

Constancia Secretarial: Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 4 de octubre de 2022, el apoderado judicial de la parte actora remitió en término los alegatos de conclusión al correo institucional, como se aprecia en los archivos 06 y 07 de la carpeta de segunda instancia. Al revisar el buzón del referido canal electrónico, se evidencia que el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. dejó transcurrir el término otorgado para alegar en esta sede en silencio.

Pereira, 19 de octubre de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, DOS DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VENTIDÓS

Acta de Sala de Discusión No 179 de 31 de octubre de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante BLANCA LUDIVIA CORREA HERRERA y los vinculados en calidad de litisconsortes necesarios KEVIN ESNEIDER y ANDRÉS FELIPE GALLEGO CORREA en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 21 de julio de 2022, dentro del proceso que se promueve en contra del fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., cuya radicación corresponde al N°66001310500120180028501.

ANTECEDENTES

Pretende la señora Blanca Ludivia Correa Herrera que la justicia laboral declare que el señor Wilson Harles Gallego Londoño dejó causada a favor de sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes y con base en ello, aspira que se condene al fondo

privado de pensiones Porvenir S.A. a reconocer y pagar la prestación económica a partir del 23 de septiembre de 2002 a favor de ella y sus hijos Kevin Esneider y Andrés Felipe Gallego Correa, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: El señor Wilson Harles Gallego Londoño falleció el 23 de septiembre de 2002, fecha en la que finalizó una convivencia continua e ininterrumpida con ella que sobrepasa los cinco años anteriores al deceso; de la unión marital surgida entre ellos se procrearon dos hijos que responden a los nombres de Kevin Esneider y Andrés Felipe Gallego Correa; para la fecha en que se produjo el fallecimiento de su compañero permanente, él se encontraba afiliado al fondo privado de pensiones Porvenir S.A.; en el año 2007 elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada por la entidad accionada mediante comunicación DAP-007-0293 de 2 de marzo de 2007, razón por la que procedieron con el pago de la devolución de saldos en una suma única de \$1.279.838; sin embargo, al verificarse la historia laboral emitida por Porvenir S.A. se observa que el causante dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios.

Al dar respuesta a la demanda, en ese momento a través de curador ad litem - págs.70 a 76 archivo 01 carpeta primera instancia-, el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. sostuvo que no le constaban los hechos relacionados en la demanda, no se opuso a las pretensiones indicando que se atenía a lo que resultara probado en el proceso y formuló las excepciones de mérito que denominó "*Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*", "*Prescripción*" y "*Genérica*". Dicha entidad compareció posteriormente al proceso a través de apoderado de confianza, quien asumió el proceso en el estado en el que se encontraba.

En auto de 29 de agosto de 2019 -págs.78 y 79 archivo 01 carpeta primera instancia-, el juzgado de conocimiento, luego de admitir la respuesta a la demanda por parte de la entidad accionada, se percató que, a pesar de que en las pretensiones de la acción se solicita el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de Kevin

Esneider y Andrés Felipe Gallego Correa, lo cierto es que ellos no se encontraban integrando debidamente la litis, razón por la que, entendiendo que se trata de un litisconsorcio necesario, ordenó su vinculación al proceso en dicha calidad.

Después de vincularse debidamente al proceso y dejar su representación judicial en cabeza del mismo apoderado judicial de la accionante, los jóvenes Kevin Esneider y Andrés Felipe Gallego Correa dejaron transcurrir en silencio el término otorgado para pronunciarse frente a la acción impetrada por su progenitora, motivo por el que el juzgado tuvo por no contestada la demanda en auto de 20 de enero de 2021 - archivo 03 carpeta primera instancia-.

En sentencia de 21 de julio de 2022, la funcionaria de primer grado manifestó que en el proceso se encontraba demostrado que el señor Wilson Harles Gallego Londoño falleció el 23 de septiembre de 2002, razón por la que la norma que se encontraba vigente para ese momento era el artículo 46 de la ley 100 de 1993 en su versión original, por lo que, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, tenía que estar activo como cotizante para la fecha de su deceso y acreditar 26 semanas cotizadas en cualquier tiempo o en su defecto, de no estar activo como cotizante en ese momento, demostrar 26 semanas de cotización dentro del año anterior al fallecimiento.

Al analizar las pruebas recaudadas en el plenario, sostuvo que en este caso no se pueden tener en cuenta semanas adicionales a las que se encuentran debidamente incorporadas a la historia laboral del señor Gallego Londoño, ya que a pesar de que en la relación de novedades se encuentran aportes realizados por el causante en calidad de trabajador independiente, lo cierto es que esas cotizaciones se hicieron en el año 2004, esto es, cuando ya había transcurrido más de un año y medio del fallecimiento del señor Wilson Harles Gallego Londoño, lo que impide que esas cotizaciones integren efectivamente la historia laboral del afiliado fallecido.

Tampoco resulta dable sumar a la historia laboral los aportes realizados por terceros en calidad de aparentes empleadores, por la misma razón, es decir, porque esas cotizaciones se hicieron con posterioridad al fallecimiento del señor Gallego Londoño, y por lo tanto, no es posible tenerlas en cuenta para verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley para determinar si el afiliado dejó o no causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Definidos esos temas y al revisar nuevamente la historia laboral del señor Wilson Harles Gallego Londoño, concluyó la *a quo* que el afiliado fallecido no dejó causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, en consideración a que la última cotización al sistema general de pensiones la hizo en el mes de noviembre del año 2000, lo que significa que no se encontraba activo como cotizante para el 23 de septiembre de 2002 y tampoco tenía cotizaciones correspondientes a 26 semanas dentro del año anterior a su deceso.

Por las razones expuestas absolvió a la entidad accionada de la totalidad de las pretensiones elevadas en la demanda y en consecuencia condenó en costas procesales a la accionante a favor de la AFP Porvenir S.A., advirtiendo que las mismas serían liquidadas en el momento procesal dispuesto para ello.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandante y los vinculados como litisconsortes necesarios interpuso recurso de apelación solicitando que se revise correctamente la historia laboral del señor Wilson Harles Gallego Londoño pues en ella se puede verificar que existen cotizaciones que fueron realizadas antes de que se produjera el deceso su deceso y por tanto resulta procedente su contabilización a efectos de que sean tenidas en cuenta para verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley para dejar causado a favor de sus beneficiarios el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Adicionalmente, solicita que en este caso se de aplicación al principio de la condición más beneficiosa con el objeto de que se reconozca que el afiliado fallecido dejó causado el derecho a favor de sus beneficiarios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, el apoderado judicial de la demandante y los vinculados como litisconsortes necesarios hizo uso del derecho a presentar en término los alegatos de conclusión; mientras que la parte accionada dejó transcurrir el término otorgado para esos efectos en silencio.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por la parte actora y los vinculados, 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 allí esgrimidos coinciden con los expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

- 1. ¿Dejó causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios el señor Wilson Harles Gallego Londoño?***
- 2. De conformidad con la respuesta al interrogante anterior ¿hay lugar a acceder a las pretensiones elevadas por la señora Blanca Ludivía Correa Herrera?***

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

1. NORMATIVIDAD APLICABLE PARA LA PENSION DE SOBREVIVIENTES.

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

2. CAUSACION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES EN VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993 EN SU VERSION ORIGINAL.

Establece el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado fallecido, siempre y cuando éste hubiere cumplido con alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de su muerte, y
- b) Que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere realizado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjo su deceso.

3. IRRETROACTIVIDAD DE LOS APORTES EFECTUADOS POR LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES.

En sentencia SL2364 de 2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recordó que las cotizaciones efectuadas por los trabajadores independientes no tienen efectos retroactivos, postura que explicó en los siguientes términos:

“Y de cara a la imposibilidad de dar un tratamiento retroactivo a los aportes efectuados por los trabajadores independientes, en sentencia CSJ SL, 18 ago. 2010, rad. 35467, la Corte precisó lo siguiente:

Cosa distinta ocurre cuando el aportante no es el empleador sino el trabajador, pues, sus cotizaciones 'se entenderán hechas para cada período, de manera anticipada y no por mes vencido', como lo anunciaba expresamente el artículo 20, inciso tercero, del Decreto 692 de 1994, así como que si no se especificaba el período de cotización debía tomarse 'como período de cotización el mes siguiente al de la fecha de consignación del aporte', disposición que, aun cuando fue expresamente derogada por el artículo 56 del Decreto 326 de 1996, posteriormente se insertó en el artículo 35 del Decreto 1406 de 28 de julio de 1999 en similares términos, así: 'Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente'.

Por manera que, siguiendo tal derrotero, y sobre el supuesto de ser el trabajador independiente el aportante de sus cotizaciones e interesado directo ante el Sistema General de Pensiones por el cubrimiento de las contingencias que contempla, le corresponde asumir, conforme al criterio actual del legislador que se acaba de enunciar, las consecuencias del déficit, insuficiencia o precariedad en el número mínimo de cotizaciones requerido para acceder a las prestaciones contempladas por dicho sistema pensional.

Así las cosas, se impone concluir que las cotizaciones efectuadas por el trabajador independiente no dejan de serlo, ni pueden calificarse de nulas o ineficaces, como al parecer lo entiende el Instituto demandado, por efectuarse en un período que podría llamarse 'extemporáneo, dado que, de lo establecido por el legislador, se deduce, sin duda, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efectos retroactivos, por lo que, en consecuencia, no pueden ser tildadas de 'irregulares', habida consideración que siempre se harán para cada período 'en forma anticipada', y como dice la última norma citada, "si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente".

EL CASO CONCRETO.

Como se aprecia en el registro civil de defunción emitido por la Notaria Quinta del Círculo de Pereira -pág.13 archivo 01 carpeta primera instancia-, el señor Wilson Harles Gallego Londoño falleció el 23 de septiembre de 2002.

