**Proceso:** Ordinario Laboral

**Radicado No:** 66001-31-05-001-2013-00771-01

**Demandante:** Liliana Patricia Rivera Alzate

**Demandado:** Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

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

**Magistrada Ponente:** Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

**TEMA: De la mora patronal para el reconocimiento de pensión**

Tanto la jurisprudencia nacional como la línea adoptada por esta Corporación, han sido reiterativas en considerar que cuando el afiliado al sistema pensional invoca la existencia de mora patronal dentro de su historial de cotizaciones, no es suficiente con que alegue esa circunstancia, sino que es su deber allegar los medios de convicción pertinentes para demostrar sus dichos, esto es, que dentro de ese periodo existió una relación laboral con el empleador incumplido.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, Risaralda, a los catorce (14) días del mes de junio del año dos mil dieciséis (2016) siendo las ocho de la mañana (08:00 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de la misma ciudad el 25 de septiembre de 2015, dentro del proceso que promueve la señora **LILIANA PATRCIA RIVERA ALZATE** en contra de la **ADMINISTRA DORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** cuya radicación corresponde al Nº 66001-31-05-001-2013-00771-01.

**Registro de asistencia**

Demandante y su apoderado:

Demandado y su apoderado:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo previsto por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

#### **ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación.**

Pretende la demandante que se declare que COLPENSIONES es responsable de los periodos comprendidos entre el 1° de noviembre de 1996 al 30 de septiembre de 1999, por no haber ejercido las acciones de recobro y, que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de cónyuge Ricardo Vélez González a partir del 8 de marzo de 2000.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento de esa prestación en cuantía de un salario mínimo legal mensual, con el respectivo retroactivo, la indexación de la condena, las costas y gastos del proceso.

Fundamenta sus aspiraciones en que contrajo matrimonio con el señor Ricardo Vélez González el día 13 de octubre de 1990, con quien convivió y compartió techo, lecho y mesa hasta el día del fallecimiento de este ocurrido el 8 de marzo de 2000, unión en la cual se procrearon dos hijos, Valentina y Sebastían, ambos mayores de edad y dependientes económicamente de su esposo y padre, respectivamente.

Refiere que el señor Ricardo Vélez se encontraba afiliado en calidad de trabajador dependiente al ISS.

Aduce que su esposo estuvo vinculado laboralmente con el empleador HELADOS CAPRICHO LTDA. en dos periodos, el primero del 28/10/1991 al 30/09/1993 y el segundo del 01/11/1996 al 30/09/1999, pero respecto de este último periodo no aparecen semanas cotizadas en su historia laboral y en la misma, obra como observación “deuda por no pago”.

Indica que el periodo en mora debe serle computado para efectos pensionales, toda vez que no puede cargar con la omisión en el pago del empleador y de las acciones de recobro por parte del ISS.

Relata la accionante que el 28 de mayo de 2012 elevó solicitud de reconocimiento pensional, pero COLPENSIONES mediante Resolución N° GNR 111966 de 27 de mayo de 2013 le resolvió desfavorablemente por no cumplir con las semanas mínimas de cotización.

Finalmente expone que el 9 de octubre de 2013 solicitó corrección de la historia laboral para que fuera incluido el periodo en mora y referido anteriormente, sin obtener respuesta al respecto.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** se opuso a las pretensiones de la demanda y como argumentos de defensa manifestó que el causante no dejó causado el derecho porque no cumplió con el requisito de las 26 semanas cotizadas dentro del año anterior al deceso, del tal manera que al no cumplir con el requisito objetivo no hay lugar a analizar el subjetivo, relacionado con la convivencia entre los cónyuges. Propuso como excepciones de fondos las que denominó “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Genéricas”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira en sentencia proferida el 25 de septiembre de 2015 declaró probada la excepción de Inexistencia de la obligación demandada y en consecuencia negó las pretensiones de la demandada. Para arribar a esa conclusión expresó que el causante no dejó causado el derecho de conformidad con lo expuesto por la Ley 100 de 1993 en su versión original, ni con base en el Acuerdo 049 de 1990, acudiendo a él en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

Precisó que no puede tenerse en cuenta el tiempo que presuntamente se encuentra en mora con el empleador “Helados Capricho” porque se trata de una sociedad de responsabilidad Ltda. y conforme al artículo 353 del Código de Comercio los socios responden hasta el monto de sus aportes y no se logró acreditar si el causante tenía esa calidad, sin embargo, una de las testigos manifestó que era el dueño, de tal manera que con base en el artículo 358 *ibídem* si él no fuera su propietario podría ser considerado como gerente y como tal debía efectuar el pago de todos los aportes de los empleados e inclusive los suyos. Y si solo fungía como socio, por tratarse de una sociedad familiar, como lo manifestó la apoderada en los alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 368 la empresa debió continuar con uno de sus socios y uno o más de los herederos del causante y siendo así también debían efectuar el pago de los aportes.

