Documento presentado por la Magistrada ponente que 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 30 de septiembre de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-004-2013-00140-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandantes: Diana María Palomino Villegas

Demandado: Positiva S.A., Acolser T.I.A. y Colfondos

Juzgado de origen: Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema: AFILIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL: son deberes de las entidades autorizadas para la afiliación colectiva, entre otras, pagar con recursos propios las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral cuando el afiliado se encuentre en mora y exigir a sus afiliados que los aportes al Sistema se realicen por periodos mensuales completos y sobre el ingreso base de cotización establecido en la Ley 100 de 1993. DESAFILIACIÓN AL SGSSI: la desafiliación es (…) inconstitucional cuando ocurre estando vigente la relación laboral y existiendo afiliación previa a una ARP, básicamente, porque el incumplimiento del que no es responsable el trabajador no puede conducir a avalar de ningún modo la posibilidad de que la desafiliación se produzca, lo cual, a la luz de los anteriores pronunciamientos constitucionales, tiene el grado de especificidad suficiente para ser considerado precedente vinculante.

**Citación jurisprudencial:** sentencia C-250 de 2004. / Sentencia T-721 del 18 de septiembre de 2012

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(30 de septiembre de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 8:00 am de hoy, treinta (30) de septiembre de 2016, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **DIANA MARIA PALOMINO VILLEGAS,** actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores**, DAYENE CAROLINA, ANDRÉS FELIPE, JUNIER y VALENTINA HERRERA PALOMINO** en contra de **POSITIVA S.A.** y **COLFONDOS S.A.** Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

Con fundamento en 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: Parte demandante… Parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a desatar el recurso de apelación promovido por la codemandada POSITIVA S.A. en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el pasado 7 de julio de 2016.

**Problema jurídico por resolver**

 De acuerdo al esquema de la apelación, corresponde a la Sala verificar si el señor **ARCESIO HERRERA RENDÓN**, a la fecha del accidente laboral que cobró su vida, se encontraba afiliado y cubierto ante contingencias laborales amparadas por la ARP (Hoy ARL) **POSITIVA S.A.** y, por consiguiente, si dejó causado el derecho que reclaman sus beneficiarios. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes antecedentes.

1. **ANTECEDENTES**

La demandante reclama para ella y para sus cuatro (4) hijos menores de edad la pensión de sobreviviente de origen profesional causada con ocasión de la muerte de señor **ARCESIO HERRERA RENDÓN**, quien fuera su compañero y el padre de sus cuatro (4) hijos.

Para el efecto, aduce que este perdió la vida en un trágico accidente de tránsito ocurrido el 12 de febrero de 2010, mientras conducía un camión con una carga de papa, viniendo de la ciudad de Pasto hacia Cali, sobre la vía panamericana, a la altura del Municipio Mondomo (Cauca).

Señala igualmente que su compañero estaba bajo la cobertura del Sistema General de Riesgos Profesional (hoy laborales), a través de ACOLSER TIA, quien lo afilió el 4 de febrero de 2010 a la ARP (hoy ARL) POSITIVA S.A. y quien, además, reportó el accidente de trabajo, aunque de manera extemporánea, el 18 de febrero 2010.

De manera subsidiaria, en el evento remoto en que no prospere la pretensión principal, solicita la demandante que se imponga el pago de la pensión de origen común a la AFP COLFONDOS, a la luz delartículo 12 del Decreto 1295 de 1994, que dispone expresamente que *“toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común”*.

Por su parte, **POSITIVA S.A.** aceptó como ciertos la mayoría de los hechos planteados en la demanda, pero se opuso a la prosperidad de las pretensiones alegando que el causante no estaba cubierto ante accidentes laborales a la fecha de su deceso, puesto que ACOLSER T.I.A., la agremiación a la cual se encontraba vinculado como independiente, tan solo reportó y pagó un día de cotizaciones del mes de febrero de 2010, lo cual hizo el 26 de marzo de ese mismo año, con lo cual se entiende que el causante tan solo estuvo afiliado un día del mes de febrero del año 2010, operando su retiro a partir del día 6 de ese mismo mes y año.

La **AFP COLFONDOS**, por su parte, se opuso a las pretensiones de la demanda, y señaló en su defensa que, claramente, la muerte del señor ARCESIO HERRERA RENDÓN se produjo a causa de un accidente de origen laboral, en razón de lo cual la AFP no esta llamada responder por la pensión. Llamó en garantía a la aseguradora MAPFRE SEGUROS S.A., quien intervino extemporáneamente en el proceso.

