**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**Radicación Nro**.: 66001-31-05-002-2016-00126-01

**Proceso** : Tutela 2ª instancia

**Accionante** : Laura Cristina Castañeda (Juliet Correa Vargas)

**Accionado** : Colpensiones – AFP Porvernir S.A.

**Juzgado de Origen** : Segundo Laboral del Circuito de Pereira

**Providencia** : Segunda instancia

**Magistrado Ponente:** Issa Rafael Ulloque Toscano

**Tema**  **: De la contabilización de aportes frente a los cuales la Administradora de Pensiones no ejerció las acciones de recobro:**

*“De lo expuesto, es claro, entonces, que la ley atribuye claramente a las entidades administradoras de pensiones la función de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales, para solventar las situaciones en mora y para imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a aquellas alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución. También ha precisado la Corporación*[*[32]*](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-786-08.htm#_ftn32)*que, estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes le adeuda el empleador y no habiéndolo hecho, una vez aceptado el pago en forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización”*

Pereira, veinte (20) de mayo de dos mil dieciséis.

Acta número \_\_\_\_ del 20 mayo de 2016.

Procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación interpuesta en contra del fallo dictado por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, el 11 de abril de 2016, dentro de la acción de tutela promovida por la señora **JULIETH CORREA VARGAS** quien actúa como representante legal de la menor **LAURA CRISTINA CASTAÑEDA CORREA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** y la **AFP PORVENIR S.A.**, por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y los derechos de los menores de edad.

El proyecto presentado por el ponente, fue aprobado por los restantes miembros de la Sala y corresponde a la siguiente,

**SENTENCIA**

1. **ANTECEDENTES:**

Relata la accionante que en calidad de madre de la menor Laura Cristina Castañeda el día 27 de agosto de 2015 solicitó ante COLPENSIONES la corrección de la historia laboral del señor Juan Bautista Castañeda -padre de la menor-, con el fin de reclamar posteriormente el derecho que corresponde con ocasión de la muerte de aquel.

Que mediante oficio de septiembre de 2015, COLPENSIOESN le informó haber corregido la historia laboral, sin embargo, al revisar el reporte de semanas cotizadas expedido en octubre de 2015 encontró el mismo número de semanas que se encontraban reportadas antes de la solicitud de corrección, de tal manera que el 27 de enero del presente año insistió en la aludida solicitud, aclarando que el empleador del causante había fallecido en el mes de octubre de 2010.

La anterior petición fue atendida por la accionada indicando que los ciclos de 199510 – 199609 – 199708 a 199712 – 19912 a 199909, si bien los ciclos correspondientes al periodo de vinculación ante la AFP HORIZONTE habían sido trasladados por esa entidad, los periodos antes referidos no lo habían sido, por lo que le aconsejaban revisarlos directamente con el empleador, exigencia que resulta desproporcionada y absurda.

Así las cosas, aduce que se le están trasladando los efectos negativos de la presunta mora en los aportes, a pesar de que ha operado el fenómeno del allanamiento a la mora.

Refiere que en el presente caso se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad porque se acredita la afectación al mínimo vital, dado que desde el fallecimiento del señor Juan Bautista es madre cabeza de familia, amén que hace parte del SIBEN I, aunado a que un proceso judicial demanda mucho tiempo y dinero que no posee.

Conforme a lo anterior, solicita que se ordene a COLPENSIONES reconocer y transcribir a la historia laboral las 47,77 semanas que se echan de menos.

1. **TRÁMITE.**

Mediante auto del 29 de marzo del año en curso, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad admitió la acción de tutela, ordenó la vinculación del Gerente Nacional de Operaciones y del Vicepresidente de Operaciones y Tecnología de COLPENSIONES y, ordenó su notificación a las entidades accionadas y vinculadas, otorgándoles el término de dos días para pronunciarse frente a los hechos de la acción y allegar las pruebas pertinentes; término que transcurrió en silencio.

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, tuteló los derechos fundamentales invocados en la solicitud de amparo, al advertir que en realidad COLPENSIONES incurrió en la figura de allanamiento a la mora por haber omitido ejercer las acciones de recobro consagradas en los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia ordenó a COLPENSIONES corregir la historia laboral del señor Juan Bautista Castañeda incluyendo las 47,77 semanas que no fueron tenidas en cuenta por mora patronal.

**IV. IMPUGNACIÓN.**

Dicha determinación judicial fue objeto de impugnación por parte de COLPENSIONES, quien para el efecto adujo que el juez constitucional puede ajustar la orden emitida en los términos de las sentencias T-171-09 y T-086-03, para facilitar el cumplimiento de la misma en los eventos en los cuales ese cumplimiento depende de actuaciones de otra persona. Refiere que para esa entidad es imposible darle cumplimiento a la orden impartida porque es absolutamente necesaria la vinculación del empleador, porque si este no cumplió con la obligación de cotizar es quien debe asumir la obligación prestacional que se pretenda.