Finalmente, advirtió 3 aspectos: *i)* que la actora solo haya reclamado la pensión después de transcurridos 12 años del deceso de su esposo, cuando ya se encontraba liquidada la sociedad, *ii)* que si ella laboraba también en esa empresa, como lo refirió un testigo, no haya solicitado a su empleador el pago de los aportes y, *iii)* que si conforme al certificado de cámara de comercio la liquidadora de la empresa fue la hermana del causante, esta no se hubiera encargado de pagar las cotizaciones.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Contra la anterior decisión se alzó la apoderada judicial de la parte actora indicando que el señor Ricardo Vélez fue afiliado como trabajador de la empresa Helados Capricho en calidad de administrador y por ese motivo a esta le correspondía efectuar las cotizaciones correspondientes y, aclara que no puede llamar la atención del Juzgado el hecho de que la prestación se haya reclamado 12 años después, toda vez que se trata de un derecho que es imprescriptible y por lo tanto, puede ser reclamado en cualquier momento. Solicita en consecuencia que en esta sede se computen las semanas que aparecen en mora en la historia laboral y se acceda al reconocimiento de la pensión.

**CONSIDERACIONES**

**1. Problema jurídico:**

* 1. ¿Logró acreditar la demandante la mora patronal que según ella se presenta en la historia laboral de su difunto cónyuge con el empleador Helados Capricho?
  2. En caso de ser positiva la respuesta al interrogante que antecede ¿Dejó causado el señor Ricardo Vélez González el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes?

1. **Solución de los interrogantes planteados**

Con el propósito de dar solución a los siguientes interrogantes, se considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

Sea lo primero indicar que no existe duda de que el señor Ricardo Vélez González, falleció el 8 de marzo de 2000, tal y como se extracta de la copia del registro civil de defunción expedido por la Notaría Doce del Círculo de Cali, visible a folio 17 del expediente.

* 1. **De la Pensión de sobrevivientes**
     1. **Fundamento Jurídico**

Es sabido que la norma que regula la pensión de sobrevivientes es aquella que se encuentre vigente al momento en que se produzca el deceso del afiliado al sistema pensional o del pensionado.

Precisado lo anterior y teniendo en cuenta como se indicó en precedencia que el deceso del señor Vélez González, ocurrió el 08 de marzo de 2000, las disposiciones que regulan el presente asunto son el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que determina como requisito para acceder a la pensión, que el causante haya cotizado 26 semanas al momento de su muerte en caso de estar cotizando o, en caso contrario, esto es, habiendo dejado de cotizar acredite esas 26 semanas en el año inmediatamente anterior.

Por su parte, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, señala como uno de los beneficiarios de la pensión al cónyuge supérstite, que haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

* + 1. **Fundamento fáctico:**

Revisada la historia laboral válida para prestaciones económicas remitida por la accionada, visible a folio 55 del cuaderno de primer grado, se advierte que la última cotización efectuada por el causante lo fue por el periodo de diciembre de 1997, aspecto que permite concluir que para la fecha de su deceso, 8 de marzo de 2000, ostentaba la calidad de afiliado no cotizante y por lo tanto, debía acreditar la demandante que dentro del año anterior aquel cotizó por lo menos 26 semanas, requisito que por obvias razones no se encuentra satisfecho.

Sin embargo, teniendo en cuenta que en la demanda se implora el reconocimiento de 22 meses con 29 días, esto es, de aproximadamente 98 semanas dejadas de cotizar por el empleador Helados Capricho en el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 1996 al 30 de septiembre de 1999 y al respecto la funcionaria de primer grado concluyó que no se había logrado acreditar la vigencia de la relación laboral entre el aludido empleador y el causante, la Sala abordará el estudio de este punto en particular.

* 1. **De la mora patronal para el reconocimiento de pensión** 
     1. **Fundamento jurídico:**

Tanto la jurisprudencia nacional como la línea adoptada por esta Corporación, han sido reiterativas en considerar que cuando el afiliado al sistema pensional invoca la existencia de mora patronal dentro de su historial de cotizaciones, no es suficiente con que alegue esa circunstancia, sino que es su deber allegar los medios de convicción pertinentes para demostrar sus dichos, esto es, que dentro de ese periodo existió una relación laboral con el empleador incumplido.

* + 1. **Fundamento fáctico:**

Con el libelo introductorio la actora solicitó se tuvieran como pruebas, los documentos visibles a folios 13 a 27 y la recepción de unos testimonios.

Con las primeras solo se logra acreditar el vínculo matrimonial de la demandante con el señor Ricardo Vélez –fl. 14-, los hijos que estos procrearon –fl. 15 y 16- el deceso de aquel –fl. 17-, el número de semanas cotizadas que se registran en la historia laboral del causante –fls. 18 a 20-, el agotamiento de la reclamación administrativa –fls. 21 a 24- y la solicitud de corrección de la historia laboral de Vélez González –fl. 25 a 26-.