En el presente asunto, según se puede constatar en el expediente, la Jueza de primer grado ordenó conformar el contradictorio con la señora **NURIA MILENA PARRA BETANCUR**, para que, actuando en nombre propio y en representación de su hija menor de edad, **MARIANA HERRERA PARRA**, reclamara el derecho que pudiera corresponderles como potenciales beneficiarias del fallecido **ARCESIO HERRERA RENDÓN.**

Igualmente, con ese mismo propósito, ordenó vincular a la señora **ESTERCILIA DAVILA** y a su hijo mayor de edad de edad **YONATAN HERRERA DAVILA,** quienes guardaron silencio frente a la demanda.

La demandante inicial -Diana María Palomino Villegas- manifestó desconocer la dirección de notificación de la señora **NURIA MILENA PARRA BETANCUR**, por lo que el Juzgado de Primera Instancia procedió, como corresponde en estos casos, a designarle curador ad - litem e igualmente ordenó su emplazamiento en los términos del artículo 29 del C.P.T. y de la S.S. El curador dio respuesta a la demanda y no pudo hacer más que atenerse a lo probado por desconocer los hechos en que se fundan las pretensiones.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

En sede de primera instancia se impuso como condena a la ARL POSITIVA S.A. el pago de la pensión de sobreviviente de origen profesional a favor de la demandante y de sus 4 hijos, desde la fecha del deceso del señor ARCESIO HERRERA RENDÓN y mientras subsistan las causas que le dieron origen.

Para arribar a tal determinación, la jueza advirtió que, el 4 de febrero de 2010, el causante fue afiliado como independiente al Sistema Integral de Seguridad Social y, ocho (8) días después, el 12 de febrero de 2010, falleció en un accidente de trabajo, desarrollando las labores de conductor. De ahí que, como es lógico, no alcanzara a efectuar la primera cotización, cuyo pago debía realizarse mes vencido, es decir, durante los primeros días del mes de marzo de esa anualidad.

 Pese a que la agremiación –ACOLSER S.A.- a través de la cual el trabajador independiente debía realizar el pago de sus aportes al Sistema, solamente pagó un día de cotización por el mes de febrero, lo cual hizo el 26 marzo de 2010, dicho pago fue incompleto, como quiera que el artículo 4º del Decreto 3615 de 2005 determina que las cotizaciones de los trabajadores independientes deben efectuarse por mes completo. Ello así, la agremiación estaba obligada a pagar por lo menos hasta el 12 de febrero de 2010, fecha en la cual se produjo la desafiliación por el deceso del afiliado. Pero, por ahorrarse una pírrica suma, canceló tan solo un día de aportes, lo cual de manera alguna exonera a la ARL demandada, pues cuando esta recibió el pago de tal aporte, estaba enterada de la ocurrencia del siniestro, el cual había sido reportado el 18 de febrero de 2010. Por manera que, para la fecha en que se produjo el deceso, existía plena cobertura a favor del afiliado y de sus beneficiarios, pues en el presente caso no puede hablarse de una falta de afiliación, sino de mora en el pago de las cotizaciones, la cual no afecta los derechos de los trabajadores.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Lo promueve **POSITIVA S.A.** quien pide que en segunda instancia sea revocado el fallo acabado de resumir, pues considera que el causante no estaba cubierto por el Sistema General de Riesgos Laborales en la fecha de su muerte, como quiera que su empleador lo afilió el 4 de febrero de 2010 y al mes siguiente efectuó el pago de un solo día del mes de febrero, por lo que debe entenderse que el trabajador tan solo estuvo afiliado el día 5 de febrero 2010.

En dicho caso, en virtud de lo previsto en el literal e) artículo 4º del Decreto 1295 de 1995, el empleador es el único responsable del pago de la pensión, por haber omitido la afiliación, ya que retiró al trabajador antes de la ocurrencia del evento que derivó en su muerte.

Además, las consecuencias derivadas de la no presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes o de errores u omisiones en ésta, que afecten el cubrimiento y operatividad del Sistema de Seguridad Integral o la prestación de los servicios que él contempla con respecto a uno o más de los afiliados, serán responsabilidad exclusiva del aportante, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 1406 de 1999, norma reglamentaria del Formato PILA.

1. **CONSIDERACIONES**

**4.1. AFILIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL**

Lo primero que ha debido tener claro el apelante, es que el causante no tenía empleador, pues estaba afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral como trabajador independiente, luego no es aplicable al caso el literal e), artículo 4º del Decreto 1295 de 1995, que responsabiliza del pago de las contingencias derivadas del accidente de trabajo al empleador que omita la afiliación de sus trabajadores.

Es claro también, que los trabajadores independientes que voluntariamente quieran afiliarse en forma colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral, lo deben hacer a través de las asociaciones o agremiaciones de que trata el Decreto 3615 de 2005, modificado por el Decreto 2313 de 2006, sin que su afiliación a dichas entidades constituya relación o vínculo laboral y que la norma que regulaba los aspectos atinentes a la Recaudación en el Sistema de Riesgos Profesionales para trabajadores independientes a la fecha de la muerte del causante, es el Decreto 2800 de 2003.

Asimismo, se tiene que, en virtud de ese mismo Decreto, son deberes de las entidades autorizadas para la afiliación colectiva, entre otras, pagar con recursos propios las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral cuando el afiliado se encuentre en mora y exigir a sus afiliados que los aportes al Sistema se realicen por periodos mensuales completos y sobre el ingreso base de cotización establecido en la Ley 100 de 1993.

**4.2.** **DESAFILIACIÓN AL SISTEMA, PAGO INCOMPLETO DE COTIZACIONES Y NOVEDAD DE RETIRO EN EL FORMATO DE AUTOLIQUIDACIÓN DE APORTES**

En la sentencia C-250 de 2004, que declaró inconstitucional la denominada “desafiliación automática del Sistema General de Riesgos Profesional”, antes autorizadas por el artículo 16 del Decreto 1295 de 1994, en aquellos casos de mora en el pago de dos o más cotizaciones periódicas, la Corte Constitucional aprovechó la oportunidad para resaltar que la ausencia de una regulación juiciosa de las condiciones a las que debe sujetarse un trámite como el de la desafiliación al sistema redunda, de manera sumamente grave, en perjuicio de los trabajadores, pues en la medida en que no participan en las cotizaciones, no tienen forma de enterarse si son beneficiarios o no de la cobertura. No obstante, destacó que dicha desafiliación, de acuerdo al estado actual de las normas que de manera vaga regulan la materia, debe estar precedida de determinadas actuaciones mínimas de connotaciones jurídicas: **1)** la terminación de la relación laboral; **2)** la información inmediata del empleador a la ARP de tal circunstancia, para que se produzca la desafiliación correspondiente. Pues, recuérdese el viejo principio en derecho de que “las cosas se deshacen como se hacen”.

Sobre la cobertura del SGRP (Sistema General de Riesgos Profesional, hoy laborales) se dijo en la sentencia T-721 del 18 de septiembre de 2012, que desafiliar al trabajador del SGRP, mientras esté vigente la relación laboral y exista afiliación previa a una ARP, vulnera el principio de confianza legítima.

En conclusión, la desafiliación es igualmente inconstitucional cuando ocurre estando vigente la relación laboral y existiendo afiliación previa a una ARP, básicamente, porque el incumplimiento del que no es responsable el trabajador no puede conducir a avalar de ningún modo la posibilidad de que la desafiliación se produzca, lo cual, a la luz de los anteriores pronunciamientos constitucionales, tiene el grado de especificidad suficiente para ser considerado precedente vinculante.

**4.3. CASO CONCRETO**

Está plenamente acreditado que el causante se desempeñaba como trabajador independiente (conductor de camión) y, como tal, estaba afiliado a una asociación de trabajadores independientes.

En efecto, el fallecido ingresó a la Asociación Colombiana de Servicios -ACOLSER TIA- (Trabajadores Independientes Asociados) el día 4 de febrero de 2010 como asociado independiente.

 Para cotizar a la Seguridad Social Integral a través de dicha asociación, el trabajador independiente pagó la suma de $60.000 pesos por concepto de afiliación, tal y como puede constatarse en el convenio de asociación visible en el folio 128 del expediente, en el cual también se anota, en su cláusula tercera, que *“ACOLSER podrá suspender la prestación de los servicios pactados con el asociado en caso de mora por parte de este en el pago de las mensualidades de seguridad social”*

Pues bien, como el pago de los aportes a la seguridad social de los trabajadores independientes se efectuaba mes vencido hasta antes del Decreto 723 de 2013 (Art. 5)[[1]](#footnote-1), lo cual se deduce de lo de establecido en el párrafo final del artículo 5 del Decreto 2800 de 2003[[2]](#footnote-2), norma que debe entenderse extensible para trabajadores independientes afiliados a través de asociaciones y/o agremiaciones, esto es, bajo la egida del Decreto 2313 de 2006; y que a su vez remite inevitablemente al artículo 36 del Decreto 1406 de 1999, pese a la advertencia que contiene el artículo 37 de la misma norma, pues debe entenderse que los citados Decretos, posteriores al año 1999, reglamentan la materia para este grupo de aportantes.

Ello así, la primera cotización a través de la asociación estaba presupuestada para efectuarse durante los primeros días del mes de marzo de 2010, pero habiendo fallecido el afiliado antes de esa fecha, exactamente 8 días después de su afiliación, el pago quedó a cargo de la asociación, pues el Decreto 2313 de 2006 (Art. 8.4) tiene previsto que en estos casos el pago debe hacerse con cargo a los recursos de la reserva especial de garantía mínima constituida obligatoriamente por este tipo de entidades (Art. 5 del Decreto 2313 de 2006).

La asociación estaba obligada a pagar 8 días de aportes a la seguridad social de su asociado, esto es, los días transcurridos entre la fecha de la afiliación (4 de febrero) y la fecha del deceso del afiliado (12 de febrero de 2010), pero tan solo pagó un (1) día de cotización (exactamente $800 a la ARP), lo cual hizo el 26 de marzo de 2010, según puede verse en la planilla de auto-liquidación visible a folio 578 del expediente.

Asimismo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5º del Decreto 3615 de 2005, correspondía a la asociación reportar a la ARP el accidente de trabajo sufrido por su afiliado, lo cual efectivamente hizo el 18 de febrero de 2010 (Fl. 152). En razón de lo cual, la ARP emitió el concepto técnico de investigación el 3 de marzo de 2010, en el cual concluyó que *“el trabajador al momento del accidente se encontraba afiliado al sistema de seguridad social y el sistema general de riesgos profesionales”*  y *“estaba realizando actividades de conducción de un vehículo tipo camión, cuando pierde el control del vehículo y cae a un abismo”* (Fls. 153-157).

Estos hechos demuestran de manera inequívoca que el causante estaba cubierto por el Sistema General de Seguridad Social Integral, como consecuencia de su afiliación realizada el 4 de febrero de 2010, específicamente para los riesgos laborales, al momento de su muerte, y que la asociación, al pagar un solo día de cotizaciones por el mes de febrero, quedó en mora del pago de 7 días, los cuales debía cubrir con los recursos destinados para tal fin, tal y como acaba de exponerse.

Ahora bien, al presente no puede escudarse la ARP en la equivocación de la asociación a la cual se encontraba afiliado el causante e interpretar que el pago de un solo día de cotizaciones opera en el presente asunto como una suerte de desafiliación del trabajador independiente al sistema, pues no puede perder de vista que es su obligación, conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo 14 del Decreto 1772 de 1994, revisar las autoliquidaciones de cotizaciones diligenciadas mensualmente por los aportantes y determinar las diferencias (o saldos insolutos) con la finalidad de incluir los ajustes correspondientes en la cotización del mes siguiente a aquel en que sean liquidadas, con los intereses a que haya lugar.

Ello quiere decir que, al revisar la autoliquidación, a la que nos hemos venido refiriendo, diligenciada por ACOLSER TIA el 26 de marzo de 2010, la ARP (hoy ARL) ha debido advertir que dicha asociación tan solo pagó un día de cotización cuando ha debido pagar 8, pues en modo alguno puede soslayarse el hecho de que esa misma asociación reportó un accidente de trabajo que cobró la vida de uno de sus asociados, el cual ocurrió 8 días después de la afiliación, en virtud de lo cual, tácitamente, aceptó que el asociado al momento de su muerte se encontraba activo en el sistema. Además, no tiene lógica que un asociado pague $60.000 pesos para afiliarse por un día al Sistema General de Riesgos Profesionales, todo lo cual debía analizar la ARP al momento en que los beneficiarios del causante se presentaron a reclamarle la prestación que hoy reclaman.

Para ahondar en razones, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe entenderse que ACOLSER no estaba autorizado para desvincular del Sistema al Trabajador Independiente, quien falleció en cumplimiento de actividades inherentes a la categoría del riesgo laboral registrado en la afiliación, pues es claro que la desafiliación no tiene efectos mientras se encuentre vigente la prestación de un servicio.

 En suma de lo dicho, esta Sala considera que el señor ARCESIO HERRERA RENDÓN estaba afiliado y activo en el Sistema General de Riesgos Profesionales, por lo cual dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios, tal como acertadamente fue determinado en sede de primera instancia.

En consecuencia, se adicionará la decisión apelada para ordenar a ACOLSER que pague lo que corresponda a la ARL por concepto del periodo en mora de cotizaciones. Las costas en ambas instancias correrán a cargo de la ARP demandada y a favor de DIANA MARÍA PALOMINO VILLEGAS.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del **Tribunal Superior de Pereira**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**SEGUNDO. – ADICIONAR** el fallo de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia, ordenando a la codemandada ACOLSER TIA el pago de las cotizaciones en mora correspondientes al causante ARCESIO HERRERA RENDÓN.

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-**Costas en ambas instancias a cargo de POSITIVA S.A. en un 100%, liquídense en el juzgado de origen.

**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**

 Ausencia justificada

Secretario Ad-Hoc

1. En vigencia de dicho contrato debe efectuarse el pago anticipado de la cotización, cuando el pago del aporte esté a cargo del trabajador independiente. [↑](#footnote-ref-1)
2. El monto de la cotización será asumido en su totalidad por el trabajador independiente y se pagará en los términos y plazos señalados para la autoliquidación que realiza el contratante. [↑](#footnote-ref-2)