16 de octubre de 2010, en cuantía de 1SMLMV, por 14 mesadas. Condenó a la entidad demandada al pago de $48`648.232 a título de retroactivo, junto con los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia. Autorizó a la entidad a efectuar los descuentos en salud por valor de $5`837.788 y, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con antelación al 16 de octubre de 2010, fecha en que se elevó la reclamación administrativa. Por último, condenó en costas al vinculado y a Colpensiones en favor de la demandante, en cuantía igual al 50 % cada uno.

***III. CONSULTA.***

Dado que la decisión fue adversa a los intereses de Colpensiones, entidad pública en la que el Estado es garante, se remitió esa decisión para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, tal como lo manda el artículo 69 del C.P.T

***IV.CONSIDERACIONES***

1. ***Del problema jurídico:***

*¿Podía la jueza del conocimiento conceder un derecho que no había sido objeto de reclamación administrativa ante la entidad demandada y mucho menos pedido en la demanda ni que fue parte de la fijación del litigio?*

*¿Hay lugar al pago de un cálculo actuarial para acceder a una pensión de invalidez o de sobrevivencia?*

*¿Dejó el afiliado fallecido Jairo de Jesús Guerrero Bolívar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus posibles beneficiarios?*

*En caso positivo ¿Acreditó la demandante ser beneficiaria de esa pensión?*

*¿Procede la condena por concepto de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?*

1. ***Desenvolvimiento de la problemática planteada.***

Para dar respuesta al primer cuestionamiento, es preciso indicar que la demandante presentó ésta acción judicial con el ánimo de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en razón al deceso de su cónyuge Jairo de Jesús Guerrero Bolívar, por haber cumplido éste con la densidad de semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990 para la pensión de vejez.

De otra parte, al verificar el contenido de la reclamación administrativa obrante a folio 128, se observa que la peticionaria agotó la vía gubernativa ante la entidad de seguridad social en relación con el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

Acorde con lo anterior, encuentra la Sala que no era jurídicamente viable que la jueza del conocimiento analizara la procedencia y ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en favor del afiliado fallecido, siendo que la demandante había solicitado era la pensión de sobrevivientes en los términos ya expuestos, pues si bien el artículo 50 del C.P.T y S.S. le otorga la facultad de ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas diferentes a las pedidas, siempre que los hechos que las originen hayan sido discutidos dentro del proceso, también lo es que dicha facultad extra petita no es absoluta y encuentra un límite en tratándose de prestaciones que no fueron objeto de la reclamación administrativa.

Y si en gracia de discusión se hubiera agotado la reclamación administrativa a la que se ha hecho alusión, no era de recibo tampoco imponer a cargo de la entidad de seguridad social demandada la obligación de reconocer en favor del afiliado fallecido el status de pensionado por invalidez, pues al haberse comprobado la no afiliación del trabajador fallecido al régimen de prima media por cuenta del empleador Oscar Zapata Orozco, para el período comprendido entre el 1º de junio de 2001 y el 30 de septiembre de 2002, y la falta de convalidación de esos tiempos laborado con antelación a la fecha de la muerte del afiliado, a través del cálculo actuarial, era obligación del empleador codemandado el pago de la pensión de invalidez y la consecuente sustitución pensional que acá se reclama.

Ello, por cuanto la orientación jurisprudencial encaminada a que se le permita al empleador omiso en la afiliación del trabajador, el pago del pensional por los tiempos prescindidos, a satisfacción de la entidad de seguridad social, opera frente a las pensiones de jubilación o de vejez más no frente a pensiones que se conciben en función del aseguramiento del riesgo, como las de invalidez y sobrevivientes, en las que se exige para la subrogación del riesgo en la entidad administradora de pensiones, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, que dicho procedimiento sea realizado por el empleador antes de que se concrete el riesgo que da origen a la prestación. Así lo estableció el órgano de cierre de la especialidad laboral en sentencia SL 4103 de 2017.

Aclarado lo anterior, procederá la Sala a dar el enfoque correspondiente a las pretensiones de la demanda, verificando en primer lugar, si el afiliado fallecido Jairo de Jesús Guerrero Bolívar dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, para lo cual se remitirá a la norma llamada a regular la situación, que no es otra que el parágrafo 1º del artículo 46 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, vigente al momento del óbito del asegurado. Dispone dicho canon que:

*“Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley. El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.”*

En el caso puntual, se parte de la base de que el afiliado fallecido era beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues nació el 27 de noviembre de 1947, y por tanto al 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, situación que no muta bajo la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues el deceso se produjo antes de la vigencia de dicho acto modificatorio de la Constitución.

Por tanto, la normatividad que resultaba aplicable a su situación pensional, era el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Dto. 758 del mismo año, que exige en su artículo 12, en cuanto a la densidad de semanas se refiere para alcanzar el derecho a la pensión de vejez, tener 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

En ese orden, se observa que el afiliado fallecido cumplió con dicho presupuesto, pues en toda su vida laboral reporta un total de 1.058 semanas de aportes, el cual resulta de sumar los tiempos reportados en la historia laboral, a razón de 989.43 semanas, y el título pensional que debe cancelar el empleador omiso en la afiliación del trabajador, a razón de 68.57 semanas, sin que éste último punto merezca algún pronunciamiento de fondo, pues fue objeto de confesión por parte del empleador vinculado, amén de que no se trata de un acto defraudatorio al sistema, pues en el expediente obran pruebas documentales que permiten deducir que de tiempo atrás, el señor Orozco Zapata ha venido realizando las gestiones pertinentes ante la entidad de seguridad social pretendiendo el pago del título pensional a su cargo - fls.22 a 24-.

Bajo tal escenario, se satisface entonces respecto del afiliado fallecido la condición exigida por el prgf.1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus posibles beneficiarios, por lo que se modificará en esos términos el ordinal 5º y 6º de la sentencia consultada.

Ya en cuanto a la calidad de beneficiaria que alegó la demandante, debe partirse indefectiblemente por la normatividad que regula el caso, que no es otra que la Ley 100/93 en su artículo 47, modificado por la regla 13 de la Ley 797/2003, aplicable por ser la vigente al momento del deceso del señor Guerrero Bolívar -9 agosto de 2004.

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 se evidencie que hubo una convivencia de –mínimo- los cinco años que antecedieron al deceso del afiliado o del pensionado.

Contempló el legislador varias hipótesis fácticas que se pueden dar, ajustadas a la realidad social y que regulan casos de convivencia simultanea o de la existencia de varios beneficiarios de la prestación:

1. cuando existan dos o más compañeros permanentes con vocación de beneficiarios, la pensión se repartirá entre ellos, a prorrata del tiempo de convivencia (inc.2 lit. b);
2. cuando exista convivencia simultánea de un cónyuge y un compañero permanente, según el texto legal, la pensión se otorgaría al cónyuge, sin embargo, tal consecuencia jurídica fue revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008, encontrándose que no puede excluirse al compañero permanente que acredite haber tenido convivencia con el causante en el mismo tiempo, razón por la cual la consecuencia es que se divida la pensión en proporción al tiempo convivido;
3. finalmente, se contempla la posibilidad de que no exista convivencia simultánea, que el vínculo marital se haya roto de hecho y que la sociedad conyugal no se hubiere disuelto y, además, exista una convivencia del afiliado o pensionado con otro compañero permanente, caso en el cual le corresponderá a éste una parte de la pensión en proporción al tiempo de convivencia y el resto le corresponderá al cónyuge, siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco años en cualquier tiempo y que *“se hace acreedor a la protección, en cuanto, tras la separación de hecho, efectivamente siguió haciendo parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y, por esta razón, su partida definitiva le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención”.* (Sentencia SL 16949 de 2016).

De todas estas hipótesis, lo que se extracta es que la pensión de sobrevivientes, premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad o el ánimo de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia o, en caso de separación de facto, de que permanezca el ánimo de colaboración económica, acompañamiento espiritual y auxilio mutuo entre los cónyuges.

Por eso, se itera, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación de sustituir a alguien en su pensión o acceder a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años.

La señora Gerardina Ramírez Hernández con el fin de acreditar la real y efectiva vida en común que tuvo con el causante, allegó la copia del registro civil de matrimonio –fl.14- que da cuenta que la pareja celebró nupcias por rito católico en el mes de septiembre de 1970, y que dicho vínculo perduró indemne hasta la fecha del deceso del asegurado, pues no se observan notas marginales de disolución y/o liquidación de la sociedad conyugal.

De otra parte, se escuchó la declaración de la señora María Amparo García Romero, quien indicó que conoce a la demandante hace más de 40 años, porque siempre vivieron en Santuario, que tiene conocimiento de que la pareja se casó y procreó tres hijos, todos mayores cuando el afiliado falleció; que el mayor está en España; que el señor Guerrero Bolívar trabajaba en un supermercado en Santuario y que luego se trasladaron a Pereira; que allí los visitó en la 7ª con 32 y luego en centenario donde trabajaban en una tienda. Indica que el señor Guerreo Bolívar era diabético, y a causa de ello le amputaron una pierna; que estuvo unos meses hospitalizado y falleció en la clínica; que su esposa era quien lo cuidaba; que ésta era ama de casa y dependía económicamente de él.