Teniendo en cuenta que para ese momento se encontraba vigente el artículo 46 de ley 100 de 1993 en su estado original, el señor Wilson Harles Gallego Londoño tenía dos opciones para dejar causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, esto es, que estando activo como cotizante al sistema general de pensiones, tuviese cotizadas veintiséis (26) semanas en cualquier tiempo con

antelación al deceso, o que, en caso de no estar activo como cotizante para el momento de su deceso, tuviere cotizadas veintiséis (26) semanas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se produjo el fallecimiento.

Ahora bien, cabe recordar que uno de los motivos por los que se controvertió la decisión adoptada por la falladora de primera instancia radica que en que existen cotizaciones efectuadas con antelación al deceso del señor Wilson Harles Gallego Londoño que deben ser tenidas en cuenta a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley para dejar causado el derecho que aquí se reclama.

En ese aspecto, al analizar el contenido de la historia laboral allegada por el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. -págs.137 a 141 archivo 01 carpeta primera instancia- se evidencian los siguientes aspectos:

1. El señor Wilson Harles Gallego Londoño se afilió al fondo privado de pensiones Porvenir S.A. el 22 de mayo de 1998 como trabajador dependiente de la sociedad Exco Colombiana S.A.S., quien desde ese momento realizó correctamente los aportes hasta el 29 de noviembre del año 1998; cotizaciones que se encuentran correctamente integradas en la historia laboral.
2. En el mes de julio del año 2000, el señor Gallego Londoño se activa como trabajador dependiente de la sociedad Mercadeo y Servicios Integrados Limitada en Liquidación, quien desde ese periodo y hasta el 30 de noviembre del año 2000 realiza adecuadamente los aportes al sistema; mismos que están debidamente reportados en la historia laboral.
3. Ahora bien, a partir del 31 de mayo de 2004, esto es, después de haberse producido el deceso del señor Wilson Harles Gallego Londoño, se empiezan a realizar una serie de pagos por concepto de aportes al sistema general de pensiones a favor del causante en calidad de trabajador independiente,

pagos que como ya se advirtió, inician el 31 de mayo de 2004 y se prolongan hasta el 26 de febrero del año 2007; reportándose *-por quien hizo el pago de esas cotizaciones-* como periodos de cotización aquellos que van desde el ciclo de diciembre del año 2000 hasta el mes de agosto del año 2003; sin embargo, dichos aportes no pueden ser incorporados efectivamente a la historia laboral del afiliado fallecido, porque era imposible que el señor Gallego Londoño realizara el pago de estos en calidad de trabajador independiente desde el 31 de mayo de 2004, dado su deceso acaecido el 23 de septiembre de 2002.

Conforme con lo expuesto, no es posible contabilizar los pagos de los aportes al sistema general de pensiones que se hicieren a favor del causante como trabajador independiente desde el 31 de mayo de 2004, a efectos de verificar si él dejó causada la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, como correctamente lo decidió la *a quo*.

Así las cosas, como la última cotización efectiva realizada por el señor Wilson Harles Gallego Londoño a través del empleador Mercadeo y Servicios Integrados Limitada en Liquidación corresponde al ciclo de noviembre del año 2000, no existe duda en que él no se encontraba activo como cotizante para el 23 de septiembre de 2002, cuando ocurrió su fallecimiento, y dentro del año anterior *-23 de septiembre de 2001 a 23 de septiembre de 2002-* no hizo cotizaciones al sistema general de pensiones; razones por las que no acredita los requisitos exigidos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993 en su estado original y por tanto no dejó causado a favor de sus beneficiarios el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En torno a la petición de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, baste decir que, para que sea viable el estudio de tal situación, indispensable resulta que el afiliado fallecido haya pertenecido al régimen pensional anterior del que se aspira obtener la pensión de sobrevivientes; sin embargo, en este caso, el señor Wilson Harles Gallego Londoño no perteneció al régimen pensional previsto en el

Acuerdo 049 de 1990, por cuanto, como se aprecia en la historia laboral inmersa en la certificación para bono pensional emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público -págs.113 y 114 archivo 01 carpeta primera instancia- la afiliación primigenia del señor Gallego Londoño al sistema general de pensiones se produjo el 21 de noviembre del año 1994, es decir, 231 días después de perder vigor el régimen pensional establecido en el Acuerdo 049 de 1990; razón esta por la que, en este evento, no es posible que el afiliado fallecido se beneficie de un régimen pensional al que no perteneció y por tanto no se puede acceder al estudio de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

En el anterior orden de ideas, se confirmará en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 21 de julio de 2022.

Costas en esta sede a cargo de los recurrentes en un 100% a favor de la entidad accionada.

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 en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 21 de julio de 2022

SEGUNDO. CONDENAR en costas procesales en un 100% a los recurrentes, a favor de la entidad accionada.

Notifíquese por estado y comuníquese 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 del Decreto 806 de 2020

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**German Dario Goetz Vinasco
Magistrado
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: **43922f670700d92617b915b7533baf85c17a8f5e4cc1e9b564754417218a3fd7**

Documento generado en 02/11/2022 07:35:11 AM

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