La apoderada de la demandante desistió del testimonio de la señora Ligia Sánchez Márquez, pero los señores, Luz Stella Sánchez Márquez y Julián Jaramillo hicieron alusión a los aspectos familiares de la pareja conformada entre los esposos Vélez Rivera, pues indicaron donde vivieron, cuántos hijos tuvieron, la edad de los mismos, y que no medió separación entre ellos.

Ahora, en lo relacionado con la vinculación laboral del causante con Helados Capricho, el señor Julián Jaramillo primo lejano de la demandante, se limitó a indicar que el causante laboró en esta empresa hasta el día de su fallecimiento, obviando aspectos como funciones, cargo o actividades desempeñadas, periodos laborados, etc; por su parte, la señora Luz Stella Sánchez, manifestó que Liliana y Ricardo tenían una heladería, que Ricardo era el propietario de la misma, concluyendo que esto era así, porque cada vez que iba a visitarlos a la ciudad de Cali aquel se encontraba en la heladería, sin embargo, en virtud de la aclaración que sobre este aspecto le solicitó la apoderada de la parte actora, expresó que no sabía si era el dueño, el gerente o el representante legal de la misma, porque se trataba de cuestiones muy “personales”.

Ahora bien, una vez revisado el reporte de semanas cotizadas por el periodo 1967 a 1994, también conocido como historia laboral tradicional, visible a partir del folio 57, se advierte que el empleador Helados Capricho Ltda. reportó la novedad de retiro del señor Ricardo Vélez González a partir del 13 de diciembre de 1994, existiendo dentro de ese mismo documento como periodo en deuda solamente el comprendido entre octubre de 1993 a 31 de diciembre de 1994, esto es, aproximadamente unas 64 semanas.

Así las cosas, si como lo refirieron los testigos, que el causante prestó sus servicios en la Heladería Capricho hasta el día de su fallecimiento, el periodo reclamado debería extenderse hasta el día 8 de marzo de 2000 y no solo hasta el ciclo de diciembre de 1999, inclusive, también debería iniciarse esa mora presunta desde finales del año 1993 cuando se reportan las últimas cotizaciones continuas.

Por lo visto, encuentra la Sala que la información registrada en la historia laboral tradicional allegada, constituye el elemento probatorio de mayor peso para definir que en el presente asunto no se presentó la mora patronal alegada, pues es allí donde se advierte que el empleador Helados Capricho presentó el retiro de su trabajador, siendo esta la explicación, por demás lógica, del por qué se encuentran cotizaciones en cero con posterioridad al reporte de esa novedad; panorama que no logró ser desvirtuado con la prueba testimonial, toda vez que se reitera, el esfuerzo de los testigos se orientó a recrear las situaciones familiares, pero frente al aspecto laboral del causante no suministraron mayor información.

Aunado a lo anterior, resulta realmente inexplicable que al tratarse de una empresa de propiedad del señor Ricardo Vélez González o de una empresa familiar no se efectuaran cumplidamente las cotizaciones, pues quien más que él debería ser el interesado en que dicha obligación se cumpliera.

De tal manera que para la Sala no hay certeza de que el causante hubiera continuado al servicio de la Heladería Capricho Ltda. por el periodo indicado en la demanda y, en consecuencia, no advierte configurada la mora patronal para obligar a la administradora del régimen de prima media a contabilizar dichas semanas por no haber ejercido la acción de recobro frente a las mismas.

De otro lado, retomando el número de semanas efectivamente registrado en la historia laboral del causante equivalente a 104,86 y sumadas a las que por mora deberían ser tenidas en cuenta -64 semanas- e inclusive al periodo laborado con ECOPETROL 128 semanas –fl. 77 y s.s.-, prueba que no fue solicitada ni decretada dentro del proceso, pero que fue allegada por la parte actora ante de la audiencia de trámite y juzgamiento, se obtendría un guarismo total de 296,86 semanas, las que continúan siendo insuficientes para dejar causado el derecho en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, de accederse a él en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

A igual conclusión, se allega frente a la aplicación de la Ley 100 original, por cuanto la última cotización del causante lo fue por el periodo de enero de 1996.

**CONCLUSIÓN**

En este orden de ideas, al no acreditarse la mora patronal aducida en la demanda, es forzoso concluir que el señor Ricardo Vélez González no dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios accedieran a la subvención de sobrevivientes en virtud de lo previsto por el artículo 46 original de la Ley 100 de 1993 y, ni siquiera en virtud del principio de la condición más beneficiosa, en caso de que este hubiese sido peticionado, toda vez que ni siquiera supera las 150 semanas en los últimos 6 años anteriores al fallecimiento o 300 en cualquier tiempo, como lo exige el Acuerdo 049 de 1990, conforme se anotó líneas atrás.

Así las cosas se encuentra que la decisión de primera instancia fue acertada y tendrá que confirmarse.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia proferida por Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el veinticinco (25) de septiembre de dos mil quince (2015) dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **Liliana Patricia Rivera Alzate** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

**SEGUNDO.** Costas en esta instancia a cargo de la parte actora recurrente.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

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

Magistrada Magistrado

(Con ausencia justificada)

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario