Este documento sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: Sentencia del 29 de enero de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-003-2013-00642-00

Proceso: Ordinario laboral

Demandantes: Luz Mary Quintero López

Demandado: Porvenir S.A. y otro

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema:

MORA PATRONAL/ Incumplimiento del empleador en pago de cotizaciones no afecta la situación pensional del empleado/ Fondo de pensiones debe adelantar trámites de cobro de los aportes adeudados/ No responsabilidad solidaria del empleador, su mora acarrea otras consecuencias.

“(…) la administradora no demostró que adelantó las gestiones del caso para obtener el recaudo de las cotizaciones correspondientes a lo corrido del año 2005, puesto que son diáfanas las consecuencias de la mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social, y se afirma que en tal caso, la administradora tiene la carga de reconocer la prestación económica cuando no ha activado los mecanismos en la ley para el obtener el recaudo de esas cuotas.”

“Por último, ha quedado suficientemente claro que las únicas sanciones a cargo del empleador moroso del pago de aportes pensionales (…) son el pago de las respectivas cotizaciones y los intereses moratorios, así como las consecuencias penales de la conducta patronal, por lo que no resulta viable condenar a la empresa codemandada al pago de la pensión de sobreviviente, ni siquiera en forma solidaria (…) pues la ley no estipula la figura de la solidaridad entre el empleador y la AFP, cuando el primero incurre en mora del pago de las cotizaciones a su cargo.”

PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA/ Norma aplicable/ Requisitos de procedencia

“(…) el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es el aplicable al asunto pues el causante falleció el 30 de julio de 2007 (…) Bajo tal presupuesto normativo, tenemos que los tres años anteriores al fallecimiento del señor Ceballos Beltrán, son los corridos entre julio 30 de 2004 y el mismo mes y día del año 2007; y que durante ese lapso registra afiliación al sistema de pensiones con la AFP PORVENIR S.A. (…) entre el 1º de diciembre de 2004 y el 23 de diciembre de 2005, lo que corresponde a 54,71 semanas, las que resultan más que suficientes (…)”

PERIODOS DE COTIZACIÓN/ Irrelevancia del efecto vinculante de una sentencia anterior que declaró la existencia del contrato de trabajo, cuando con ella solo se pretende probar los ciclos de cotización adeudados por el empleador

“(…) la promotora del litigio cumplió con la carga de demostrar que los ciclos de cotización que se registran en mora del empleador (…) corresponden al periodo en que su esposo laboró al servicio de tal empresa, en razón de lo cual, la decisión judicial que en su momento dictó esta jurisdicción en atención al reclamo laboral de acreencias (…) a favor de la esposa del causante, constituye una mera prueba de aquel aserto de la demanda, por lo que no tiene sentido discutir la oponibilidad o no del fallo judicial en cuestión.”

Cita: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 23 de octubre de 2012 -rad. 44190-.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Enero 29 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Buenas días, siendo las 10:20 a.m. de hoy, viernes 29 de enero de 2016, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por la señora **LUZ MARY QUINTERO LÓPEZ** en contra de **PORVENIR S.A. y LINEAS CONSTRUCCIONES OUTSOURCING LTDA.** Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Habida consideración de que la discusión del proyecto se centró en los puntos objeto de las alegaciones acabadas de escuchar, procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por el demandante en contra de la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el día 22 de octubre de 2014.

**Problema jurídico por resolver**

El problema planteado se centra en determinar: **1)** los efectos de la mora patronal en el pago de los aportes pensionales una vez que tiene ocurrencia cualquiera de los siniestros bajo la cobertura del Sistema Pensional (invalidez, vejez y muerte) **2)** la eventual responsabilidad solidaria de aquel empleador moroso en el pago de la pensión reclamada.

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

La señora **LUZ MARY QUINTERO LÓPEZ** acude a la justicia laboral en procura de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente suscitada a raíz de la muerte de su esposo JOAQUIN ERNESTO CEBALLOS BELTRAN, con quien contrajera nupcias el 24 de diciembre de 1983, y quien falleció en la ciudad de Pereira el día 30 de julio de 2007.

 Para tal efecto, aduce que solicitó la prestación económica ante el **FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, y que mediante respuesta escrita, fechada el 31 de julio de 2008, le fue rechazado el reconocimiento de la pensión y en su defecto le ofrecieron la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual del causante, quien registró aportes en el ISS (Hoy Colpensiones) y en Porvenir S.A.