Del material probatorio recopilado en la actuación, se concluye que la demandante sí logró acreditar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama, pues demostró haber hecho convivencia y comunidad de vida con el causante por más de 30 años anteriores a la fecha de su deceso.

En cuanto a la excepción de prescripción, acierta la jueza al declararla parcialmente probada, pues habiéndose presentado la reclamación administrativa el 16 de octubre de 2013- fl.128- , esto es, más de 9 años después del deceso del afiliado, las mesadas causadas con antelación 16 de octubre de 2010 se vieron afectadas por dicho fenómeno extintivo, en los términos del artículo 151 del CPT y 488 del CST.

De modo que, el reconocimiento de la prestación es procedente a partir del 16 de octubre de 2010, tal cual lo concluyó la a-quo. No obstante, no se efectuará la liquidación de la mesada pensional ni del retroactivo que le corresponde a la actora desde esa calenda, pues al tenor de lo preceptuado en el literal d) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100/93, es menester, primero, que el empleador Oscar Zapata Orozco, cancele, con base en el cálculo actuarial, el bono o título pensional a su cargo, a satisfacción de la entidad demandada, para efectos de que se materialice el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones, se adicionará la providencia en el sentido de otorgarle al codemandado Oscar Zapata Orozco, el término de un mes contado a partir de la ejecutoria de este proveído para efectuar el respectivo pago del título pensional, pues dicha obligación no puede quedar indeterminada en el tiempo, en la medida en que se requiere de tales aportes para que la entidad demandada financie en forma completa la prestación impuesta a su cargo.

Adicionalmente, se facultará a Colpensiones para adelantar las acciones pertinentes para el cobro coactivo de dicho bono pensional, siendo esta sentencia el título ejecutivo para ello, tal como se precisará en la parte resolutiva de esta decisión.

Lo anterior, sin perjuicio de que Colpensiones, una vez vencido el término otorgado al empleador, proceda a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante, a partir del 16 de octubre de 2010, sin condicionamiento alguno frente al pago del título pensional, pues como se indicó precedentemente, la entidad podrá adelantar las acciones de cobro coactivo frente al empleador para su pago. Se modificará en tal sentido el ordinal 12º de la decisión.

En cuanto a los intereses moratorios, éstos sólo proceden una vez venza el término otorgado para el pago del título pensional, pues es un hecho cierto que al momento en que la demandante hizo la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, no estaban dadas las condiciones exigidas en la ley para afirmar que el afiliado fallecido había dejado causado el derecho. Si bien este punto fue objeto de análisis por parte de la a-quo, quien accedió a tales réditos a partir de la ejecutoria de la sentencia, dicha condena no fue objeto de pronunciamiento en la parte resolutiva de la decisión, razón por la que se complementará, pero en los términos indicados precedentemente.

Sin costas en esta instancia por haberse conocido en consulta.

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

FALLA

1. *Adicionar* el ordinal 2º de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 24 de agosto de 2016, dentro del proceso de la referencia en el sentido de otorgarle al señor Oscar Zapata Orozco el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de este proveído, para constituir el pago del título pensional.
2. *Adicionar* el ordinal 3º en cuanto a que ésta sentencia constituye título ejecutivo a favor de Colpensiones y en contra del empleador Oscar Zapata Orozco.
3. *Modificar* el ordinal *5º y 6º* de la sentencia, en el sentido de indicar que el señor Jairo de Jesús Guerrero Bolívar dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.
4. *Revocar* el ordinal 8º, 9º y 12º, para en su lugar, ordenar a Colpensiones que una vez concluya el término otorgado al empleador Oscar Zapata Orozco para el pago del título pensional, proceda a reconocer y pagar en favor de la señora Gerardina Ramírez Hernández, la pensión de sobrevivientes en la cuantía que corresponda y a partir del 16 de octubre de 2010, sin condicionamiento alguno.
5. *Complementar* la decisión consultada, en el sentido de condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora Gerandina Ramírez Hernández los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, una vez venza el término de un (1) mes otorgado para el pago del título pensional a cargo del empleador Oscar Zapata Orozco.
6. *Confirmar* en todo lo demás.
7. Sin costas en esta instancia.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

El Magistrado Ponente,

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Las Magistradas,

OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN