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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 4 de octubre de 2018

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00018-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María del Carmen Brito

Demandado: Colpensiones y otro

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: PENSIÓN DE INVALIDEZ / FALTA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA / TITULO PENSIONAL TRASLADA OBLIGACIÓN AL FONDO DE PENSIONES SI SE PAGA ANTES DE OCURRIR EL RIESGO.**

… de entrada, es menester precisar que la pensión de sobrevivientes que se reclama no está a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, puesto que la falta de afiliación del trabajador fallecido al régimen de prima media, y la falta de convalidación por parte del presunto empleador de los tiempos laborados con antelación a la fecha del deceso, a través del cálculo actuarial, exonera al sistema de seguridad social de asumir la contingencia (…)

“… 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 causado 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”

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

***OBJETO.***

En Pereira, hoy cuatro (04) de octubre de dos mil dieciocho (2018), siendo las dos de la tarde (02:00 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve ***María del Carmen Brito*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones***  *y* ***Juan Guillermo Lasso Arango*** *trámite al cual se vinculó a* ***Henry Ospina Brito.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***ANTECEDENTES***

Persigue la demandante que se declare la existencia del contrato de trabajo verbal, continúo e ininterrumpido celebrado entre el causante Luis Alfonso Ospina Muñoz y Juan Guillermo Lasso Arango como propietario del establecimiento “Taberna Los Tangos”, iniciado el 05 de mayo de 2005 y finalizado el 19 de mayo de 2011 y, en consecuencia, realice el pago de los aportes a pensión correspondiente a 309.88 semanas a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que esta entidad proceda a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la que tiene derecho por la muerte de su compañero permanente, o subsidiariamente el empleador la pague de manera provisional, hasta que Colpensiones asuma la misma.

Para así pedir, relata que, convivió en unión marital con Luis Alfonso Ospina Muñoz desde el día 17 de octubre de 1985 hasta el 17 de noviembre de 2011, fecha de su fallecimiento, quien era el responsable de aportarle los alimentos, el vestido y la vivienda y, en cuyo seno procrearon a Henry Ospina Brito; que el causante se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, por lo que, posterior a su muerte, procedió a presentar la reclamación administrativa tendiente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, que fue negada mediante la Resolución GNR219191 del 29 de agosto de 2013, porque carecía de las 50 semanas cotizadas durante los últimos 3 años anteriores a la fecha del deceso, por lo que se reconoció la indemnización sustitutiva; que el *de cujus* había trabajado para Juan Guillermo Lasso Arango desde el 05 de mayo de 2005 hasta el 19 de mayo de 2011 por medio de un contrato individual de trabajo verbal pero no se realizaron los aportes al sistema general de pensiones.

Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se opuso a las pretensiones, al manifestar que Luis Alfonso Ospina Muñoz apenas cotizó hasta enero de 1997, por lo que carece de la densidad de semanas requeridas dentro de los 3 años anteriores al óbito ocurrido en noviembre de 2011. En su defensa propuso como excepciones de fondo de “*inexistencia de la obligación demandada”,* “*prescripción”* y “*buena fe”.*

Por su parte, Juan Guillermo Lasso Arango manifestó que Luis Alfonso Ospina Muñoz no se vinculó laboralmente con él, lo que el causante hacía era visitar reiteradamente su establecimiento comercial “*Taberna Los Tangos”* con la finalidad de escuchar música, escogerla y posteriormente grabarla en medio magnético para venderla en el comercio informal, puesto que esa era su verdadera profesión, incluso los vendía dentro del establecimiento de comercio a los clientes que lo frecuentaban. El demandado propuso las excepciones de fondo de “*inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido”,* “*mala fe del actor”,* “*culpa exclusiva”* y “*falta de legitimación en causa por pasiva”.*

De otra parte, Henry Ospina, vinculado al proceso, como hijo del causante, solicitó se tuviera como notificado por conducta concluyente del proceso y manifestó que no tiene ningún interés en hacer parte del proceso, por lo que se abstuvo de realizar algún pronunciamiento.

***II. ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, para alegar.

1. ***SENTENCIA***

Agotados los ritos procesales, la Jueza profirió sentencia en la que accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas a Juan Guillermo Lasso Arango. Para arribar a tal determinación, coligió de las pruebas testimoniales practicadas que, entre el causante en su calidad de trabajador y Juan Guillermo Lasso Arango como empleador, existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 1 de agosto de 2005 hasta el 30 de abril de 2011, por lo que este demandado debía cancelar el título pensional correspondiente ante Colpensiones, dejando de esta forma Luis Alfonso Ospina Muñoz causada la pensión de sobrevivientes según los requisitos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en favor de María del Carmen Brito, quien también demostró mediante prueba testimonial, su convivencia con el *de cujus*.

***III. CONSULTA***

Respecto del citado proveído, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta ante esta Sala, por haber sido desfavorable a la entidad demandada, al tenor de lo preceptuado en el artículo 69 del CST. Surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia, se procede a desatarlo.