 De otra parte, la demandante refiere que antes del presente proceso demandó a la empresa LINEAS CONTRUCCIONES OUTSOURCING LIMITADA y al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y que mediante sentencia del 4 de junio de 2009, esta misma Sala Laboral declaró que entre el causante y la empresa demandada existió contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 4 de octubre de 2004 y el 23 de diciembre de 2005, condenando al pago de las cesantías indexadas a cargo de la demandada, a la que no obstante absolvió del pago de la pensión de sobreviviente, lo mismo que al ISS.

 Dada las resultas de aquel proceso y teniendo en cuenta que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (HOY COLPENSIONES) trasladó a PORVENIR S.A. los aportes correspondientes a **8,57** semanas en total, por las cotizaciones efectuadas entre julio y noviembre de 2005, y dado que se registra afiliación a Porvenir S.A. el 4 de octubre de 2004, encontrándose el empleador LINEAS CONTRUCCIONES OUTSOURCING LIMITADA en mora del pago de 54,28 semanas de cotización, la demandante reclama el pago de la prestación económica por la muerte de su cónyuge, puesto que la AFP demandada omitió su obligación de constituir en mora al empleador.

 Por su parte, la AFP demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y con tal finalidad indicó que conforme a derecho dio inicio oportuno a las gestiones de rigor en cuanto procurar del empleador “líneas y construcciones outsourcing Ltda.” la cancelación de los aportes en mora, habiendo hecho llegar a la empresa los requerimientos de pago, los cuales se anexan a la demanda. Asimismo, que los ciclos de cotización adeudados, que equivalen a 373 días, lo que a su vez corresponde a 53,2 semanas, de acuerdo con el artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, no resultan computables como semanas válidamente cotizadas, en tanto que el cobro coactivo de aportes en mora aplica única y exclusivamente en el evento en que el riesgo no se verifique, esto es, que el siniestro no haya acaecido, lo cual significa que debió cancelar el empleador la mora para antes del fallecimiento del señor JOAQUIN ERNESTO CEBALLOS.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante fallo del 22 de octubre de 2014, el Juzgado de conocimiento declaró que el señor JOAQUIN ERNESTO CEBALLOS BELTRÁN dejó causada la pensión de sobreviviente por haber cotizado un total de 62,71 semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a su deceso. En tal sentido, condenó a PORVENIR S.A. al pago de la pensión de sobreviviente a favor de la señora LUZ MARY QUINTERO LÓPEZ a partir del 30 de julio de 2007, lo mismo que al pago de los respectivos intereses moratorios y las costas procesales, las cuales fijó en la suma de $2.500.000.

Al efecto, la ad-quo, luego de encontrar acreditado el hecho de la muerte del señor CEBALLOS BELTRÁN y la calidad de beneficiaria de la reclamante de la pensión, al igual que la existencia del contrato de trabajo con la codemandada LINEAS Y CONSTRUCCIONES OUTSOURCING para el período comprendido entre el 4 de octubre de 2004 al 23 de diciembre de 2005, así como de transcribir el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que establece los requisitos para tener derecho a una pensión de sobrevivientes, concluyó, apoyada en la premisa de que la AFP demandada no procuró el cobro de los aportes adeudados, que aquellas semanas en mora debían contabilizarse conforme a la consolidada doctrina al respecto.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

 El aspecto puntual que objeta el apelante para sustentar la alzada, se circunscribe al tema de la mora en la cancelación de aportes y la imposibilidad de su pago extemporáneo cuando sobreviene la ocurrencia de alguno de los riesgos cubiertos por el Sistema General de Pensiones, puesto que en su criterio, la intención del legislador en aquellos casos en que el empleador se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con el traslado de los aportes del trabajador al sistema general de pensiones, es que sea éste y no a la AFP a la que se encuentre afiliado el trabajador, a quien le corresponda asumir la prestación que se deriva por las contingencias sufridas por éste último, como quiera que los ciclos de cotización en mora no pueden pagarse con posterioridad al siniestro que daría lugar al reconocimiento de la prestación por muerte del afiliado.