**V. CONSIDERACIONES.**

1. **Competencia.**

Esta Colegiatura es competente para resolver la impugnación presentada por la parte accionada, en virtud de los factores funcional y territorial.

1. **Problema Jurídico**

¿Existe vulneración de los derechos fundamentales de la menor Laura Cristina Castañeda por la omisión de COLPENSIONES en reconocerle aportes frente a los cuales no ejerció las acciones de recobre de que trata el artículo 24 de la Ley 100 de 1993?

Antes de abordar el interrogante formulado, cabe recordar que el artículo 86 de la Constitución Nacional consagró la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas cuando resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en ciertos casos.

1. **Subsidiariedad de la acción de tutela.**

 A efectos de analizar el objetivo que tiene la acción de tutela dentro del ordenamiento nacional, es preciso señalar que la misma fue creada con el fin primordial de darle una protección efectiva a los derechos fundamentales, generando en cabeza del juez constitucional la obligación de analizar la necesidad, proporcionalidad y racionalidad de los medios, para obtener dicha protección.

 Si bien en el presente asunto la pretensión no está orientada al reconocimiento de una prestación derivada del Sistema de Seguridad Social Integral, la misma sí constituye el paso previo para que ello suceda; de tal manera que como se aduce la presunta vulneración de derechos de carácter fundamental cuya titularidad se encuentra radicada en una menor de edad, situación que se acredita con la copia del registro civil de nacimiento visible a folio 18 y que tienen relación intrínseca con la subsistencia en condiciones dignas de la misma, esta Corporación advierte la procedencia de este medio constitucional, tal y como lo ha aceptado la H. Corte Constitucional[[1]](#footnote-1):

**“Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de la entidad administradora del régimen de seguridad social en pensiones se debe a la mora en el pago de los aportes por parte del empleador.**

3.1 La Corte Constitucional ha fijado una regla en cuanto a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones en general, que se hace extensible al reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes. En este sentido ha señalado que, en principio, la acción –residual y subsidiaria por definición- no puede ser usada para el reconocimiento de dicho tipo de prestaciones[[2]](#footnote-2). Ello, porque la controversia generada en torno a la adjudicación de éstas se genera entre la entidad administradora y el eventual pensionado, lo que se traduce en un derecho de carácter litigioso que ha de ser resuelto por la autoridad judicial ordinaria.

La regla anteriormente anotada, ha dicho la Corte, debe ceder ante la hipótesis de que la falta de reconocimiento de la pensión derive en una clara violación de los derechos fundamentales del solicitante. Así pues, el reconocimiento de la prestación social de pensión debe ser decretada por el juez de tutela cuando éste avizore la existencia de un perjuicio irremediable o los mecanismos ordinarios de protección judicial redunden inanes ante la gravedad del evento. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la negativa de la entidad competente para reconocer la pensión signifique una afectación del mínimo vital de la persona de tal manera que ésta vea comprometida su subsistencia. En aquel caso el juez deberá conceder el amparo como mecanismo transitorio”.

1. **Caso concreto:**

En el presente asunto, pretende la accionante que a través de este mecanismo excepcional se le ordene a COLPENSIONES corregir la historia laboral del señor Juan Bautista Castañeda, en el sentido de incluir 47,77 semanas que no se encuentran registradas en la misma, para que de esta manera su hija pueda acceder a una prestación por el fallecimiento de aquel.

Conforme lo debatido al interior de esta proceso especial, las semanas no reportadas en la historia laboral del señor Castañeda obedecen presuntamente a la mora en el pago de aportes en que incurrió el empleador Marco Antonio Ruiz en algunos ciclos de los años 1997 a 1999, omisión frente a la cual no se evidencia que la AFP privada o en su defecto COLPENSIONES hayan adelantado las acciones de recobro pertinentes, por lo que tal y como lo concluyó la funcionaria de primera instancia se consolidó la figura del allanamiento a la mora y bajo esas circunstancias no le es dable excusarse en ese hecho para desatender dichos periodos y trasladar las consecuencias al trabajador o en este caso a los posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes que se pudiere llegar a causar en razón de su fallecimiento.

 Frente a la mora patronal que impide el reconocimiento de prestaciones derivadas del subsistema de seguridad social, ha indicado la jurisprudencia constitucional[[3]](#footnote-3):

## “4.1.  Responsabilidad de las administradoras de pensiones frente al cobro del bono pensional. El beneficiario de la seguridad social no debe soportar la carga de la irresponsabilidad del empleador ni de la ineficiencia de la administración por la mora en el pago de aportes y cotizaciones pensionales. Reiteración de jurisprudencia. Aplicación al caso concreto.

Para el goce efectivo del derecho a la seguridad social, es necesario que cada uno de los actores que lo integran - trabajador, empleador y entidad de seguridad social- cumpla con las obligaciones legales que aseguran su operación continua.

La mora o la omisión por parte del empleador en la transferencia de los aportes pensionales, puede llegar a afectar el derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital del trabajador, pues del pago oportuno que se haga de los mismos depende directamente el reconocimiento de la pensión, en caso de que el trabajador reúna los requisitos legales.

Así, esta Corporación**[[27]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-786-08.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn27%22%20%5Co%20%22)** ha señalado que una entidad administradora de pensiones no puede negar a un trabajador la pensión a que tiene derecho argumentando el incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, pues al trabajador se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual, y no resulta justo que deba soportar tan grave perjuicio por una falta completamente ajena a su voluntad, imputable directamente a su empleador y por la cual aquel debe responder. En efecto, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, que forma parte de las normas sobre el Sistema General de Pensiones,  establece:

*“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, justo con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno*.

*“El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”.*

En armonía con lo anterior, la sentencia C-177 de 1998 ya citada sostuvo sobre el incumplimiento patronal:

*“En cuanto dice relación con el incumplimiento del pago de los aportes por los empleadores al ISS, la Corte de manera reiterada, ha sostenido que no le es endilgable al empleado y menos aún, puede derivarse contra éste una consecuencia negativa, por la mora del patrono o empleador en hacer oportunamente el pago de la porción de los aportes que le corresponden, junto con la parte que para el mismo efecto ha retenido de su salario al empleado”.*

*“Dicho de otra forma, retenidos por el empleador, de la asignación salarial los valores que le corresponde aportar al empleado, surge para aquél la obligación de consignarlos en la oportunidad señalada por la ley y el reglamento, junto con los que son de su cargo. Por lo tanto, siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la salud o a la vida, o a una prestación económica de tanta importancia como la que representa la pensión de invalidez”.****[[28]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-786-08.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn28%22%20%5Co%20%22)***

Ahora bien, con el fin de evitar que la mora en la transferencia de los aportes pueda afectar directamente los derechos fundamentales de quien ha completado los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión, el legislador ha consagrado mecanismos para que las entidades administradoras cobren aquellos y sancionen su cancelación extemporánea, como medio para corregir el funcionamiento del sistema de seguridad social integral y no desproteger al afiliado.**[[29]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-786-08.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn29%22%20%5Co%20%22)** Así, los artículos 23 y 24 de la ley 100 de 1993**[[30]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-786-08.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn30%22%20%5Co%20%22)** consagran mecanismos específicos relacionados con la sanción por mora y las acciones de cobro contra el empleador. Por su parte, sobre dicha obligación, los artículos 20 y 24 del Decreto 1406 de 1999, establecen los plazos para presentar los aportes y el Decreto 2633 de 1994, reglamentario de los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, establece acciones para el cobro.**[[31]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-786-08.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn31%22%20%5Co%20%22)**

**De lo expuesto, es claro, entonces, que la ley atribuye claramente a las entidades administradoras de pensiones la función de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales, para solventar las situaciones en mora y para imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a aquellas alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución. También ha precisado la Corporación****[[32]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-786-08.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn32%22%20%5Co%20%22) que, estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes le adeuda el empleador y no habiéndolo hecho, una vez aceptado el pago en forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización”** (negrillas propias)”.

En este orden de ideas, encuentra esta Corporación que el fallo emitido por el Juzgado de primer grado se acompasa no solo con las normas legales vigentes sino con la jurisprudencia constitucional, motivo por el cual hay lugar a confirmarlo.

De los mismos argumentos se vale la Sala para indicar que no le asiste razón al impugnante en el sentido de manifestar imposibilidad de darle cumplimiento a la orden que le fuera emitida a la entidad que representa, en tanto no es necesaria la vinculación del empleador para resolver los yerros que presenta la historia laboral del señor Castañeda, toda vez que por la omisión en que incurrió frente al ejercicio de las acciones de recobro debe soportar contabilizar ese tiempo de cotización presuntamente moroso.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Cuarta de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE**

 **PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el once (11) de abril de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora **JULIETH CORREA VARGAS** quien actúa como representante legal de la menor **LAURA CRISTINA CASTAÑEDA CORREA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** y la **AFP PORVENIR S.A.**

**SEGUNDO: NOTIFICAR**  a las partes el contenido de este fallo por el medio más eficaz.

**TERCERO: REMÍTIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario

1. T-664/04 [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver Sentencias T-301/98, T-582/98, T-637/98, T-074/99, T-969/01, T-634/02, T-179/03, entre otras. [↑](#footnote-ref-2)
3. T-786/08 [↑](#footnote-ref-3)