Providencia: Apelación de sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-003-2015-00570-01

Demandante: Harlent Faver Parra

Demandado: Protección S.A., Servitranspor S.A.S., Vladimir Castro Gómez, Sociedad Logística y Transportes el Triunfo S.A. y STC Servicio de Transporte de Carga S.A.S.

Magistrada ponente: Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda.

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón.

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la providencia mayoritaria por las siguientes razones:

 En la sentencia de la cual me aparto se parte de la tesis de que *“se declararon 2 contratos de trabajo diferentes con interrupción de 3 meses, que es indicativo de que el demandante dejó de laborar para Sociedad Logística y Transportes el Triunfo S.A*.”; pero **se reconoce que “no ocurrió un retiro formal en la AFP**”, sino que se presentó *“****un retiro material*** *bajo el principio de la realidad sobre las formas”*. Ciertamente no está en discusión que en el proceso se declaró la existencia de dos contratos de trabajo con la mentada sociedad, así: el primerodesde abril de 2012 y el 13 de diciembre de 2012, y el segundo únicamente durante el mes de abril del año 2013. También está probado que la Sociedad Logística y Transportes el Triunfo S.A **afilió** al demandante en la AFP PROVENIR el 1° de abril de 2012 y que realizó los aportes desde esa fecha hasta el 13 de diciembre de 2012. Sin embargo, **no está probado en el expediente que hubiera** **desafiliado al empleado al terminar el primer contrato de trabajo, sino que se mantuvo vigente la afiliación en PROTECCIÓN hasta que llegó el segundo contrato de trabajo en el mes de abril de 2013.**

 No puede perderse de vista que, **mientras esté vigente o activa una afiliación**, es una obligación de las AFP frente a la mora en el pago de cotizaciones requerir al empleador para que justifique la mora, cancele lo debido, o para que informe si el contrato de trabajo terminó y que, por un olvido involuntario, omitió informar ello a la AFP. De manera que como la Sociedad Logística y Transportes el Triunfo S.A. no informó que el contrato de trabajo con el demandante terminó el 13 de diciembre de 2012, su afiliación a pensiones permaneció activa hasta el mes de abril de 2013 cuando volvió a trabajar con la misma sociedad.

Por la razón anterior, disiento de la ratio decidendi de la Sala mayoritaria, por cuanto de su discurso se infiere que basta que haya cesación en las cotizaciones para presumir que el contrato se terminó y para que el empleador haga una nueva afiliación cuando inicie otro contrato, con el agravante de que en este caso **la Sociedad Logística y Transportes el Triunfo S.A no informó a la AFP la terminación del primer contrato ni tampoco la iniciación de otro nuevo contrato, o por lo menos ello no está probado en el expediente**. La Sala mayoritaria hizo esa inferencia y le hizo el esguince a la ley para negar la pensión de invalidez al actor, al concluir que hubo **falta de afiliación cuando lo que hubo fue mora.**

 En efecto, y volviéndonos reiterativos, si bien es cierto que en una historia laboral de la AFP no se reporte ni ingresos ni retiros, como sucede en este caso, ello no es argumento suficiente para inferir que el empleador desafilió a su trabajador desde enero de 2013 como se insinúa en el proyecto, porque dicha prueba NO OBRA EN EL EXPEDIENTE.

No puede perderse de vista que, para el caso de trabajadores dependientes, la responsabilidad de reportar la novedad del retiro está en cabeza del empleador; en el evento de no hacerlo se incurre en un reporte no oportuno. En este orden de ideas, una vez finalizada la relación laboral es obligación del empleador informar las novedades relacionadas con la desvinculación o retiro de los trabajadores a su servicio mediante la Planilla Integral de Liquidación de Aportes PILA, momento a partir del cual, cesa la responsabilidad de efectuar el pago de los respectivos aportes. Dicho de otra manera, el empleador es el responsable de afiliar al trabajador al sistema de seguridad social, y al terminar la relación laboral, es su obligación notificarlo al sistema para la desafiliación.

Como el empleador es el responsable de notificar al sistema de seguridad social la novedad que indica el retiro del trabajador, sino lo hace debe asumir las consecuencias señaladas en el artículo 2.2.1.1.3.5 del decreto 780 de 2016, que dice en su primer inciso:

*«El empleador que no reporte dentro del mes siguiente a aquel en el cual se produce la novedad de retiro, responderá por el pago integral de la cotización hasta la fecha en que efectúe el reporte a la EPS.»*

La sanción, o mejor, la consecuencia por no hacer el reporte oportuno, es la obligación de pagar las cotizaciones al sistema general de seguridad social tanto en salud como pensiones y riesgos laborales, hasta tanto no notifique la novedad de retiro.

Es decir que, si al empleador se le olvida reportar el retiro del trabajador, y se acuerda luego de 2 o 3 meses, tendrá que pagar las cotizaciones junto con intereses moratorios hasta la fecha en que notifique el retiro.

El pago de las cotizaciones se sigue causando hasta que el empleador o el trabajador independiente notifique el retiro.

La obligación del empleador de reportar la novedad de retiro surge de las siguientes normas:

**Decreto 692 de 1994:**

**ARTICULO 13. PERMANENCIA DE LA AFILIACION**. La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.

**ARTICULO 19. OBLIGACIONES DE LAS COTIZACIONES.** Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores. En el caso del régimen solidario de prima media con prestación definida, la obligación de cotizar cesa cuando el afiliado cumpla los requisitos para obtener su pensión de vejez o cuando el afiliado se pensione por invalidez. No obstante haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez, el afiliado podrá continuar cotizando, a su cargo, hasta por cinco años adicionales para aumentar el monto de su pensión. En el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, la obligación de cotizar cesa cuando se cause la pensión de invalidez o de sobrevivientes o cuando el afiliado opte por pensionarse anticipadamente. No obstante haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez, el afiliado podrá continuar cotizando, en cuyo caso el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dura la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.

1. **DECRETO 1406 DE 1999:**

**ARTÍCULO 39**. ***Deberes especiales del empleador***. 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.

Con base en todo lo anterior, debió confirmarse la sentencia de primera instancia. Ahora, si había dudas al respecto, era obligación de la Sala decretar una prueba de oficio para establecer esta situación porque ello era fundamental para la resolución de este caso. A pesar de que la suscrita lo sugirió, el resto de la Sala hizo caso omiso.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.



**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada