El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00161-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: María Dolores Rentería Maturana

Demandado: Porvenir S.A. – Municipio de Pereira

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

**Temas: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / MORA EN EL PAGO DE APORTES DE INDEPENDIENTES / DEBER DEL CONTRATANTE DE VERIFICAR PAGO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / OCURRIDO EL RIESGO EL CONTRATANTE NO ASUME PAGOS INCUMPLIDOS / NO CUMPLE APORTES** / Conforme con el artículo 15 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 3º de la Ley 797/03, los trabajadores independientes y las personas naturales que se encuentren vinculadas al Estado o a las empresas del sector privado, deben afiliarse obligatoriamente al sistema general de pensiones.

Por su parte, los artículo 35 del Decreto 1406 de 1999 y 18 de la Ley 1122 de 2007, señalan que los trabajadores independientes deben realizar directamente el pago de las cotizaciones.

(…)

En relación con esta clase de trabajadores, es deber del contratante, según lo previsto en el inciso 1 del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 y el inciso 2 del artículo 3 del Decreto 1070 de 2013 modificado por el artículo 9 del Decreto 3032 del mismo año, verificar que su contratista cumpla debidamente con el pago de los referidos aportes.

(…)

Pero, incluso de existir norma que impusiera tal deber ante la omisión total de pagos de aportes por el contratista, no puede pretender la parte actora que después de presentarse el riesgo, se realice el pago de las cotizaciones, con el fin de reunir la densidad necesaria para entenderse causada la pensión de sobrevivientes, como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y que lo refirió la a-quo en la sentencia 35467 de 2010, y que fuera reitera en la proferida el 21/02/2012 con Ponencia del doctor Luis Gabriel Miranda, radicado Nº 36648 y la SL 573/13, radicada 42123 del 21/08/2013 del doctor Rigoberto Echeverri Bueno, en la que a modo de síntesis se indica que cuando el aportante es el trabajador independiente, las cotizaciones deben entenderse realizadas de manera anticipada y no por mes vencido, de tal manera que de ninguna manera surten efectos retroactivos.

(…)

Conforme con los documentos visibles a folios 92 a 94 y 116 a 119 del cuaderno de primer grado, se acredita que el señor Francisco Hernán Agualimpia García, estuvo vinculado a través de dos contratos de prestación de servicios con el Municipio de Pereira.

Ahora, en relación con la duración de los mismos, la entidad territorial mediante oficio Nº 21517 del 21/07/2014 –fl. 13-, certificó que los mismo estuvieron vigentes entre el 08/11/2013 y el 30/12/2013 y, del 25/01/2014 al 31/05/2014; por lo tanto, durante estos lapsos era deber del trabajador independiente realizar por su cuenta el pago de los aportes a la seguridad social integral, según se anotó en precedencia.

(…)

Así las cosas, para la Sala reviste total claridad que el afiliado solo cumplió con la obligación de realizar aportes en relación con el sistema pensional -que es el que interesa para efectos de este proceso-, respecto del mes de enero de 2014

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-005-2016-00161-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: María Dolores Rentería Maturana

**Demandado:** Porvenir S.A. – Municipio de Pereira

**Juzgado de origen**: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

**Tema a tratar: EFECTOS DE LA MORA EN EL PAGO DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES - PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – INSUFICIENCIA DE SEMANAS**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los veintiséis (26) días del mes de junio de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho de la mañana (08:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **María Dolores Rentería Maturana** contra la Sociedad **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y el **Municipio de Pereira**, radicado bajo el N° 66001-31-05-005-2016-00161-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderada:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderada:

**Traslado a las partes**

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

**ANTECEDENTES**

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

La señora María Dolores Rentería Maturana pretende que: (i) se declare es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el deceso del señor Francisco Hernán Agualimpia García; (ii) se condene al Municipio de Pereira a cancelar a la AFP Porvenir S.A, los aportes de los meses de diciembre de 2013 y febrero a mayo de 2014, respecto del citado señor; (iii) consecuente con lo anterior, se condene a Porvenir S.A. o de manera subsidiaria al Municipio de Pereira, a reconocerle la prestación desde el 02/06/2014.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) el señor Francisco Hernán Agualimpia García, fungió como contratista del Municipio de Pereira entre el 08/11/2013 y hasta que falleció; (ii) estuvo afiliado a Porvenir desde septiembre de 2008 al 01/06/2014, pero realizó aportes por septiembre de 2008, agosto a diciembre de 2012; marzo, septiembre y noviembre de 2013 y enero de 2014; (iii) como el causante estuvo vinculado al Municipio de Pereira como contratista y no verificó el pago de los aportes que aquel debía realizar al sistema general de pensiones por los meses de diciembre de 2013 y febrero a mayo de 2014, para un total de 21,45 semanas, la actora le solicitó el reconocimiento de la prestación o en su defecto, el pago de los referidos aportes; no obstante, la entidad territorial omitió efectuar algún pronunciamiento; (iv) la actora conformó una unión marital con el señor Francisco Hernán Agualimpia García, entre el año 2004 y el 01/06/2014, cuando este falleció y no procrearon hijos; (v) la señora María Dolores Rentería solicitó a Porvenir el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero le fue negada porque su compañero no acreditó 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la muerte.

El **Municipio de Pereira,** se opuso a todas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa indicó que el señor Francisco Hernán Agualimpia García, estuvo vinculado a esa entidad a través de un contrato de prestación de servicios que no genera relación laboral y por lo tanto, es directamente el contratista el que debe efectuar la afiliación al sistema general de seguridad social y realizar los aportes correspondientes. Interpuso como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia del derecho”, “Inexistencia de causa para demandar y cobro de lo no debido”, “Prescripción” y la “Excepción innominada, de oficio”.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a todas las pretensiones de la demanda porque el afiliado no alcanzó a reunir los requisitos previstos en la ley para dejar causado el derecho que pretende la parte actora. Presentó como excepciones de fondo las de “Genérica”, “Prescripción”, “Buena Fe”, “Inexistencia de la obligación y/o cobro de lo no adeudado”, “Inexistencia de la causa por insuficiente densidad de semanas cotizadas”, “Compensación” y “Culpa exclusiva del afiliado”.

1. **Síntesis de la sentencia consultada**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró probadas las excepciones de “Inexistencia del derecho” e “Inexistencia de la causa por insuficiente densidad de semanas cotizadas” presentadas en su orden por el Municipio de Pereira y Porvenir S.A. Condenó en costas a la parte actora y a favor de las demandadas en iguales proporciones.

Para arribar a esa conclusión, señaló que el señor Francisco Hernán Agualimpia García, en su calidad de trabajador independiente era el único responsable del pago de los aportes al sistema de seguridad social integral de conformidad con la legislación vigente y si bien, sobre el Municipio de Pereira recaía la obligación de verificar que los mismos se hubieran hecho, lo cierto es que las constancias que le aportó el causante no correspondían a la realidad. Precisó que en todo caso, de ser procedente que la entidad territorial asumiera el pago de los aportes que su contratista debía hacer, los mismos tendrían efectos hacia el futuro y no de manera retroactiva.

Definido lo anterior, agregó que revisado el historial de cotizaciones expedido por Porvenir S.A., dentro de los 3 años anteriores a la muerte del señor Francisco Hernán Agualimpia García, solo había alcanzado a cotizar 38,61 semanas, las que eran insuficientes para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes que se reclama en este proceso; consecuente con ello, se abstuvo de analizar el cumplimiento del requisito subjetivo.

1. **Del grado jurisdiccional de consulta**

Por resultar totalmente adversa la anterior decisión a las pretensiones de la parte actora, se ordenó el grado jurisdiccional de consulta a su favor, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.L.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

1.1. ¿El señor Francisco Hernán Agualimpia García dejó causado el derecho para que a sus posibles beneficiarios les fuera reconocida la pensión de sobrevivientes?

1.2. ¿Al municipio de Pereira le asiste alguna responsabilidad con el sistema pensional, por la falta de pago de los aportes en que incurrió su contratista Francisco Hernán Agualimpia García?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

**2.1. De la pensión de sobrevivientes**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

Bien es sabido que la norma que rige el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es aquella que se encuentre vigente al momento en que se presente el deceso del afiliado o pensionado; que para el presente asunto lo fue el 01/06/2014, por lo tanto, debemos remitirnos al contenido de los artículos 46 y s.s. de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003.

Conforme al artículo 13 de esa misma normativa, para quien reclame la prestación en calidad de cónyuge o compañera permanente supérstite, exige una convivencia con el causante por espacio no inferior a los 5 años anteriores al deceso.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

Dada la fecha del deceso del afiliado, las 50 semanas de cotización se deben constatar entre el 01/06/2014 y la misma fecha de 2011, lapso en el que el señor Francisco Hernán Agualimpia García, conforme al certificado expedido por la AFP Porvenir S.A. –fl. 237-, solo acredita un total de 276 días o 39,42 semanas cotizadas, guarismo insuficiente para dejar causado el derecho pensional a favor de sus posibles beneficiarios.

Ahora, como en la demanda se plantea que deben adicionarse al anterior monto de cotizaciones, los periodos de diciembre de 2013 y febrero a mayo de 2014, en que el causante fungió como contratista del Municipio de Pereira, dado que el ente territorial incumplió con la obligación de verificar su pago, la Sala procederá a determinar si ello es o no procedente.

**2.2. Del pago de los aportes a pensión en el caso de los trabajadores vinculados mediante contrato de prestación de servicios y los efectos de la omisión en hacerlo**

**2.2.1. Fundamento jurídico**

Conforme con el artículo 15 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 3º de la Ley 797/03, los trabajadores independientes y las personas naturales que se encuentren vinculadas al Estado o a las empresas del sector privado, deben afiliarse obligatoriamente al sistema general de pensiones.

Por su parte, los artículo 35 del Decreto 1406 de 1999 y 18 de la Ley 1122 de 2007, señalan que los trabajadores independientes deben realizar directamente el pago de las cotizaciones.

Ahora, el literal c) del artículo 16 del Decreto 1406 de 1999, define como trabajador independiente a aquel que no se encuentre vinculado laboralmente a un empleador mediante contrato de trabajo o a través de una relación legal y reglamentaria; por lo tanto, puede inferirse que quienes se encuentran vinculados a una persona natural, jurídica o al Estado a través de un contrato de prestación de servicios no mutan su condición de trabajador independiente.

En relación con esta clase de trabajadores, es deber del contratante, según lo previsto en el inciso 1[[1]](#footnote-1) del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002[[2]](#footnote-2) y el inciso 2[[3]](#footnote-3) del artículo 3 del Decreto 1070 de 2013 modificado por el artículo 9 del Decreto 3032 del mismo año, verificar que su contratista cumpla debidamente con el pago de los referidos aportes.

Tal obligación tiene su génesis en el artículo 50 de la Ley 789/02, que la establece para el momento en que deba liquidarse el contrato respectivo y se determine que los pagos no se realizaron sobre la base correcta, en cuyo caso tendrá que retener las sumas adeudadas al sistema y efectuar el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones.

De la manera en que está concebida esta última disposición, se infiere que el deber de girar los correspondientes recursos nace cuando el pago de los aportes al sistema de seguridad social se realiza sobre una base salarial o IBC inferior a la que realmente tiene o percibe el contratista; de tal manera que ante la omisión total del pago no sería exigible tal conducta, pero que en todo caso tiene como finalidad evitar la elusión y/o la evasión del pago de los aportes a la seguridad social.

Pero, incluso de existir norma que impusiera tal deber ante la omisión total de pagos de aportes por el contratista, no puede pretender la parte actora que después de presentarse el riesgo, se realice el pago de las cotizaciones, con el fin de reunir la densidad necesaria para entenderse causada la pensión de sobrevivientes, como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y que lo refirió la a-quo en la sentencia 35467 de 2010, y que fuera reitera en la proferida el 21/02/2012 con Ponencia del doctor Luis Gabriel Miranda, radicado Nº 36648 y la SL 573/13, radicada 42123 del 21/08/2013 del doctor Rigoberto Echeverri Bueno, en la que a modo de síntesis se indica que cuando el aportante es el trabajador independiente, las cotizaciones deben entenderse realizadas de manera anticipada y no por mes vencido, de tal manera que de ninguna manera surten efectos retroactivos.

Por último, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 *–contratación estatal-,* impone al contratista la obligación de acreditar el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, para poder obtener el pago correspondiente y determina que el servidor público que sin justa causa omita verificar dicho pago, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente; por lo que a lo sumo, en caso de probarse el incumplimiento de este deber por parte del contratante, se generaría una responsabilidad de carácter disciplinaria más no en relación con el sistema de seguridad social, entendiéndose por tal, el pago de los aportes pertinentes.

**2.2.2. Fundamento fáctico**

Conforme con los documentos visibles a folios 92 a 94 y 116 a 119 del cuaderno de primer grado, se acredita que el señor Francisco Hernán Agualimpia García, estuvo vinculado a través de dos contratos de prestación de servicios con el Municipio de Pereira.

Ahora, en relación con la duración de los mismos, la entidad territorial mediante oficio Nº 21517 del 21/07/2014 –fl. 13-, certificó que los mismo estuvieron vigentes entre el 08/11/2013 y el 30/12/2013 y, del 25/01/2014 al 31/05/2014; por lo tanto, durante estos lapsos era deber del trabajador independiente realizar por su cuenta el pago de los aportes a la seguridad social integral, según se anotó en precedencia.

Revisados los soportes generados y remitidos directamente por la plataforma SOI, relacionados con las planillas de pago de los meses de diciembre de 2013 a mayo de 2014 –*fls. 246 a 252 del cd. 1-,* se advierte que respecto de estos ciclos a excepción del mes de enero, el afiliado Francisco Hernán Agualimpia García, solo realizó el pago al sub- sistema de salud, de tal manera que respecto del sistema pensional solo se registra la cotización en el citado mes (enero 2014) por valor de $100.000 y a través de la AFP Porvenir –fl. 247-; información que coincide con la documental allegada con la demanda a folios 10 y 11.

Es del caso precisar, que la anterior información también se ajusta a la relación de aportes certificados por la codemanda –fl. 237 del cd. 1-, en la cual se observa que después del pago del ciclo de noviembre de 2013, el siguiente periodo cancelado corresponde a 2014-01, distribuido de la siguiente manera:

* $ 70.868 por concepto de aporte obligatorio
* $ 8.488 por comisión
* $ 9.244 por FGPM (Fondo Garantía de Pensión Mínima)
* $ 1.400 por sanción

$100.000

Por lo visto, los documentos allegados por el Municipio de Pereira y que guardan correspondencia con los que en su momento le aportó el fallecido Agualimpia García para acreditar el pago de la seguridad social por los meses de diciembre/2013 y febrero a abril de 2014; al diferir con los suministrados de manera oficial por la AFP y la plataforma SOI, serán desestimados para efectos de acreditar el pago de los aportes pensionales, porque se observa anomalía frente a la administradora de pensiones, pues se trata de Colpensiones, no obstante, estar afiliado a Porvenir y; respecto de los ciclos de marzo y abril, un mismo número de planilla (8223334286), muy a pesar de haberse realizado el pago en fechas diferentes, 19 de marzo y 30 de abril de 2014, respectivamente.

Así las cosas, para la Sala reviste total claridad que el afiliado solo cumplió con la obligación de realizar aportes en relación con el sistema pensional -*que es el que interesa para efectos de este proceso*-, respecto del mes de enero de 2014.

Ahora, como de los ciclos restantes del año 2014, al parecer el afiliado - contratista, presentó ante el Municipio de Pereira una información con la que acreditaba el cumplimiento de su obligación con el sistema de seguridad social integral, no resulta lógico que esta entidad asumiera las actuaciones que le imponía el artículo 50 de la Ley 789/02, por no darse los presupuestos para ello. Así mismo, debe descartarse la existencia de una causal de mala conducta, que debiera ser objeto de investigación disciplinaria.

Según lo expuesto, fue el señor Francisco Hernán Agualimpia García el único responsable de que en el reporte de las semanas cotizadas generado por Porvenir S.A., no se registren los ciclos que se peticionan a través de este proceso, dada la omisión en que incurrió en el pago de los mismos y, consecuente con ello, no hay lugar a adicionar más semanas cotizadas al guarismo allí registrado de 39,42, como se había determinado en precedencia.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se confirmara la decisión revisada por hallarla ajustada a derecho y a la jurisprudencia que regula el asunto debatido.

Costas en esta instancia no se causaron por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de mayo de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **María Dolores Rentería Maturana** contra la **Sociedad**  **Administradora Colombiana de Pensiones** **Porvenir S.A.** y el **Municipio de Pereira**, según lo expuesto.

**SEGUNDO:** Sincostas en esta instancia, por lo dicho en la parte motiva.

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

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

 Magistrado Magistrado

1. Artículo 23. Cotizaciones en contratación no laboral. Para efectos de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría y cuya duración sea superior a tres (3) meses, la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. [↑](#footnote-ref-1)
2. Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. [↑](#footnote-ref-2)
3. Para la procedencia de la deducción en el impuesto sobre la renta de los pagos realizados a las personas mencionadas en el inciso anterior por concepto de contratos de prestación de servicios, el contratante deberá verificar que los aportes al Sistema General de Seguridad Social estén realizados de acuerdo con los Ingresos obtenidos en el contrato respectivo, en los términos del artículo 18 de la Ley 1122 de 2007, los Decretos números 1703 de 2002 y 510 de 2003, las demás normas vigentes sobre la materia, así como aquellas disposiciones que las adicionen, modifiquen o sustituyan.

 [↑](#footnote-ref-3)