 Agrega que el empleador moroso debe ser condenado como deudor solidario de la pensión reconocida, pues no resulta lógico que salga impune luego que ha quedado establecido que omitió efectuar el pago de los aportes de su trabajador. No obstante, anota que el proceso judicial en el que se declaró la existencia de una relación laboral entre el afiliado fallecido y la empresa LINEAS Y CONSTRUCCIONES OUTSOURCING LTDA es vinculante entre las personas que allí integraron el contradictorio, pero que no resulta oponible a la AFP, puesto que esta no fue parte en aquel proceso, y allí no escapó a la discusión aspectos que lo afectan, tales como los extremos de la relación laboral, tanto que la empleadora adujo unos distintos a los señalados en la demanda.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **Consecuencias del incumplimiento del empleador, en cuanto a la obligación de pagar oportunamente las cotizaciones al sistema general de pensiones**

 A través de los Decretos 692 de 1994, 1642 de 1995, 1161 de 1994, 1818 de 1996, 326 de 1996 y 1406 de 1999, el Gobierno Nacional se ocupó de reglamentar íntegramente aspectos puntuales de la seguridad social como son: la afiliación, cotizaciones y recaudación de aportes, sin que en ninguno de tales ordenamientos se hubiere dispuesto, como sanción, que el empleador moroso asuma la pensión que ha debido corresponderle al afiliado.

 Cuando el empleador ha incurrido en mora en el pago de las cotizaciones en orden a cumplir la exigencia que para el reconocimiento de esa prestación establece el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, las únicas sanciones a su cargo, de acuerdo a la legislación de seguridad social, son el pago de las respectivas cotizaciones y los intereses moratorios, así como las consecuencias penales de la conducta patronal.

En cambio, la pauta de origen normativo, específicamente el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 12 del Decreto 1161 de 1994, establece que el administrador del fondo de pensiones tiene la obligación de perseguir el pago oportuno de los aportes pensionales y antes de purgar la mora debe proceder por el cauce legal a procurar la desafiliación del sistema. Se dispone en el predicho Decreto que las acciones de cobro coactivo deberán iniciarse de manera extrajudicial a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la cual entró el empleador en mora. En cualquier caso debe aclararse, que la acción de cobro dentro del Sistema General de Pensiones está atada a las obligaciones que el legislador señaló a sus administradoras, acciones que no se limitan a la simple realización de “requerimientos” sino que conllevan el agotamiento ante la justicia ordinaria de los procesos ejecutivos a que haya lugar.

 Con la sentencia No. 34270 del 22 de julio de 2008, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recogió la tesis que hasta ese momento imperó, consistente en no atribuirle responsabilidad a  las administradoras de pensiones en el evento en que el  empleador haya incurrido en mora en el pago de los aportes al sistema al momento de la ocurrencia del siniestro,  atribuyéndole dicha carga al deudor moroso. A partir de allí fijó un nuevo criterio frente a la responsabilidad en el reconocimiento y pago de las prestaciones correspondientes del sistema de seguridad social.

 Luego de hacer una interpretación concatenada de la ley con las normas relativas a la seguridad social frente a los deberes y obligaciones de los empleadores y las administradoras de pensiones y analizar la viabilidad financiera del sistema, determinó la Sala de Casación Laboral que *“las AFP no solo deben propender por su crecimiento financiero sino que también deben velar por la efectividad de los derechos de sus afiliados, en razón a la naturaleza del servicio prestado cual es de índole pública, más concretamente, en aquellos casos en los que la mora  del empleador, en el pago de los aportes a la seguridad social, afecta los derechos de sus trabajadores o los beneficiarios de aquel, por cuanto el afiliado no puede soportar los efectos negativos de la negligencia de su patrono, máxime cuando aquel no cuenta las herramientas jurídicas que en virtud del artículo 24 de la Ley 100 de 1993 fueron atribuidas a las administradoras del sistema de seguridad social,  como lo es el cobro coactivo”.*

 Así lo volvió a reiterar en múltiples decisiones entre ellas, la proferida el  23 de octubre de 2012, radicado no. 44190, que en lo pertinente consignó: *“(…) Al respecto, debe decirse (…) el no ejercicio de las acciones de cobro por parte de las administradoras que tienen a su cargo la pensión, trae como consecuencia que la responsabilidad sea de éstas al igual que el pago de la prestación, tal como se dejó sentado en la sentencia del 22 de julio de 2008 radicado 34270*

Esta Sala, acogiendo el precedente judicial antes enunciado, es del criterio de que *“concurriendo las obligaciones de los empleadores (pago de aportes) y las administradoras de pensiones (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al trabajador afiliado, que habiendo cumplido con lo propio, esto es, trabajo y cotización descontada por su empleador, se vea avocado a no percibir el derecho pensional por razones no atribuible a él[[1]](#footnote-1)”*

* 1. **CASO CONCRETO**

Si bien el empleador codemandado se encuentra en mora en el pago de la mayoría de los ciclos de cotización comprendidos entre diciembre de 2004 y el mismo mes del año 2005, no es menos cierto que la administradora debía adelantar las acciones de cobro conforme al artículo 24 de la Ley 100 de 1993, lo cual no se reduce al simple requerimiento formal o la presentación de la cuenta de cobro al empleador moroso; sino, como lo advertimos en precedencia, al inicio de la respectiva acción ejecutiva ante la jurisdicción laboral, e incluso a la desafiliación del sistema.

Es claro que la AFP PORVENIR requirió en dos oportunidades a la empresa codemandada para que se pusiera al día en el pago de los aportes pensionales de su planta de personal, pero lo cierto es que en el caso del aquí causante de la prestación económica, la empresa entró en mora desde finales del año 2004 y sólo vino a ser requerida por primera vez el día 15 de marzo de 2006 (Fl. 143) y no hay prueba de que la AFP haya llevado el cobro ante instancia judiciales, por lo que se puede afirmar que antes de la muerte del señor Ceballos Beltrán, la Administradora no cumplió a cabalidad con la obligación de procurar el pago de los aportes adeudados.

 Así las cosas, no se equivoca la a-quo al haber ordenado el pago de la pensión de sobrevivientes a Protección S.A., toda vez que la administradora no demostró que adelantó las gestiones del caso para obtener el recaudo de las cotizaciones correspondientes a lo corrido del año 2005, puesto que son diáfanas las consecuencias de la mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social, y se afirma que en tal caso, la administradora tiene la carga de reconocer la prestación económica cuando no ha activado los mecanismos en la ley para el obtener el recaudo de esas cuotas.

 Pues bien, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es el aplicable al asunto pues el causante falleció el 30 de julio de 2007, consagra como uno de los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, que el *“afiliado se encontrare cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos cincuenta (50) semanas al momento de la muerte”* o que *“habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos cincuenta (50) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”*. Bajo tal presupuesto normativo, tenemos que los tres años anteriores al fallecimiento del señor Ceballos Beltrán, son los corridos entre julio 30 de 2004 y el mismo mes y día del año 2007; y que durante ese lapso registra afiliación al sistema de pensiones con la AFP PORVENIR S.A., según lo confesado por la misma codemandada, entre el 1º de diciembre de 2004 y el 23 de diciembre de 2005, lo que corresponde a 54,71 semanas, las que resultan más que suficientes para que en esta sede sea confirmada la decisión de primer grado.

 En relación con los demás puntos de la apelación, basta con señalar que la promotora del litigio cumplió con la carga de demostrar que los ciclos de cotización que se registran en mora del empleador LINEAS Y CONSTRUCCIONES OUTSOURCING LTDA, corresponden al periodo en que su esposo laboró al servicio de tal empresa, en razón de lo cual, la decisión judicial que en su momento dictó esta jurisdicción en atención al reclamo laboral de acreencias a cargo de LINEAS Y CONSTRUCCIONES OUTSOURCING LTDA y a favor de la esposa del causante, constituye una mera prueba de aquel aserto de la demanda, por lo que no tiene sentido discutir la oponibilidad o no del fallo judicial en cuestión.

 Por último, ha quedado suficientemente claro que las únicas sanciones a cargo del empleador moroso del pago de aportes pensionales, de acuerdo a la legislación de la seguridad social y a la doctrina probable al respecto, son el pago de las respectivas cotizaciones y los intereses moratorios, así como las consecuencias penales de la conducta patronal, por lo que no resulta viable condenar a la empresa codemandada al pago de la pensión de sobreviviente, ni siquiera en forma solidaria, como reclama el apelante, pues la ley no estipula la figura de la solidaridad entre el empleador y la AFP, cuando el primero incurre en mora del pago de las cotizaciones a su cargo.

 Corolario de todo lo dicho, se confirmará la decisión de primera instancia y se condenará en costas procesales de segunda instancia a la apelante, para lo cual se fijan las agencias en derecho en la suma de $1.378.908.

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.

**RESUELVE**

 **PRIMERO**.- **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia primera instancia.

 **SEGUNDO. – CONDENAR EN COSTAS PROCESALES** a la **AFP PORVENIR S.A.,** para lo cual se fijan las agencias en derecho en la sumade$1.378.908

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS.**

**CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

……………………………………..

Secretario Ad-hoc**.**

1. Fragmento extraído de la sentencia antes reseñada [↑](#footnote-ref-1)