El siguiente es el documento presentado por el Magistrado 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 respectiva Secretaría.

Asunto: Apelación Sentencia

Proceso: Ordinario laboral

Radicación Nro.: 66001-31-05-005-2013-00617-02

Demandante: María Zoraida Arroyave Loaiza y Yeris Yulitza Trejos Arroyave

Demandado: Protección S.A., Wilmar Atehortua Arango y Mariluz Sepulveda Giraldo

Vinculado: Seguros Bolívar S.A.

Juzgado de Origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / FALTA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA PENSIONAL / MORA PATRONAL / DIFERENCIA DE CADA UNA EN SUS EFECTOS / PRESCRIPCIÓN / INAPLICABILIDAD RESPECTO DE MENORES DE EDAD.**

Auscultada la historia laboral de Yobany Antonio Trejos Sánchez (fls. 43, 52 a 54 c. 1) y una constancia de aportes emitida por Protección S.A. (fl. 216 c. 1), se tiene que el fallecido tiene aportes al sistema pensional con las que apenas alcanza 39,85 semanas de cotización entre agosto del año 2006 y el mismo mes del año 2007, insuficientes para colmar la densidad de semanas requerida…

Por lo que resulta imperioso analizar la presencia de moras patronales o ausencias de afiliación al sistema pensional y si pueden ser tenidas en cuenta tales semanas para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues le faltarían 10,15 semanas para alcanzar las 50 semanas requeridas y con ello dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes. (…)

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que las consecuencias jurídicas de la falta de afiliación por parte del empleador al sistema pensional, ya sea por falta de cobertura, por declaración de contratos realidad o simplemente por omisión del empleador, son diferentes para las pensiones de vejez, sobrevivientes e invalidez. (…)

… para las pensiones de sobrevivencia e invalidez, en tanto se fundamentan en el acaecimiento de un riesgo, la mera consecución de una reserva actuarial frente a 50 semanas como requisito mínimo para su causación, no tendría “igual utilidad práctica para el sostenimiento financiero del sistema, ni produce las mismas consecuencias”; por lo tanto, resulta indispensable la afiliación del trabajador o la convalidación de dichos tiempos antes de que acaezca el riesgo. Admitir el pago de dicho cálculo para esta clase de pensiones implicaría que la administradora deba asumir el reconocimiento de una prestación periódica frente a la cual “i) no tuvo conocimiento para iniciar acciones de cobro de los aportes; ii) no pudo prever y gestionar el riesgo de sobrevivientes, a través de reservas o seguros; iii) y tiene que financiar en un 100%, aun si los aportes que puede convalidar a través del título pensional no alcanzan para ello”.

En ese sentido, la falta de afiliación de un trabajador al sistema de seguridad social en pensiones o la ausencia de convalidación de tiempos servidos antes de la muerte de este, de ninguna manera traslada a la administradora de pensiones la carga de reconocer la pensión de sobrevivientes o invalidez, y por el contrario, relega al empleador omiso el deber de asumir el pago de su pensión. (...)

… de manera específica para pensiones de sobrevivientes, cuando existe mora en el pago de las cotizaciones por parte del empleador que son indispensables para cumplir la densidad mínima exigida por la ley para causar el derecho, o que de existir dicha mora sea pagada con posterioridad al siniestro, la jurisprudencia actual ha enseñado que ante la presencia de tal omisión en el pago que impide el acceso a la prestación, sin que la administradora haya cumplido con su deber legal de cobro, entonces es ésta quien debe asumir el reconocimiento de la pensión y que “los aportes efectuados por el empleador moroso, una vez ha ocurrido el siniestro, tienen plena validez para cubrir las contingencias que ampara el sistema, ya que la entidad ha debido adelantar las gestiones necesarias y eficientes para lograr su recaudo”. (…)

… rememórese que el derecho pensional es imprescriptible, siendo susceptibles de tal fenómeno apenas las mesadas pensionales, que para este caso se regulan por los artículos de las leyes sociales ya descritos y que se aplican de preferencia para asuntos como este, en relación con la pretensión pensional (art. 1º del C.P.L. y de la S.S.).

Por último, es preciso memorar que los menores de edad cuentan con una regulación especial para extinguir sus derechos por el paso del tiempo. Concretamente los artículos 2530 y 2541 del Código Civil determinaron que la misma se suspende mientras permanece tal minoría de edad, es decir, para aquellas personas que sean incapaces, se encuentren bajo tutela o curaduría. Entonces, el término trienal para ellos se contabiliza desde que se adquiere la mayoría de edad, y solo a partir de allí despuntaría el término prescriptivo.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

De acuerdo con la postura actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la prestación debe estar a cargo de la AFP, pues en sus propias palabras en estos eventos, la habilitación es una consecuencia de la sanción por la falta de diligencia de la Administradora, razón por la cual se suman para determinar el cumplimiento del requisito de la densidad de cotizaciones, siempre y cuando no se acredite que la Administradora fue diligente.

Sin embargo, reestudiando el tema, considero que en este tipo de casos no es posible darle paso a la aplicación de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, porque no es posible imponerle a título de sanción a la administradora pensional, el reconocimiento y pago de la pensión, bajo el argumento que ella no efectuó las acciones de cobro con las que el legislador las dotó para lograr el importe de los aportes en mora, pues al revisar el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 2633 de 29 de noviembre de 1994, no existe en todo su articulado norma alguna que disponga esa sanción en cabeza de la administradora pensional que no realizó las acciones de cobro y bien es sabido que no existen penas o sanciones sin ley previa que las establezca.

Por el contrario, como se expuso precedentemente, el artículo 12 del Decreto 2665 de 1988 aplicable por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, si contiene una sanción expresa frente a la infracción que cometen los empleadores cuando no cancelan oportunamente los aportes a los riesgos IVM de sus trabajadores afiliados, consistente en que son ellos quienes deben responder por el reconocimiento y pago de la prestación económica causada (pensión de sobrevivientes entre otras) en la forma en la que tendría que hacerlo el sistema.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los trece (13) días del mes de agosto de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho de la mañana (8:00 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 los recursos de apelación frente a la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **María Zoraida Arroyave Loaiza,** en nombre propio y en representación de **Yeris Yulitza Trejos Arroyave,** contra **Protección S.A., Wilmar Atehortua Arango y Mariluz Sepúlveda Giraldo**, trámite al que se vinculó a **Seguros Bolívar S.A.,** radicado 66001-31-05-005-2013-00617-02.

**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.

**ANTECEDENTES**

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

María Zoraida Arroyave Loaiza en calidad de compañera permanente y en representación de su descendiente Yeris Yulitza Trejos Arroyave, pretende que se declare que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de Yobany Antonio Trejos, a partir del 16/09/2007; en consecuencia, se pague el retroactivo pensional, los intereses moratorios y las costas procesales.

Por otro lado, pretendió que se condene a Wilmar Atehortua Arango o a Mariluz Sepúlveda Giraldo, en calidad de empleadores, al pago de los aportes a pensión adeudados durante los años 2006 y 2007.

Fundamenta sus aspiraciones en que *i)* convivió con Yobany Antonio Trejos Sánchez durante 9 años previos a su fallecimiento el 16/09/2007; *ii)* fruto de tal unión nació Yeris Yulitza Trejos Arroyave; *iii)* el año anterior al deceso, el obitado laboró en el establecimiento de comercio Arte Floral Floristería, de propiedad de las personas naturales demandadas, como mensajero y florista; *iv)* sus empleadores únicamente cotizaron al sistema de seguridad social en salud desde el 15/04/2006 hasta el 15/09/2007 pese a que tenían la obligación de cotizar a pensión; *v)* que los empleadores dejaron de pagar los aportes de abril a julio de 2006 y de febrero a abril, julio y septiembre de 2007.

**Protección S.A.** se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por cuanto el fallecido no dejó causado el derecho pensional, pues carece de las 50 semanas de cotización previos al deceso, pues solo alcanzó 35.57. Además, explicó que si el empleador no realizó las cotizaciones a las que estaba obligado, es a este al que corresponde el pago de la obligación.

De otro lado, adujo que de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario se desprendía que el fallecido únicamente había sido afiliado desde el 23 de agosto de 2006 hasta febrero de 2007, y de mayo a junio de 2007, sin que la AFP fuese responsable por los meses previos en que tuvo vínculo laboral sin afiliación a la seguridad social. Además resaltó que un día después de su muerte, esto es, el 17 de septiembre de 2007 se realizó el pago del mes de agosto, y por ello ninguna validez devenía del mismo.

Por último, propuso excepciones que denominó “*inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”,* “*responsabilidad de la afiliación y pago de las cotizaciones recae sobre el empleador, no sobre la AFP”,* “*la administradora de fondos de pensiones no estaba obligada a requerir al empleador, ni realizar labores de cobro. Inexistencia de mora”,* “*improcedencia de cotizaciones posteriores a la ocurrencia del siniestro”,* “*prescripción”,* entre otras.

Por otro lado, llamo en garantía a **Seguros Bolívar,** que se opuso a las pretensiones pues el causante no alcanzó la densidad de semanas requeridas, pero admitió el llamado para cubrir la suma adicional necesaria para financiar la pensión de sobrevivientes.

Pese a que **Wilmar Atehortúa Arango** fue notificado del auto admisorio de la demanda (fl. 325 c. 1), no contestó la misma, por lo que se tuvo como indicio grave en su contra (fl. 350 vto. c. 1), y en tanto no asistió a la audiencia de conciliación entonces se dieron por ciertos los hechos susceptibles de confesión, entre ellos, el 12 a15, 17,18, 25, 27 a 30 y 32 (fl. 350 c. 1).

Por último, **Mariluz Sepúlveda Giraldo** contestó la demanda a través de curador *ad litem*, que se opuso a las pretensiones pues a su juicio carecen de sustento fáctico y jurídico; además, solicitó que no se decretara como prueba la “*certificación e informe expedido por Salud Total EPS”,* porque contenía errores, en tanto certificó que el causante laboró dos meses después de su fallecimiento; propuso las excepciones de “*cobro de lo no debido”* y “*prescripción”.*

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró la existencia de “*un vínculo laboral”* entre Yobani Antonio Trejos Sánchez y Wilmar Atehortúa Arango entre el 16-03-2006 hasta el 16-09-2007, en consecuencia lo condenó al pago del cálculo actuarial para los ciclos de 15 días de marzo, abril, mayo, junio y julio de 2006 igual a 19.3 semanas, y por ello, ordenó a Protección S.A. que realizara las gestiones tendientes al cobro coactivo de dichos ciclos.

Por otro lado, declaró que Yobani Antonio Trejos Sánchez dejó causada la pensión de sobrevivientes a partir del 19-09-2007, pues logró cotizar 70,44 semanas entre marzo de 2006 y septiembre de 2007; en ese sentido, condenó a Seguros Bolívar a reconocer la suma adicional que se requiera para completar el capital necesario para cubrir el valor de la pensión de sobrevivientes causadas.

Bajo dicho tenor, declaró que María Zoraida Arroyave, como compañera permanente y Yeris Yulitza Trejos Arroyave, en calidad de hija, tenían derecho a la pensión de sobrevivientes a partir del fallecimiento, pero ante la procedencia de la excepción de prescripción, ordenó su pago a partir del 15-11-2010 para la primera y del 19-09-2007 para la segunda – por cuanto era menor de edad -, en cuantía de un salario mínimo y en proporción del 50% para cada una, y absolvió a Protección S.A. de las restantes pretensiones.

Como fundamento de tal determinación adujo que se probaron tiempos como trabajador dependiente desde agosto de 2006 hasta septiembre de 2007, que alcanzan 50,71 semanas de cotización y con ello, colmaba el requisito de sobrevivencia; sin embargo, también se acreditó una afiliación tardía y retiros continuos por lo que su empleador Wilmer Atehortúa deberá pagar el cálculo actuarial correspondiente, frente a los meses de marzo (15 días), abril, mayo, junio y julio de 2006 y las moras patronales existentes en marzo y abril de 2007, además de 17 días del mes de septiembre de 2007.

Frente a la pensión de sobrevivientes, señaló que las demandantes tenían la calidad de beneficiarias porque así había sido reconocido por la demandada al ordenar a su favor la devolución de aportes de la cuenta de ahorro individual del causante, máxime que en la audiencia celebrada el 27 de agosto de 2016, que no fue afectada por nulidad, las testigos Claribel Arroyave y Sandrá Gómez Morales coincidieron en afirmar que la pareja llevaba conviviendo desde 1999, por lo que esta acreditó más de los 5 años requeridos por la legislación; además, Nicole Manzo Trejos ratificó la declaración extrajuicio allegada al plenario que coincide con lo expuesto por las testigos antedichas.

Por último, denegó los intereses moratorios pretendidos, por cuanto resolución favorable de las pretensiones únicamente se alcanzó a través del proceso judicial y absolvió a la demandada Mariluz Sepúlveda Giraldo pues ella no fue empleadora del causante.

**3. Del recurso de apelación**

**Protección S.A.** presentó recurso de alzada para lo cual argumentó que ninguna prueba existe en el plenario del contrato de trabajo, ni sus extremos, ni siquiera podría derivarse de las declaraciones practicadas, que incluso únicamente tenían el propósito de acreditar la convivencia, sobre el cual fueron contradictorias.

Por otro lado, recriminó que de ninguna manera podía imponerse la obligación de persecución de un empleador que no afilió a su trabajador al sistema, pues se acreditó en el expediente que dicha afiliación apenas ocurrió en agosto de 2006, hecho que también fue confesado en la demanda, y por ello, ninguna obligación devenía por los tiempos corridos desde el 16-03-2006, por ende no podían obligar a la AFP a lo imposible.

Asimismo, resaltó que el causante había sido desafiliado el 01-06-2006, sin que existiera mora en los meses de abril y mayo, por lo que únicamente había alcanzado 35.84 semanas. Además adujo que nuevamente había sido afiliado después de su deceso, y por ende el riesgo ya se había producido, y en ese sentido, ninguna obligación de persecución de empleador moroso tenía la AFP, por lo que le corresponde al empleador responder por el pago de las prestaciones pensionales.

Frente a la prescripción de los menores de edad, dijo que debía aplicarse la prescripción de 5 años contemplada en el artículo 1081 del C.Co., por ser un tema de seguros, sin que pudiera ser ilimitada aunque existiera un menor.

A su turno, la parte **demandante** mostró su inconformidad parcial con la decisión de primer grado, para que se concedan los intereses moratorios negados, en tanto que fue Protección S.A. la que omitió realizar el cobro oportuno de los aportes que sí estaban en mora - abril, mayo y septiembre de 2007 -, con las que se acreditaban las 50 semanas de cotización previas al fallecimiento.

Por último, **Seguros Bolívar** apeló que las cotizaciones extemporáneas no debían ser tenidas en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y ante la falta de diligencia de Protección S.A. en el cobro oportuno de las cotizaciones, entonces se debería liberar a la aseguradora del pago de la suma adicional para financiar la pensión de sobrevivientes.

**CONSIDERACIONES**

**1. Del problema jurídico**

* 1. ¿Yobany Antonio Trejos Sánchez dejó causada la pensión de sobrevivencia en los términos del parágrafo 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones pertinentes, en concordancia con el artículo 73 *ibidem*,?
  2. ¿Cuáles son los efectos de la falta de afiliación pensional, en tratándose de una pensión de sobrevivientes?
  3. ¿Se configuró una mora patronal a cargo de Wilmar Atehortúa Arango y cuáles son sus efectos en el derecho que aquí se reclama?
  4. ¿Demostró María Zoraida Arroyave Loaiza ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes?
  5. ¿Había lugar a ordenar el pago de los intereses de mora?
  6. ¿Cómo opera la prescripción de las mesadas pensionales ante la presencia de un menor de edad como sujeto activo de la *litis*?
  7. ¿Había lugar a exonerar a la aseguradora del pago de la suma adicional, ante la presencia de una mora patronal?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1. De la pensión de sobrevivientes**

Bien es sabido que la norma que rige el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es aquella que se encuentra vigente al momento en que se presenta el deceso del afiliado o pensionado, que para el presente asunto ocurrió el 16/09/2007 – fl. 28 c. 1 -, por lo tanto, debemos remitirnos al contenido del artículo 73, que remite al 46 y s.s. de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 12 y s.s. de la Ley 797 de 2003.

Normativa que exige 50 semanas de cotización dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (num. 2º, art. 46 ibidem).

Auscultada la historia laboral de Yobany Antonio Trejos Sánchez (fls. 43, 52 a 54 c. 1) y una constancia de aportes emitida por Protección S.A. (fl. 216 c. 1), se tiene que el fallecido tiene aportes al sistema pensional con las que apenas alcanza 39,85 semanas de cotización entre agosto del año 2006 y el mismo mes del año 2007, insuficientes para colmar la densidad de semanas requerida, así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Año** | **Ciclo** | **# días** |
| 2006 | Agosto | 9 |
| 2006 | Septiembre | 30 |
| 2006 | Octubre | 30 |
| 2006 | noviembre | 30 |
| 2006 | diciembre | 30 |
| 2007 | enero | 30 |
| 2007 | febrero | 30 |
| 2007 | mayo | 30 |
| 2007 | junio | 30 |
| 2007 | agosto | 30 |
|  | **Total** | **39,85** |

Por lo que resulta imperioso analizar la presencia de moras patronales o ausencias de afiliación al sistema pensional y si pueden ser tenidas en cuenta tales semanas para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues le faltarían 10,15 semanas para alcanzar las 50 semanas requeridas y con ello dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

**2.2. Efectos de la falta de afiliación al sistema pensional para prestaciones de sobrevivencia**

**2.2.1. Fundamento normativo**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que las consecuencias jurídicas de la falta de afiliación por parte del empleador al sistema pensional, ya sea por falta de cobertura, por declaración de contratos realidad o simplemente por omisión del empleador, son diferentes para las pensiones de vejez, sobrevivientes e invalidez[[1]](#footnote-1).

Así, para las pensiones de vejez la presencia de una omisión de afiliación se traduce en la obligación del empleador de pagar un cálculo actuarial o convalidación de tiempos a satisfacción de la entidad administradora, y a esta última el reconocimiento de la subvención vitalicia, pues son prestaciones de largo tiempo que dependen de la conformación de un número importante de cotizaciones o capital.

Por el contrario, para las pensiones de sobrevivencia e invalidez, en tanto se fundamentan en el acaecimiento de un riesgo, la mera consecución de una reserva actuarial frente a 50 semanas como requisito mínimo para su causación, no tendría “*igual utilidad práctica para el sostenimiento financiero del sistema, ni produce las mismas consecuencias”;* por lo tanto, resulta indispensable la afiliación del trabajador o la convalidación de dichos tiempos antes de que acaezca el riesgo. Admitir el pago de dicho cálculo para esta clase de pensiones implicaría que la administradora deba asumir el reconocimiento de una prestación periódica frente a la cual “*i) no tuvo conocimiento para iniciar acciones de cobro de los aportes; ii) no pudo prever y gestionar el riesgo de sobrevivientes, a través de reservas o seguros; iii) y tiene que financiar en un 100%, aun si los aportes que puede convalidar a través del título pensional no alcanzan para ello”[[2]](#footnote-2).*

En ese sentido, la falta de afiliación de un trabajador al sistema de seguridad social en pensiones o la ausencia de convalidación de tiempos servidos antes de la muerte de este, de ninguna manera traslada a la administradora de pensiones la carga de reconocer la pensión de sobrevivientes o invalidez, y por el contrario, relega al empleador omiso el deber de asumir el pago de su pensión.

**2.2.2. Fundamento fáctico**

En los hechos de la demanda se implora el cómputo de 34,42 semanas por los periodos de abril de 2006 a julio del mismo año y, febrero a abril, julio y septiembre de 2007, que se aduce fueron laborados a favor del empleador Wilmar Atehortúa Arango, sin que este hubiese cotizado a pensión, pese a que sí lo hizo para salud (fls. 6 y 7 c. 1).

En ese sentido, obra en el expediente la solicitud de vinculación al fondo de pensiones y cesantías Santander realizada el 22/08/2006 por Yobany Antonio Trejos Sánchez, en la que se registró como empleador a Arte Floral Floristería (fl. 133 c. 1), que coincide con el historial de vinculaciones emitida por Asofondos (fl. 135 c. 1); por lo que, los ciclos reclamados con anterioridad a dicha fecha (abril a julio de 2006), se encontrarían por fuera de la afiliación realizada al Sistema de Seguridad Social y por ello, de ninguna manera podrían ser tenidos en cuenta para efectos de contabilizar las semanas requeridas para dejar causado el derecho pensional, ni siquiera a través del pago de un cálculo actuarial o la convalidación de dichos tiempos, pues una vez acaecido el deceso de Yobany Antonio Trejos Sánchez (fl. 28 c. 1), expiró tal posibilidad, sin que tampoco obre en el expediente su pago previo al fallecimiento.

Por lo tanto erró la juez de primera instancia al tenerlos en cuenta para hallar el cumplimiento del requisito de densidad de semanas que diera lugar a la pensión de sobrevivientes, así las cosas prospera la alzada en este punto, por lo que se revocará el numeral segundo de la providencia para en su lugar negar el pago del cálculo actuarial por los ciclos de marzo, abril, mayo, junio y julio de 2006, sin que ello lleve consigo la revocatoria de la sentencia pues corresponde analizar la situación de la mora patronal.

**2.3. De la mora patronal para el reconocimiento de pensión**

**2.3.1. Fundamento normativo**

La Corte Suprema de Justicia ha reiterado que al presentarse mora patronal en los aportes en pensiones, las Administradoras pensionales son las obligadas a iniciar las acciones tendientes al cobro de los aportes, que de no hacerlo deberán responder por el pago de la prestación reclamada[[3]](#footnote-3).

Igualmente, ha manifestado que los aportes son el resultado inmediato de la prestación del servicio, y de allí emana la obligación que existe en cabeza de los empleadores de su pago, y de las entidades encargadas de la administración de las pensiones de su cobro[[4]](#footnote-4).

Por lo que ha explicitado que para efectos de contabilizar semanas reportadas en mora del empleador, resulta indispensable acreditar que durante los ciclos remisos existió un vínculo laboral, pues solo así se evidencia que el empleador incumplió una de sus obligaciones pese a que su trabajador en efecto prestó el servicio; interpretación que se ajusta incluso a los dictados del literal l) del artículo 13, 17 y 22 de la Ley 100/1993[[5]](#footnote-5).

Criterio que ha sido expuesto por esta Colegiatura en el sentido de 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[[6]](#footnote-6).

No obstante, también se ha expuesto que la prestación del servicio puede acreditarse mediante prueba indiciaria que permita inferir que ella se prolongó por el periodo en mora, como ha sucedido cuando se prueba la mora intermitente[[7]](#footnote-7).

Por último, de manera específica para pensiones de sobrevivientes, cuando existe mora en el pago de las cotizaciones por parte del empleador que son indispensables para cumplir la densidad mínima exigida por la ley para causar el derecho, o que de existir dicha mora sea pagada con posterioridad al siniestro, la jurisprudencia actual ha enseñado que ante la presencia de tal omisión en el pago que impide el acceso a la prestación, sin que la administradora haya cumplido con su deber legal de cobro, entonces es ésta quien debe asumir el reconocimiento de la pensión y que “*los aportes efectuados por el empleador moroso, una vez ha ocurrido el siniestro, tienen plena validez para cubrir las contingencias que ampara el sistema, ya que la entidad ha debido adelantar las gestiones necesarias y eficientes para lograr su recaudo”[[8]](#footnote-8).*

Además, explicó que “*pese al reconocimiento pensional que les corresponde, las administradoras conservan el deber de efectuar el cobro de los aportes con los cuales se completó el tiempo requerido para acceder a la pensión de sobrevivientes y de esta manera además, obligar al empleador incumplido a asumir el pago correspondiente. Por ende, tampoco es cierto que la omisión patronal quede indemne, ello depende de la gestión de recaudo de la entidad de seguridad social”[[9]](#footnote-9).*

**2.3.2. Fundamento fáctico**

Entonces, resta por analizar si los ciclos de febrero a abril, julio y septiembre de 2007, que se encuentran dentro del lapso de la afiliación al sistema del obitado, corresponden a una mora patronal que permita su integración a la historia laboral, como fue alegado en la demanda (fl. 7 c. 1) y accedido por la *a quo*. En consecuencia resulta imperativo verificar si el fallecido laboró para el aludido empleador Wilmar Atehortúa Arango en dichos ciclos.

Es así que obra en el expediente una comunicación enviada el 27/03/2006 por Salud Total al fallecido en el que certificó que se encontraba inscrito como trabajador dependiente de “*Arte Floral Floristería y/o Wilmar Atehortúa Arango”,* en la que se registra como fecha de ingreso a laborar el 16/03/2006 (fl. 38 c. 1).

También una respuesta emitida por la misma entidad el 28/08/2012 en la que se informa que se realizaron los aportes al sistema de seguridad social en salud a favor del obitado y a cargo del aportante “*Wilmar Atehortua Arango”* así: 30 días para febrero, marzo y abril, luego una cotización por 1 día para el ciclo de julio de 2007 y 15 días para septiembre de ese año (fl. 39 c. 1), última cotización a salud que pagó el día 4 de septiembre de 2007, esto es, 12 días antes de que Yobany Antonio Trejos Sánchez falleciera (fl. 28 c. 1). Documento que si bien contiene el pago de aportes a salud para los meses de noviembre y diciembre del año 2007, es decir, dos meses después de fallecido Yobany Antonio Trejos Sánchez, tal documento no pierde fuerza probatoria, al ser analizada con la restante probanza.

En efecto, en tanto el demandado Wilmar Atehortúa Arango no contestó la demanda y no asistió a la audiencia de conciliación (fls. 350 c. 1), pese a haber sido notificado personalmente (fl. 325 c. 1), entonces se presumieron ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión, respecto de los hechos que le son propios (art. 192 del C.G.P.), entre ellos, que durante el año previo al fallecimiento de Yobany Antonio Trejos Sánchez laboró en el establecimiento Arte Floral Floristeria, como mensajero y ayudante de elaboración de ramos; que Wilmar Atehortúa Arango le impartía órdenes; que dicho empleador pagó *“ciertos periodos*” al Sistema de Seguridad Social Integral; que los ciclos faltantes de aportes en pensión sí fueron cotizados a salud, esto es, desde el 15/04/2006 hasta el 15/09/2007.

Refuerza lo anterior los testimonios de Claribel Beltrán Arroyave -que adujo ser prima de la demandante- y Sandra Milena Gómez Morales -vecina-, que coincidieron en afirmar que el obitado laboraba en la mencionada floristería y que su empleador era Wilmar Atehortua Arango, conocimiento que ostentaban porque acompañaban a María Zoraida Arroyave Loaiza a llevarle el almuerzo el fin de semana, sin que se advierta contradicción alguna entre las deponentes pues su conocimiento fue directo y coherente con el hecho principal escrutado. De cara el recurso de apelación, es preciso resaltar que los medios de prueba allegados al proceso de ninguna manera pueden restringirse en su fuerza probatoria a un solo hecho, pues si de los mismos puede acreditarse otras afirmaciones, mal haría esta Colegiatura en hacer caso omiso al contenido de las pruebas allegadas.

Puestas de ese modo las cosas, la documental y testimonial atrás referida analizada en conjunto con las consecuencias del demandado por no haber contestado la demanda y no haber asistido a la audiencia de conciliación y los indicios ante la mora intermitente en el pago de pensiones que se desprende al estar acreditado el pago de aportes de enero, febrero, marzo, mayo, junio y agosto de 2007 (fl. 152, 278 a 284 c. 1) que refieren a la historia laboral y a la planillas de pagos (fl. 134 c. 1), más el pago ininterrumpido a los aportes a salud de abril de 2006 a septiembre de 2007, permiten inferir que el fallecido prestó sus servicios a favor de Wilmar Atehortúa Arango, y por ende deberán contabilizarse dichos ciclos de la siguiente manera:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Año** | **ciclo** | **# días** |
| 2007 | Marzo | 30 |
| 2007 | Abril | 30 |
| 2007 | Julio | 1 |
| 2007 | Septiembre | 15 |
|  | Total | 76 días |

En cuanto al ciclo de febrero de 2007, el mismo sí aparece reportado y cotizado en las historias laborales atrás aludidas (fls. 43, 52 a 54 c. 1), por lo que ya fue contabilizado por la demandada Protección S.A., sin que pueda nuevamente adicionarse.

Por lo dicho, debe sumarse a la historia laboral del causante 76 días que equivalen a 10,85 semanas de cotización que agregadas a las 39,85 que ya acreditaba, arroja un total de 50,70 semanas; en este sentido se modificará el numeral 4º de la sentencia apelada, por lo que Yobany Antonio Trejos dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues dichos ciclos fueron cotizados entre el 16/09/2007 y la misma fecha del 2004 – 3 años previos al deceso -.

La anterior conclusión no encuentra quiebre alguno a pesar de que en el expediente obre una respuesta emitida por Wilmar Atehortúa Arango dentro de un trámite de tutela en la que dicho empleador desconoció vínculo laboral con anterioridad a agosto de 2006 y hasta febrero de 2007, así:

“*Yobany Antonio Trejos, si laboraba en mi establecimiento denominado Arte Floral, pero empezó a laborar el mes de agosto del año 2006 y no el año 2003 como dice la quejosa hasta el mes de febrero del año 2007, donde quedó desvinculado porque se salió y montó una floristería en compañía de otra persona denominada El Edén de la Flores, dicho establecimiento no les dio resultado, razón por la cual volvió a mi negocio reiteradas veces fue afiliado y desafiliado normalmente”* (fl. 247 c. 1).

Declaración que se encuentra en contravía con la restante documental, pues también reposa en el plenario las planillas de pago de aportes pensionales por parte del aludido Wilmar Atehortua Arango a favor del causante para los ciclos de agosto a diciembre de 2006, así como junio y agosto de 2007 (fls. 278 a 284 c. 1), de la que se infiere que Yobany Antonio Trejos sí laboró para el empleador durante más ciclos de lo que él mismo aceptó.

Por último, se aclara que dentro de la contabilización de semanas de cotización de ninguna manera se incluyeron los aportes a salud que aparecen reportados con posterioridad a su deceso (fl. 39 c. 1).

**2.4. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes**

El literal a) del artículo 74, modificado por la Ley 797/2003 determinó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia a la compañera permanente que contara con 30 años o más de edad, que hubiere convivido con el causante por lo menos 5 años previos al deceso.

Ahora bien, el 04/03/2008 la AFP ING – ahora Protección S.A. – informó a la demandante y a su descendiente que Yobany Antonio Trejos Sánchez no había cumplido el requisito de 50 semanas para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por lo que negaba tal petición, pero a su vez les reconoció el “*status de beneficiarios”* (fl. 36 c. 1) para efectos de obtener la devolución de saldos. Reconocimiento de condición de beneficiarios que ahora no podría la AFP discutir, pues previamente aceptó tal calidad y en ese sentido, María Zoraida Arroyave Loaiza en calidad de compañera permanente acreditó el requisito para obtener el reconocimiento de tal subvención.

Y si en gracia de discusión tal argumento no fuera suficiente, lo cierto es que de las pruebas allegadas también se desprende su beneficio, en tanto que fruto de la unión entre la demandante y el obitado nació Yeris Yulitza Trejos Arroyave el 22/03/2003 (fl. 51 c. 1), esto es, 4 años antes del fallecimiento de Yobany Antonio Trejos (fl. 28 c. 1).

Además, obran las declaraciones de las testigos ya mencionadas que dieron cuenta de la convivencia de la pareja por más de 5 años previos al deceso. Concretamente Claribel Beltrán Arroyave narró que conoce a la pareja porque es prima de la demandante, y en ese sentido observó que la dupla convivió por lo menos durante 9 o 10 años, interregno en el que vivieron en la casa de la progenitora de María Zoraida Arroyave, pese a que durante un tiempo se desplazaron a la vivienda de los ascendientes del causante; además, relató que la pareja llevaba en convivencia 4 años para la época en que nació Yeris Yulitza Trejos Arroyave. Conocimiento que ostentaba porque iba con frecuencia a dicha vivienda y si bien durante 10 meses en el año 2004 perdió contacto porque la testigo se fue a vivir a una finca, una vez retornó nuevamente siguió visitando a la pareja.

Por su parte Sandra Milena Gómez Morales adujo que conoció a la pareja hace más de 7 años, porque eran vecinos, pero que tenía conocimiento que por lo menos llevaban conviviendo 9 años, que fruto de dicha unión nació Yeris Yulitza Trejos Arroyave, tiempo durante el cual únicamente conoció a María Zoraida Arroyave Loaiza como pareja del causante.

Declaraciones que ofrecen credibilidad a la Sala pues ninguna contradicción se advirtió en lo narrado, que además de ser espontáneo fue directo y coherente con el hecho escrutado, esto es, la convivencia entre la pareja.

Entonces del anterior derrotero probatorio se desprende que María Zoraida Arroyave Loaiza acreditó el requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por Yobany Antonio Trejos, pues convivió con el causante durante más de 5 años previos al fallecimiento.

**2.5. Intereses moratorios**

Si bien el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 determinó que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la administradora pensional deberá pagar al beneficiario además de la obligación a su cargo, y sobre el importe de ella, los intereses moratorios a la tasa máxima vigente para el momento en que se realice el pago. Para el caso de ahora ningún rédito moratorio podía concederse, en tanto el reconocimiento de moras patronales resultaba imprescindible para la concesión del derecho pensional; reconocimiento que únicamente se podía obtener a través de decisión judicial.

**2.6. Prescripción**

Iterase que Protección S.A. mostró su inconformidad frente al fenómeno deletéreo cuando el sujeto activo de la contienda es un menor de edad, pues a su juicio dicho término debía contabilizarse según los dictados del art. 1081 del C.Co. que establece una prescripción de 5 años, que corre contra toda clase de personas, pues el asunto de ahora, según la aludida sociedad, es una materia de seguros.

No obstante lo anterior, en primer lugar debe advertirse que dicho argumento aparece novedoso para esta Colegiatura en la medida que Protección S.A. al excepcionar la prescripción como medio de defensa, únicamente citó los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y de la S.S. (fls. 128 y 129 c. 1), restringiendo así el ámbito de su argumento.

En segundo lugar, rememórese que el derecho pensional es imprescriptible, siendo susceptibles de tal fenómeno apenas las mesadas pensionales, que para este caso se regulan por los artículos de las leyes sociales ya descritos y que se aplican de preferencia para asuntos como este, en relación con la pretensión pensional (art. 1º del C.P.L. y de la S.S.).

Por último, es preciso memorar que los menores de edad cuentan con una regulación especial para extinguir sus derechos por el paso del tiempo. Concretamente los artículos 2530 y 2541 del Código Civil determinaron que la misma se suspende mientras permanece tal minoría de edad, es decir, para aquellas personas que sean incapaces, se encuentren bajo tutela o curaduría. Entonces, el término trienal para ellos se contabiliza desde que se adquiere la mayoría de edad, y solo a partir de allí despuntaría el término prescriptivo.

Ahora, la descendiente Yeris Yulitza Trejos Arroyave nació el 22/03/2003 (fl. 31 c. 1), y la demanda se presentó el 15/11/2013 (fl. 62 c. 1), es decir, cuando tenía 10 años de edad, por lo que resulta fácil colegir que no había prescrito ninguna mesada a su favor.

**2.7. Suma adicional a cargo de la aseguradora**

Para finalizar, en cuanto al argumento de Seguros Bolívar S.A. tendiente a exonerarse del pago de la suma adicional ante la ausencia de cobro de los aportes en mora por parte de Protección S.A., obra en el expediente la póliza número 6000-0000012-01 con una vigencia del 31/03/2007 al 31/03/2008 suscrita entre Santander S.A. – hoy Protección S.A. – y la aseguradora (fls. 156 y 157 c. 1), frente a la cual en sus condiciones generales no se inscribió como exclusión para hacer efectiva la póliza el evento ahora alegado por Seguros Bolívar S.A., incluso ni siquiera se registró como una obligación del tomador (fls. 160 a 162 c. 1); por lo tanto, cae al vacío el reproche elevado.

Ahora si lo anterior no fuera suficiente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha explicado frente a argumentos similares al propuesto por el ahora apelante que “*la responsabilidad de éstas últimas [aseguradoras] deviene automática si en juicio se acredita la obligación pensional en cabeza de la AFP”*[[10]](#footnote-10) y que tampoco se requiere que las AFP “*demuestren la necesidad de la suma adicional, en un monto específico, pues basta con acreditar la causación de la prestación y la existencia del contrato de seguro previsional respectivo, para que opere la responsabilidad de la aseguradora llamada en garantía”[[11]](#footnote-11).*

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se confirmará la decisión adoptada por la *a quo* de manera parcial; en cuanto a las costas ha de condenarse en esta instancia a la parte demandante y a Seguros Bolívar S.A. a favor de Protección S.A. al resolverse de manera desfavorable sus recursos y sin costas a cargo de Protección S.A. por salir avante la apelación de manera parcial; todo ello de conformidad con el artículo 365 del C.G.P.

**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 12 de diciembre de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **María Zoraida Arroyave Loaiza** en nombre propio, y en representación de **Yeris Yulitza Trejos Arroyave** contra **Protección S.A., Wilmar Atehortua Arango y Mariluz Sepúlveda Giraldo**, trámite al que se vinculó a **Seguros Bolívar S.A.,** salvo el numeral 2º que se revoca, para en su lugar negar el pago del cálculo actuarial por los ciclos de marzo, abril, mayo, junio y julio de 2006 y modificar el numeral 4º en el sentido de dar por acreditados 50,71 semanas cotizadas.

**SEGUNDO:** Condenar en costas en esta instancia a la demandante y Seguros Bolívar S.A. a favor de Protección S.A., conforme lo expuesto.

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

Salva voto

Radicación Nro: 66001-31-05-005-2013-00617-02

Demandante: María Zoraida Arroyave Loaiza

Demandado: Protección S.A.

*MAGISTRADO:* ***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

*Pereira, trece (13) de agosto de dos mil diecinueve [2019].*

***SALVAMENTO DE VOTO:***

Con el respeto que corresponde por la opinión mayoritaria, me aparto de ella para salvar mi voto en este asunto, en los siguientes términos:

**POSICIÓN ACTUAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LA MORA DEL EMPLEADOR EN EL PAGO DE LOS APORTES A PENSIÓN Y SUS CONSECUENCIAS EN EL RECONOCIMIENTO DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES.**

Desde sentencia de 22 de julio de 2008, radicación n° 34270, la cual fue reiterada entre otras en las sentencias CSJ SL del 25 de enero de 2011, No. 37846, CSJ SL4952 de 2016 radicación Nº 47967, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia varió su jurisprudencia frente a las consecuencias que genera la mora patronal en el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones, señalando que los afiliados y sus beneficiarios no pueden correr con los efectos negativos respecto a la inactividad del empleador en el pago oportuno de los aportes para cubrir los riesgos IVM, cuando también ha mediado omisión de las administradoras de fondos pensionales en su deber de cobro; por lo que, al no haber ejercido las acciones que le otorgó el legislador con ese fin, les corresponde a ellas asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que cubren esos riesgos, sin que puedan oponerse a validar las cotizaciones que se realicen luego de ocurrido el siniestro en los casos de invalidez o muerte *“…pues en estos eventos, la habilitación es una consecuencia de la sanción por la falta de diligencia de la Administradora, razón por la cual se suman para determinar el cumplimiento del requisito de la densidad de cotizaciones, siempre y cuando no se acredite que la Administradora fue diligente.”*.

**IMPUTACIÓN DE PAGOS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y PENSIONES.**

El artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, compilado en el artículo 3.2.1.13 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, establece la forma como deben imputarse los pagos en el sistema de seguridad social en salud y pensiones, determinando en el numeral 4º que con esos pagos se cubren las cotizaciones obligatorias al periodo declarado, indicando que en el caso de pensiones se entienden incluidos los aportes **para pensión de invalidez y sobrevivientes**, así como los gastos de administración y reaseguro con el fondo de garantías, pero estableciendo a continuación que *“Cuando el período declarado corresponda a obligaciones en mora para el riesgo de pensiones, podrá efectuarse el pago correspondiente a dichas obligaciones, siempre y cuando no hubiere tenido lugar el siniestro que daría lugar al pago de prestaciones de invalidez o sobrevivencia.”.*

No obstante lo anterior, los aportes para cubrir esos riesgos se rigen bajo la teoría de los seguros, como se desprende de la lectura del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003 cuando establece que el 3% de la cotización en ambos regímenes se destinará al pago de las correspondientes primas.

En efecto, dispone el artículo 20 de la ley 100 de 1993 lo siguiente:

**“ARTÍCULO 20. MONTO DE LAS COTIZACIONES.**  Modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

La tasa de cotización continuará en el 13.5%\* del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. **El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.**

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad **y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes**…..”

Lo resaltado en negrilla deja en evidencia que los riesgos de invalidez y sobrevivientes se cubren mes a mes con el pago de una póliza que si no se paga, no ampara el cubrimiento de la contingencia. Entonces, no se trata –como en la dinámica de la pensión de vejez– de la reunión de una suma que permita cubrir el riesgo –porque entre otras cosas las 50 semanas exigidas a título de requisito operan como un periodo de espera, pero no de acumulación de un capital que permita asumir el pago de la prestación–.

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS SANCIONES**

Establece el artículo 29 de la Constitución Nacional que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, señalando posteriormente que **nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.**

En desarrollo de dicho precepto, la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia C-475 de 18 de mayo de 2004 con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, enseñó que en aras de garantizar ese derecho constitucional, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que en materia de sanciones, se debe cumplir con los principios de tipicidad y legalidad, consistentes en que tanto la infracción como su sanción deben estar inequívocamente regulados.

En ese sentido, determinó el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, que *“El principio de legalidad de las sanciones exige: (i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no sólo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable.*”.

**IMPOSICIÓN DE SANCIONES AL EMPLEADOR QUE INCUMPLA CON EL DEBER DE PAGO DE LOS APORTES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES DE SU TRABAJADOR AFILIADO**

El artículo 12 del capítulo I “SANCIONES POR MORA EN EL PAGO DE LOS APORTES PATRONO – LABORALES” del Decreto 2665 de 1988, aplicable a este tipo de casos por remisión expresa del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, establece que *“En el período de mora en el pago de los aportes y haciendo salvedad de las prestaciones ya causadas, el Instituto queda relevado de la obligación de otorgar las prestaciones económico - asistenciales propias de los Seguros de Enfermedad General, Maternidad, Servicio Médico Familiar, Invalidez, Vejez y Muerte, Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, correspondiéndole al patrono su reconocimiento en la forma y cuantía en que el ISS las hubiere otorgado si no hubiere existido la mora”*.

**EL CASO CONCRETO**

El señor Yobany Antonio Trejos Sánchez según las pruebas allegadas, en los tres años anteriores a su deceso, alcanzó a cotizar 39,85 semanas.

No obstante, como se vinculó al empleador Wilmar Atehortúa Arango para concretar en su cabeza una mora en el pago de los aportes, la Sala mayoritaria encontró, por su falta de contestación de la demanda y la inasistencia a la audiencia de conciliación, que operó la presunción de certeza de los hechos susceptibles de confesión y con ello halló 10.85 semanas más que sumadas a las 39,85, arrojan un total de 50,70 semanas, suficientes para llenar el requisito de ley.

Lo que correspondía entonces definir, era a cargo de quien está el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

De acuerdo con la postura actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la prestación debe estar a cargo de la AFP, pues en sus propias palabras *en estos eventos, la habilitación es una consecuencia* ***de la sanción*** *por la falta de diligencia de la Administradora, razón por la cual se suman para determinar el cumplimiento del requisito de la densidad de cotizaciones, siempre y cuando no se acredite que la Administradora fue diligente.*

Sin embargo, reestudiando el tema, considero que en este tipo de casos no es posible darle paso a la aplicación de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, porque no es posible imponerle **a** **título de sanción** a la administradora pensional, el reconocimiento y pago de la pensión, bajo el argumento que ella no efectuó las acciones de cobro con las que el legislador las dotó para lograr el importe de los aportes en mora, pues al revisar el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 2633 de 29 de noviembre de 1994, no existe en todo su articulado norma alguna que disponga esa sanción en cabeza de la administradora pensional que no realizó las acciones de cobro y bien es sabido que no existen penas o sanciones sin ley previa que las establezca.

Por el contrario, como se expuso precedentemente, el artículo 12 del Decreto 2665 de 1988 aplicable por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, si contiene una sanción expresa frente a la infracción que cometen los empleadores cuando no cancelan oportunamente los aportes a los riesgos IVM de sus trabajadores afiliados, consistente en que son ellos quienes deben responder por el reconocimiento y pago de la prestación económica causada (pensión de sobrevivientes entre otras) en la forma en la que tendría que hacerlo el sistema.

Precisamente, con base en ese entendimiento, años atrás, la Sala de Casación Laboral tenía sentada su postura frente al tema, en el sentido de señalar que el empleador incumplido es quien debe cargar con el pago de la pensión de sobrevivientes, tal y como lo recordó en la sentencia de 1º de noviembre de 2001 con radicación Nº 16006, en la que con ponencia del Dr. Carlos Isaac Nader, explicó:

*“En ese razonamiento está implícita una exégesis equivocada de las disposiciones que componen la proposición jurídica, que regulan el tema de los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes por riesgo común, la obligación en el pago oportuno de las cotizaciones y las consecuencias del incumplimiento de esa carga, ya que el ad quem entiende esas disposiciones como si la anotada prestación se causara con cargo a la entidad administradora de pensiones siempre que el empleador haya cumplido con su deber de afiliación oportuna del trabajador y hayan transcurrido más de 26 semanas desde el inicio del vínculo laboral.*

*Tal alcance, sin embargo, se aparta abiertamente del texto literal de los reseñados preceptos, por cuanto ellos se refieren a semanas efectivamente cotizadas, o al pago efectivo de las cotizaciones, y no a la simple afiliación o al tiempo transcurrido desde esa diligencia o desde el comienzo de la relación de trabajo.*

*De manera que el Tribunal incurrió en el yerro jurídico que se le imputa, pues la jurisprudencia de esta Sala ha definido que cuando un trabajador fallecido no alcanza a cotizar el número de semanas exigidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para que la entidad de seguridad social respectiva pueda reconocerle a sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes y tal situación sea imputable a la mora del empleador en el pago de las cotizaciones, es a éste último a quien corresponde el reconocimiento y pago de tal prestación.”*

Y más adelante en la sentencia de instancia, rememoró lo dicho en sentencia de 29 de junio de 2011 radicación Nº 15660, puntualizando:

*"Una de las principales características de un sistema de seguridad social es la de corresponder a un régimen contributivo que supone la obligación de cancelar unos determinados aportes por parte de los vinculados al mismo.*

*"Como ese postulado resulta esencial para el equilibrio financiero del sistema y su consiguiente viabilidad depende del recibo oportuno de las cuotas correspondientes, existe mucho celo en la exigencia de esa obligación y así se muestra claramente en la Ley 100 de 1993 y en sus decretos reglamentarios, disposiciones en las cuales no solo se enfatiza en la obligación de pagar oportunamente los aportes sino que se establece un régimen sancionatorio para los casos de incumplimiento. Los artículos 17 y 22 de la citada ley, señalan el derrotero inicial de ese deber y ubican en cabeza del empleador la mayor responsabilidad frente a su cumplimiento en los casos de relaciones laborales subordinadas”*

*“Frente a ello, como no puede concebirse la pérdida del derecho pensional reclamado por la incuria de la empleadora responsable del pago de las cotizaciones, resulta necesario ubicar la situación en la previsión legal correspondiente y sobre el particular el artículo 8º del Decreto 1642 de 1995, en forma concatenada con lo preceptuado en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 2665 de 1988, impone al empleador privado incumplido la obligación de responder por la pensión de sobrevivientes que se llegare a causar en el tiempo de desprotección de su trabajador.*

Llama la atención el hecho de que por el camino de sostener una supuesta protección de los afiliados frente a quienes deben realizar los cobros de sus aportes, se olvide que el artículo 53 de la Constitución prevé como uno de los principios de las relaciones laborales la “Garantía de la Seguridad Social”, la cual consiste precisamente en que los empleadores tienen la imposición de la vinculación de sus trabajadores al sistema y la obligación de pago de los aportes que ello conlleva, haciéndose responsables de las prestaciones que aquellos dejen de percibir por su incumplimiento.

Es que debe recordarse que el sistema de Seguridad Social está establecido para todos los habitantes del territorio nacional, pero solo otorga prestaciones en la medida que se realicen los aportes, mismos que, existiendo vínculo laboral, están a cargo del empleador.

Acceder a esta clase de pretensiones, condenando a las AFP y no al empleador incumplido, es cohonestar con el incumplimiento de las obligaciones laborales, patrocinar la evasión en el pago de los aportes al sistema, pero sobre todo, atentar contra la lógica del sostenimiento financiero del mismo que permita su adecuado funcionamiento.

Para la muestra un botón: En este caso, el empleador ni siquiera se preocupó por defender sus intereses. Y es que, en verdad, no le asiste interés para el efecto, ¿para qué defenderse si la condenada al reconocimiento y pago de una pensión es la Administradora?

En conclusión, considero que se debió revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar absolver a la entidad demandada de las pretensiones de la demanda.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. Sent. de 05/06/2019, SL2071-2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sent. de 05/06/2019, SL2071-2019. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencias Sl 6912 del 10-05-2017 y Sl. 15980 del 02-11-2016, con ponencia de la magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, dentro de los procesos rad. 48378 y 69294. En la última de las citadas, se reiteró la posición adoptada en las Sentencias SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL 6469-2016, CSJ SL 16814-2015, CSJ SL 8082-2015, CSJ SL 4818-2015, CSJ SL 15718-2015 y CSJ SL 5429-2014, CSJ SL907-2013 y CSJ SL, 6 feb. 2013, rad. 45173. [↑](#footnote-ref-3)
4. SL 6912 de 2017, M.P. Clara Cecilia Dueñas. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sent. de 08/05/2019, SL1691-2019; sl34270-2008; SL763-2014; SL14092-2016; SL5166-2017; SL115-2018, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. M.P. Ana Lucía Caicedo Calderón. Rad. 2013-00764 del 20/03/15 Dte: María Eugenia Cuartas Álvarez vs Colpensiones

   M.P. Julio César Salazar Muñoz. Rad. 2012-00353 del 14/10/15, Dte: Teresita de Jesús Serna vs Colpensiones.

   M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares. Rad. 2014-00088 del 03/09/15 Dte: Aisled Ocampo Aristizabal vs Colpensiones. [↑](#footnote-ref-6)
7. M.P. Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón. Rad. 66001-31-05-004-2013-00764-01 de 20 de marzo de 2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sent. Cas. Lab. de 27 de febrero de 2019, Exp. No. SL603-2019. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-9)
10. Sent. Cas. Lab. de 27 de febrero de 2019, Exp. No.SL603-2019. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-11)