1. ***CONSIDERACIONES***

En orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala deberá abordar los siguientes problemas jurídicos:

*¿Dejó causado el señor Luis Alfonso Ospina Muñoz el derecho a la pensión de sobrevivientes? En caso positivo,*

*¿Acreditó la señora María del Carmen Brito las condiciones necesarias para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Son supuestos fácticos no controvertidos en esta actuación: (i) que el señor Luis Alfonso Ospina Muñoz falleció el 17 de noviembre de 2011, pues así se colige del registro civil de defunción obrante a folio 15; (ii) que el asegurado, a la fecha de su deceso, se encontraba afiliado Colpensiones, aseguradora que pagó la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a la demandante por valor de $1.149.952.oo, – ver CD con expediente administrativo, folio 51.

Se solicita en la demanda que para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la actora, se tenga en cuenta el tiempo que el asegurado fallecido laboró con el señor Juan Guillermo Lasso Arango, propietario del establecimiento “*Taberna Los Tangos”,* desde el 05 de mayo de 2005 hasta el 19 de mayo de 2011, quien incumplió el deber de afiliar al trabajador al sistema pensional.

Para resolver la consulta en favor de Colpensiones, de entrada, es menester precisar que la pensión de sobrevivientes que se reclama no está a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, puesto que la falta de afiliación del trabajador fallecido al régimen de prima media, y la falta de convalidación por parte del presunto empleador de los tiempos laborados con antelación a la fecha del deceso, a través del cálculo actuarial, exonera al sistema de seguridad social de asumir la contingencia, según los apartes que seguidamente se memoran de la sentencia de 22 de marzo de 2017, del órgano de cierre de la especialidad laboral, SL 4103, radicación 49638, dictada en el curso de un proceso en que se reclama una pensión de sobrevivientes, que reviste idénticas connotaciones:

*“ (…) en tratándose de una prestación definida en función del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes* [caso igual para la de invalidez]*, 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 causado 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*”.

Se sabe entonces que el riesgo se produjo en el momento en que falleció el afiliado Luis Alfonso Ospina Muñoz, esto es, el 17 de noviembre de 2011 – fl. 15 c. 1–, sin que con anterioridad el demando Juan Guillermo Lasso Arango, a quien se le atribuye la calidad de presunto empleador omiso lo haya afiliado a la seguridad social en pensiones, ni hubiera realizado trámite alguno de convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, pues únicamente con ocasión al asunto que ahora se discute se declaró judicialmente la existencia de un contrato de trabajo, subrogación pensional que sólo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación. Sin perjuicio de la responsabilidad del empleador frente al otorgamiento de la prestación como se explicará más adelante.

Ello, por cuanto la orientación jurisprudencial encaminada a que se le permita al empleador omiso en la afiliación del trabajador, el pago 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. Lo anterior, sin perjuicio, de la responsabilidad del empleador frente al otorgamiento de la prestación.

Visto lo anterior, surge claro que no es Colpensiones la llamada a responder por la pensión de sobrevivientes que se reclama, motivo por el que se revocarán las condenas impuestas a su cargo en sede de primer grado, para en su lugar, absolverla de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, así como las derivadas de la condena al pago del título pensional a cargo del empleador y a favor de la administradora de pensiones, puesto que ningún reconocimiento podrá hacer Colpensiones de la pensión pretendida.

Aclarado lo anterior, procederá la Sala a dar el enfoque correspondiente a las pretensiones subsidiarias de la demanda; sin embargo, analizado en detalle el libelo genitor únicamente aparece una pretensión tendiente que “*se condene al señor Luis Alfonso Ospina Muñoz* (sic)*, a pagar desde esta fecha la pensión de sobrevivientes hasta la fecha en que sea condenada la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a pagar la pensión de sobrevivientes”* – sic, fl. 6 c. 1 –,deferencia de la que se extrae sin más, que la intención final de la demandante era obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivencia a cargo de la administradora pensional de manera definitiva, con prescindencia del empleador demandado, dado que en últimas la pretensión se evidencia como transitoria y no definitiva del derecho pensional; aspecto que impide a esta Sala enderezar sus pedimentos con la finalidad de condenar eventualmente al empleador Juan Guillermo Lasso Arango al pago de la pensión intentada, en contravía de los derechos de contradicción y defensa del aludido contratante.

Por lo expuesto, se revocarán los numerales 3º a 8º de la sentencia consultada para en su lugar absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra y se modificará el numeral 9º en el sentido de excluir a la mencionada administradora de dicho numeral, pues ninguna excepción de mérito podía estudiarse a su favor, si fue absuelta de las pretensiones elevadas. En lo demás se confirmará la sentencia auscultada.

Sin costas en esta instancia por encontrarse en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el ***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*** los numerales 3º a 8º dela sentencia proferida el 5 de diciembre de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de las pretensiones elevadas en su contra.
2. ***Modificar*** el numeral 9º de la sentencia aludida únicamente en el sentido de excluir a la administradora pensional de las excepciones de mérito estudiadas.
3. *Sin costas en esta instancia*.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada