



**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL**

Abril veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 05001-31-05-**013-2018-00310-01**
Demandantes: MARTHA NELLY ZAPATA FRANCO – SAÚL BUITRAGO NARANJO
Demandados: PROTECCIÓN S.A. – C. I SUSTRATOS S.A.S
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

La Sala Sexta de decisión, presidida por el magistrado ponente **DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN**, e integrada por las magistradas **MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA** y **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ**, procede a emitir sentencia dentro del proceso de referencia.

Decisión que se emite en forma escrita atendiendo a las disposiciones del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020

Acreditados los presupuestos procesales y sin que se evidencien causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a emitir la presente decisión.

ANTECEDENTES

Con el libelo genitor, los demandante solicitaron la declaratoria de la existencia de una relación laboral entre su hijo fallecido, Humberto Buitrago Naranjo y la sociedad C. I. SUSTRATOS S.A.S. entre el 9 al 28 de febrero de 2015; que dicha relación terminó de manera injusta e ilegal y que al no habersele cancelado a su hijo salarios, auxilio de transporte, prestaciones sociales, y aportes al sistema general de seguridad social, piden que se condene a ésta a cancelar dichos

rubros, además de las indemnizaciones previstas en los artículo 64 y 65 de CST. Frente al pago de los aportes en pensiones, solicitan que los mismos se realicen ante la AFP Protección, a la que como demandada, requieren se le declare responsable de realizar el cobro de los aportes dejados de cancelar por C. I. SISTRATOS S.A.S, para con ello, se le imponga condena la AFP a reconocerles y pagarles una pensión de sobrevivientes, intereses de mora y/o indexación y las costas del proceso.

En la audiencia celebrada el 22 de enero de 2019 (fls. 146 a 147), la Juez de primera instancia dispuso aprobar el acuerdo conciliatorio llevado a cabo por los demandantes y la sociedad C. I. SISTRATOS S.A.S, en el que esta ultima se obligaba a cancelar con destino a la AFP Protección S.A. cálculo actuarial por los aportes en pensiones en relación al Humberto Buitrago Naranjo desde el 9 al 28 de febrero de 2015, tomando como IBC el SMLMV.

Verificado el cumplimiento del acuerdo conciliatorio, la A quo dispuso reconocer una pensión de sobrevivientes en favor de los demandantes a cargo de Protección S.A., por cuanto los actores dependían económicamente de su hijo fallecido y este dejó causado el derecho a dicha prestación, ordenándose el pago de retroactivo pensional en favor de cada demandante por la suma de 14'081.219, indexada al momento de su pago.

Determinación ésta que fue materia de apelación por PROTECCIÓN S.A., quien solicita sea revocada la decisión de primera instancia, por cuanto los aportes realizados por la sociedad C. I. SISTRATOS S.A.S, vía cálculo actuarial, no debieron tenerse en cuenta al momento de realizar el compute de las semanas cotizadas en los tres años anteriores al deceso del afiliado fallecido, pues el cálculo actuarial, solo es procedente ante la falta de afiliación o mora de empleadores a efectos de reconocer, únicamente, pensiones de vejez, siendo inviable el mismo antes prestaciones de invalidez y sobrevivencia.

ALEGATOS

Dentro del término de traslado que trata el decreto 806 de 2020, la apoderada de la demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia, en la medida que el causante dejó causada la pensión de sobrevivientes y sus padres dependían económicamente de él.

Por su parte, la entidad demandada dentro del mismo término, solicitó revocar la decisión de la sentencia recurrida, ya que el afiliado fallecido Humberto Buitrago Naranjo en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de su muerte solo cotizó 46.76 semanas, con las que éste no acredita los requisitos para causar la prestación deprecada. Ahora, menciona que, si bien se efectuó pago del cálculo actuarial por el periodo del 9 de febrero al 28 de febrero de 2015, el cómputo de estas semanas solo podría tenerse en cuenta ante una eventual prestación económica de pensión de vejez, más no para la pensión de sobrevivientes ni de invalidez, ya que en el presente caso lo que se evidencia no es la existencia de mora en el pago de aportes al Sistema General de Pensiones por parte de la empresa C.I. Sustratos S.A.S, sino una omisión por parte de ésta en la afiliación del señor Humberto Buitrago Naranjo al Sistema General de Pensiones.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Previo a resolver la impugnación, importa poner de presente que, a partir de las pruebas aportadas al proceso en esta instancia se encuentran por fuera de discusión los siguientes elementos fácticos: *i)* Que el 1 de septiembre de 2016 falleció Humberto Buitrago Naranjo (fls 9). *ii)* Que entre el 1 de septiembre de 2016 y el mismo día y mes del año 2013, el fallecido cotizó 332 días; esto es 47.42 semanas (fls. 138 a 140) y *iii)* Que el 7 de febrero de 2019, la sociedad C. I. SUSTRATOS S.A.S efectuó pago al cálculo actuarial realizado por Protección S.A.,

en favor del afiliado fallecido, Humberto Buitrago Naranjo, por los periodos comprendidos entre el 8 al 28 de febrero de 2015, es decir, 2.85 semanas.

En este orden de ideas y en virtud del principio de congruencia, le corresponde a esta Corporación determinar: *i)* si para el caso concreto, a efectos de acreditar los requisitos para causarse una pensión de sobrevivientes, hay lugar a tener como válidos los periodos cancelados por la sociedad C. I. SUSTRATOS S.A.S vía calculo actuarial en favor del afiliado fallecido, Humberto Buitrago Naranjo.

Pues bien, el numeral 4 del artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, con relación a la convalidación de aportes vía cálculo actuarial para empleados omisos en la afiliación se establece:

“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”.

En el mismo sentido, el criterio de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, se evidencia, entre otras, en la sentencia SL 266-2020 que estableció:

“Ciertamente es, como lo concluyó el Tribunal, que, en la evolución de la jurisprudencia de esta Corporación, se ha sostenido que «...ante la hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.» (CSJ SLSL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015); no obstante, también se ha precisado que tal orientación resulta procedente únicamente tratándose de pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de la Ley 100 de 1993 y, bajo la idea de que se trata de derechos en formación.

(...)

*Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un **mínimo de capital**, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un **aseguramiento del riesgo**, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes (negrilla del texto) (CSJ SL 4103-2017).*

De conformidad con lo expuesto, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional por parte de la administradora, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resultaba admisible si dicho procedimiento hubiese sido cumplido en su integridad, antes de que se produjera la muerte que dio origen a la prestación, lo que no ocurrió en el sub lite”.

De forma paralela, la Corte Constitucional, efectuando un análisis del asunto de cara a valores fundantes del Estado Constitucional, en la sentencia SU226-19 consideró:

5.8. Ahora bien, el incumplimiento de las obligaciones pensionales deviene en responsabilidad de quien incurre en ello. La jurisprudencia de esta Corporación se ha ocupado en varias ocasiones de casos en los que el empleador cumple el deber de afiliación, pero se constituye en mora frente a las cotizaciones. Ese no es el objeto de estudio en esta ocasión. Como se puso de presente desde la formulación del problema jurídico, la cuestión dogmática que ocupa la atención de la Sala es, principalmente, las consecuencias derivadas de la omisión de la primera de las obligaciones en materia pensional, a saber: la afiliación.

5.9. En general, tratándose de las garantías de la de seguridad social, debe partirse del reconocimiento de una regla constitucionalmente clara, desarrollada de modo pacífico por este Tribunal: el incumplimiento de las obligaciones del empleador o de las

entidades administradoras en materia de pensiones no es imputable ni oponible al trabajador, por lo cual las consecuencias negativas de estas omisiones no podrán serle adversas y nunca serán razón suficiente para enervar el acceso a una prestación pensional, pues estas dos partes (el empleador y las entidades administradoras) están llamadas a hacer uso de los instrumentos legales y administrativos dirigidos a cumplir o a exigirse mutuamente el acatamiento de sus deberes. Una actuación contraria a este presupuesto jurisprudencial sería abiertamente trasgresora del derecho a la seguridad social del titular de la pensión a que haya lugar.

5.10. Específicamente sobre el incumplimiento de la afiliación, la Corte ha indicado que su configuración puede darse en dos eventos: (i) cuando no se adelanta el trámite de afiliación inicial ante el Sistema de Pensiones; o (ii) cuando el empleador no reporta la novedad de ingreso de los trabajadores que ya han estado previamente afiliados. En estas hipótesis, se afecta la seguridad social del empleado si, pese a haber prestado un servicio en el marco de una relación laboral, el lapso durante el cual ello ocurrió no es tenido en cuenta a la hora del reconocimiento de la pensión respectiva.

5.11. La diferenciación de los eventos en los que se da el incumplimiento bajo mención adquiere relevancia si se tiene en cuenta que, en nuestro ordenamiento, la afiliación en pensiones tiene un carácter permanente, ya que se da por una única vez y no se extingue. Al respecto, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, dispone que: “[l]a 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 periodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones” (subraya fuera del texto original).

5.12. De este modo, el concepto de “trabajadores no afiliados” integra también a los “afiliados inactivos” y éstos, a su vez, pueden corresponder a personas que no han vuelto a tener un vínculo de trabajo (dependiente o independiente) o a aquellas cuya novedad laboral no ha sido reportada ante el Sistema.

5.13. En estos términos, el desconocimiento de la afiliación por parte del empleador desestructura indebidamente la relación triangular en materia de pensiones, porque imposibilita jurídica y materialmente la vinculación de la entidad administradora correspondiente, y con ello el ejercicio de sus facultades relacionadas con la exigibilidad

de los demás deberes pensionales del contratante. Por ello, la responsabilidad de la omisión de la afiliación recae exclusivamente en el empleador incumplido.

5.14. En consonancia con lo dicho, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 modificó, entre otros aspectos, el párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en el que se introdujeron reglas para el cómputo de las semanas de cotización, al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos pensionales. En el literal “d” de este párrafo se estableció que deberá tenerse en cuenta “el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador”. Como consecuencia, el último inciso de este párrafo señaló que “el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora” (subraya fuera del texto original).

5.15. Así pues, ante la omisión de afiliación, la entidad administradora de pensiones no asume obligaciones. Sólo hasta tanto se verifica el incumplimiento patronal estos entes se encuentran llamados legalmente a (i) fijar el monto actuarial adeudado, (ii) recibir su cancelación por parte del incumplido o activar los medios de cobro con los que disponga, y (iii) superados los demás requisitos legales, asumir el reconocimiento y pago oportuno de la pensión, para lo cual se deberá considerar el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó el pasivo del empleador.

Concluyéndose en dicha sentencia que:

“7.1.2. Una vez establecido que ha habido una omisión del deber de afiliación ante el Sistema General de Seguridad Social, y el empleador respectivo acude ante la entidad pensional para cumplir su obligación de manera tardía, dicha entidad está obligada a: (i) fijar el monto adeudado, con base en un cálculo actuarial; (ii) recibir su cancelación por parte del incumplido o activar los medios de cobro con los que disponga; y (iii) superados los demás requisitos legales, asumir el reconocimiento y pago oportuno de la pensión, siempre incluyendo, dentro del cómputo de las semanas de cotización legalmente exigidas, el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó el pasivo del empleador.”

En tal línea argumentativa, y descendiendo al caso concreto, la Sala de manera respetuosa se aparta del criterio de la Corte Suprema de Justicia y acoge la línea de la alta corporación Constitucional, por cuanto el parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en lo pertinente, señala que: “*para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: // (...) d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador*” (subraya fuera del texto original). Aun cuando estas disposiciones y la jurisprudencia de la Corte Suprema aluden a la constatación de las cotizaciones y los tiempos de servicio en el marco de la pensión de vejez, no puede perderse de vista que, si bien se trata de aseguramientos distintos por la diferencia en los tipos de riesgo amparados, tal requisito es un elemento identitario, en general, de los sistemas pensionales contributivos como el nuestro.

Por tanto, es necesario considerar que el cumplimiento de los aportes, incluso posteriores a la materialización del riesgo, se efectúa para cubrir globalmente todas las contingencias pensionales (vejez, invalidez y muerte), siendo una condición indispensable para acceder a cada una de estas prestaciones, en la densidad exigida por el Legislador en cada caso, pues asumir que ello sólo ocurre frente a la pensión de vejez, sería propio de un tratamiento diferencial que hoy, por las razones expuestas, resultaría constitucionalmente errado.

Por lo anterior, resulta acertada la decisión adoptada en primera instancia de tener en cuenta, posterior al fallecimiento de Humberto Buitrago Naranjo, los periodos cancelados por la sociedad C. I. SUSTRATOS S.A.S vía calculo actuarial, a efectos de verificar las semanas necesarias para causar el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de los demandantes, lo cual conlleva a confirmar la sentencia apelada.

En los términos expuestos queda resuelto el único aspecto objeto de apelación.

Costas en primera instancia como lo dispuso la A quo. En ésta a cargo de PROTECCIÓN S.A. y en favor de la demandante, de las que se tasan las agencias en derecho en la suma de 2 SMLMV.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de primer grado.

Costas en primera instancia como dispuso la A quo. En ésta a cargo de PROTECCIÓN S.A. en favor de la activa, de las que se tasan las agencias en derecho en la suma de 2 SMLMV

Lo resuelto se notifica a las partes por estados. Se ordena la devolución del expediente al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

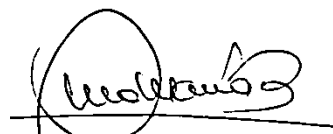


DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA

Con aclaración de voto



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

Con aclaración de voto

CERTIFICO: Que la anterior providencia fue notificada en Estados N° 73 publicados por medios digitales el 30 de ABRIL de 2021



SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, 15 de abril marzo de 2021

Las Suscritas Magistradas, integrantes de la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, con el acostumbrado respeto, nos permitimos ACLARAR el voto parcialmente a la sentencia proferida en el proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por MARTHA NELLY ZAPATA FRANCO – SAÚL BUITRAGO NARANJO contra PROTECCIÓN S.A. – C. I SISTRATOS S.A.S., radicado 05001-31-05-013-2018-00310-01 con ponencia del Magistrado Diego Fernando Salas Rondón, en los siguientes términos:

Se discute en el subjudice, la pertinencia y legalidad de la satisfacción de cálculo actuarial por los periodos de afiliación a la seguridad omitidos por el empleador sociedad C. I. SISTRATOS S.A.S. en favor del señor Humberto Buitrago Naranjo del periodo comprendido entre el 9 al 28 de febrero de 2015 realizados con posterioridad a su muerte, con el fin de contabilizarlos válidamente dentro de la densidad de semanas exigidas para dejar causada la prestación en favor de sus sobrevivientes.

Debe señalarse al respecto, que existe una consolidada y uniforme jurisprudencia de la SCL de la H. CSJ. en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, en la que ha sentado que la subrogación del riesgo pensional por parte de las AFP por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si tal procedimiento se realiza en su integridad antes de que ocurra la muerte. Se concluye así que, si el empleador omiso en la afiliación no realiza la convalidación de tiempos servidos antes de la contingencia, debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, en aplicación de disposiciones como el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995 y sentencias de esta Sala como la CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211.

Sin embargo, no sucede lo mismo en la interpretación que al respecto hace la Corte Constitucional, en algunos casos referidos a pensión de invalidez y de

sobrevivientes. En efecto, en la **Sentencia T-429/18** se analiza un caso en el que por vía ordinaria en primera instancia, a la accionante en la reclamación administrativa se le niega el reconocimiento de la pensión de sobreviviente como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge por no contar con la cotización de semanas requeridas, pero, en segunda instancia y por vía de tutela pese a referir a las reglas sentadas por la primera de esas corporaciones, termina aceptando la validez del pago de cálculo actuarial en la totalidad de riesgos, en pro de garantizar derechos fundamentales de los reclamantes de estas prestaciones económicas.

En esa oportunidad la Corte Constitucional se pronunció basado en que:

(..) Donaldo Victoria, esposo de la tutelante, falleció el 01 de octubre de 1996, estando vigente la Ley 100 de 1993, en la cual se exigían como requisitos para la pensión de sobrevivientes que, si el afiliado se encontraba activo, hubiese cotizado al sistema por lo menos 26 semanas al momento de la muerte o que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiera efectuado aportes durante, por lo menos, 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la muerte. Requisitos que, en principio, no cumplía el cotizante en tanto que no estaba activo y no tenía semanas cotizadas en el año anterior a su fallecimiento. La historia laboral del señor Donaldo Victoria, actualizada a agosto 28 de 2018, muestra un total de 259 semanas cotizadas, las cuales corresponden al periodo comprendido entre el 01 de enero de 1967 y el 24 de diciembre de 1971, con lo que, en principio, el causante pareciera tampoco cumplir con lo requerido en el Acuerdo 049 de 1990.

(...)

*No obstante, el Ingenio San Carlos S.A.¹ presenta otra constancia laboral en la que se afirma que el cotizante fallecido **laboró para esa empresa desde el 10 de agosto de 1964 hasta el 24 de diciembre de 1971** por lo que las semanas reportadas, en una primera oportunidad, no se corresponden con la totalidad del tiempo laborado. Al respecto, esta Sala reitera que a partir de la Ley 90 de 1946, el empleador estaba en la obligación de aprovisionar los montos correspondientes para cubrir la pensión de sus trabajadores y, por lo tanto, es evidente que el incumplimiento de este deber por parte del Ingenio San Carlos S.A., resultó en la falta de semanas cotizadas en su historia laboral, lo que ha impedido que su esposa acceda a la referida pensión. en el proceso laboral ordinario ambas entidades fueron condenadas el 09 de junio de 2015 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali; el Ingenio San Carlos a efectuar los aportes al ISS correspondientes a Donaldo Victoria (Q.E.P.D.) por la totalidad del tiempo laborado para esa empresa; y el ISS, actualmente COLPENSIONES, a*

¹ Cuaderno 1 Folios 37 al 39.

reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, con base en el Acuerdo 049 de 1990.

(...)

La Corte Constitucional ha precisado que la interpretación más favorable para la protección del derecho a la seguridad social en pensiones del accionante, consiste en que el trabajador tiene derecho a que se tome en cuenta tiempo trabajado antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y que su empleador tiene la obligación de aprovisionar los cálculos actuariales en la suma correspondiente a su tiempo de servicios, tal como lo ordenaba la Ley 6ª de 1945 (sector público), la Ley 90 de 1946² (sector privado) y el Código Sustantivo del Trabajo³, mas no la Ley 100 de 1993, la cual estableció el mecanismo o medio para cumplir con el deber de aprovisionar.

(...) el afiliado había laborado para el Ingenio San Carlos S.A., desde el 10 de agosto de 1964 hasta el 24 de diciembre de 1971, por lo que las semanas de cotización que corresponderían al tiempo laborado superarían las 300 semanas requeridas en el marco de la aplicación de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de dicha pensión.

² Ley 90 de 1946 (texto original). ARTÍCULO 2º. Serán asegurados por el régimen del seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico.

Sin embargo, los asegurados que tengan sesenta (60) años o más al inscribirse por primera vez en el seguro, no quedarán protegidos contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni habrá lugar a las respectivas cotizaciones.

ARTICULO 72. Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.

(Corte Suprema de Justicia, Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia No. 70 del 9 de septiembre de 1982, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Medina Moyano).

ARTICULO 76. El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley. (Corte Suprema de Justicia, Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia No. 70 del 9 de septiembre de 1982).

³ Código Sustantivo del Trabajo. ARTICULO 259.

1. Los [empleadores] o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los [empleadores] cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.

(...) el juez natural encontró en ese proceso que la tutelante tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su esposo; y que la demora en el reconocimiento y pago de dicha pensión obedeció a la omisión de estas entidades y no a la negligencia de la accionante. Si bien sobre dicha decisión se interpuso recurso de casación, el cual se encuentra pendiente de ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia; lo expuesto por el ad quem en el proceso ordinario, evidencia la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas de la demandante, llevándola a depender de “sus cercanos y lo que en su voluntad le puedan proveer”, por la conducta omisiva de las entidades condenadas en el proceso ordinario.

(...)

Por lo expuesto, esta Sala revocará el fallo proferido el 26 de abril de 2018 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la sentencia del 27 de febrero de 2018 de la Sala de Decisión de Tutelas No. 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; para, en su lugar, amparar de manera transitoria los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas de María Esneda Herrera de Victoria. Ello, por cuanto, en la actualidad se presenta un perjuicio irremediable en cabeza de la demandante y sus condiciones no le permiten esperar a las resultas del litigio ordinario aun vigente, en pro del amparo de sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la igualdad y a la vida en condiciones dignas.

- (i) A COLPENSIONES que, en un término no superior a cinco (5) días contados desde la notificación de esta providencia, reconozca, liquide y pague la pensión de sobrevivientes a favor de María Esneda Herrera de Victoria y la incluya en nómina por las razones expuestas; y*
- (ii) A la empresa CARLOS SARMIENTO L & CIA INGENIO SAN CARLOS S.A., que, en un término no superior a treinta (30) días contados desde la notificación de esta providencia, realice el cálculo actuarial correspondiente a los aportes para efectos pensionales de María Esneda Herrera de Victoria, en calidad de cónyuge del causante fallecido, en consideración al periodo laborado por Donaldo Victoria (Q.P.D) para esa empresa entre el 10 de agosto de 1964 hasta el 24 de diciembre de 1971, teniendo como IBL el monto del salario que devengaba al momento de la ejecución de la relación laboral y traslade los respectivos aportes a COLPENSIONES; con la advertencia de que si vencido este periodo no se ha cumplido con esta orden, COLPENSIONES deberá iniciar el trámite de desacato de este fallo de tutela, sin perjuicio de la acción de cobro coactivo establecida en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.*

Y si bien podría acotarse que se trata de un asunto aislado referido al deber de aprovisionamiento que gravita en determinados empleadores, que con anterioridad a la ley 100 de 1993 estaban obligados a asumir de manera total o parcial las pensiones de vejez mientras el sistema de seguridad social los subrogaba en ese riesgo, no es menos cierto que, las consecuencias de no afiliación en un periodo determinado se deben examinar en **cada asunto concreto**, bajo criterios de **razonabilidad y proporcionalidad**, de modo que no todos los casos de no afiliación al sistema ni cualquier omisión leve puede conllevar a la gravosa consecuencia de radicar en el empleador la responsabilidad de asumir íntegramente los riesgos de vejez, invalidez y muerte de sus trabajadores; previendo además, que la correspondiente interpretación debe no sólo amparar los derechos irrenunciables a la seguridad social del trabajador y de su núcleo familiar, sino velar que tampoco se afecte a los actores del sistema.

Es así como se encuentra pertinente al asunto concreto la reflexión que la Corte Constitucional hizo en la sentencia Sentencia **T-234/18** Referencia: Expediente T-6.549.771 con ponencia de la magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER donde se precisan los alcances del incumplimiento de la obligación del empleador en la afiliación del trabajador, en varios de sus matices:

- 1.1. Al tratarse de obligaciones expresamente consagradas en la ley, no es posible que los empleadores se amparen en su propia culpa para evadir su cumplimiento y exonerarse de las consecuencias que puede acarrear su omisión.
- 1.2. **Por tanto, “si los empleadores no realizan los aportes a pensión respectivos, ya sea porque nunca afiliaron al trabajador, o de haberlo hecho, nunca pagó los aportes, no puede quedar desamparado el trabajador frente a su expectativa a obtener un derecho pensional”⁶⁹.** Así, dicha omisión no puede ser imputada al trabajador, ni mucho menos este deberá soportar el peso de las consecuencias adversas de la conducta de su empleador, como la imposibilidad de acceder a una pensión⁷⁰ que garantice las condiciones mínimas de una subsistencia digna, pues se pondrían en riesgo derechos fundamentales como el mínimo vital, la dignidad humana y la seguridad social del empleado⁷¹.
- 1.3. **De lo anterior se extraen tres posibilidades que generan, además, diferentes responsabilidades:**
 - (i) **Si el empleador omitió realizar la afiliación de un empleado al sistema general de seguridad social en pensiones, y dicha omisión se extendió “por un periodo igual o superior al que la administradora general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida, es decir Colpensiones, requiere para el reconocimiento efectivo de una pensión de vejez en caso de haber sido afiliado a dicha entidad, le corresponderá al**

empleador negligente asumir el valor de dicha prestación periódica” (Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2017 MP Alejandro Linares Cantillo), lo anterior debido al fenómeno de la subrogación del riesgo, el cual permite trasladar la obligación de reconocer y pagar las prestaciones que se generen para amparar las contingencias de vejez, invalidez y muerte a un fondo o administrador de pensiones, pero si no hay afiliación el riesgo no se desplaza, por lo tanto, la responsabilidad completa es del empleador.

(ii) **Si el empleador omitió afiliar a su trabajador a un fondo de pensiones, pero lo hace (afiliación) de manera tardía, la ley contempla la obligación que tiene el empleador de trasladar al sistema, el valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado por el empleado y que no fue cotizado por el patrono.** Así, el fondo o administradora expide al empleador un cálculo actuarial de lo adeudado, correspondiente a los aportes que se debieron realizar desde el mismo momento en que inició la relación laboral⁴, este hace el correspondiente pago, trasladando la responsabilidad pensional a la entidad, la cual, si se cumplen los requisitos para una prestación económica deberá ser quien la asuma.

(iii) Finalmente, si el empleador afilió cumplidamente al trabajador, pero no hizo los pagos de las cotizaciones que debía, se está frente a la figura del allanamiento a la mora por parte del fondo o administrador de pensiones, ya que a este el legislador le ha dado la oportunidad de a través de instrumentos legales, perseguir el pago de dichos aportes. De tal manera que las prestaciones económicas que se generen serán asumidas por el fondo o administradora con la posibilidad de acudir a los recursos judiciales o administrativos para lograr por parte del empleador moroso el pago de los aportes adeudados junto con los intereses a que haya lugar.

Específicamente, en el segundo caso que se presenta cuando el empleador afilia tardíamente a su empleado, como se dijo, debe solicitar al fondo o administradora de pensiones el cálculo actuarial (aportando los demás documentos que exija la entidad para el efecto) a partir del cual debe tomar la decisión de pagar dicho valor a la administradora y trasladar el riesgo o asumir las prestaciones económicas que puedan presentarse.

^{1 4} Esto, de acuerdo, inicialmente con lo previsto en el Decreto 1748 de 1995, artículo 57 “*Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993*”, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, en el que se reiteró la necesidad de solicitar y pagar la suma que arroje el cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones del trabajador no afiliado, con el fin de que puedan ser computadas para el reconocimiento y pago de una prestación pensional.

- 1.4. ***Es clara la intención del legislador al prever esta figura (pago del cálculo actuarial), y es la de permitirle al trabajador que el periodo que su empleador no hizo los aportes a un fondo porque no lo afilió, se contabilice dentro de su historial de semanas de cotización para todos los efectos prestacionales que se hallen inmersos dentro del Sistema General de Pensiones. De tal manera que, si se hace la correspondiente afiliación del empleado por parte del empleador y se paga el valor del cálculo actuarial, a satisfacción de la entidad administradora de pensiones, los periodos pagados deben ser aplicados para la fecha en que se laboraron y debieron ser reportados.***

En esta oportunidad la Corte constitucional se ocupó de una acción de tutela formulada por el señor José Daríel Vásquez Castaño, actuando en nombre propio, contra Colpensiones por considerar vulnerados sus derechos fundamentales de petición, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la protección reforzada de las personas de la tercera edad y en condiciones de debilidad manifiesta y a la seguridad social, **al negarle la pensión de invalidez** a la que tiene derecho por cuanto (i) no ha hecho las correspondientes correcciones en su historia laboral y, por lo tanto, (ii) no cumple con el requisito de densidad de semanas para tal efecto.

Colpensiones negó la prestación porque si bien, “el periodo comprendido entre el 01/08/2011 y 30/11/2011 fue convalidado por el empleador ROGELIO ARBELAEZ S.A. (...) mediante Cálculo Actuarial conforme a la solicitud de corrección de la Historia Laboral interpuesta mediante radicado No. 2017_9184323 del 31 de agosto de 2017, la fecha de estructuración establecida en el dictamen 5842014 del 11 de septiembre de 2014, fue el 5 de diciembre de 2012 por lo que el hecho generador de la Invalidez ocurrió con anterioridad a la fecha de realización del cálculo actuarial, razón por la cual NO podrá tenerse en cuenta para el estudio de la pensión de invalidez”. Y “excluyendo los tiempos validados mediante cálculo actuarial”, y concluyó que “el asegurado no acredita el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, es decir desde el 05 de diciembre de 2009 al 05 de diciembre de 2012, en los cuales únicamente se acreditan 39 semanas, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de la prestación solicitada”.

El argumento de la necesidad de que el cálculo actuarial se pague con anterioridad a la ocurrencia del hecho generador, es decir, la estructuración de la invalidez, se fundamentó en dos precedentes institucionales: a) Concepto No. 2007014853-001 del 19 de abril de 2007 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia y b) en el concepto jurídico No. 2015_4957195 emitido por la Vicepresidencia jurídica y Secretaría General de Colpensiones el 2 de junio de 2015.

Precisa la Corte constitucional que, si durante el período en que el empleador omitió la afiliación al Sistema General de Pensiones de sus trabajadores, se sobreviene la muerte o la invalidez de cualquiera de ellos, la responsabilidad del reconocimiento y pago de la prestación respectiva está en su cabeza y no resulta válido su aseguramiento posterior. Sin embargo, no se descarta que a través de la figura de la conmutación pensional este empleador pueda trasladar sus obligaciones a una administradora del Sistema General de Pensiones, para lo cual el cálculo actuarial respectivo debe ser ajustado y considerar los factores necesarios para que el pago de las mesadas sea garantizado.

(...)

Tal como se expuso en precedencia, la finalidad del legislador al permitirle al trabajador que el período en que su empleador omitió su afiliación al Sistema General de Pensiones se contabilice dentro del mismo, a través del traslado de una reserva actuarial o de un título pensional, no es otro que estas semanas cuenten para todos los efectos, inclusive para las pensiones de invalidez o de sobrevivencia, sin perjuicio de la facultad de la administradora, de resultar procedente, de solicitar al empleador el recálculo por la suma que hubiera cubierto la póliza previsional en caso de haber estado afiliado todo el tiempo al Sistema General de Pensiones. Frente al tema, se reitera que en los casos en que estos siniestros ocurrieron y se conocieron durante el periodo de omisión sólo pueden trasladarse al Sistema a través de una conmutación pensional.

(...)

No obstante, advierte la Sala que el concepto de Colpensiones no se encuentra ajustado ni a la ley ni al concepto emitido por la Superintendencia Financiera ya que: (a) niega la procedencia de la liquidación y cobro de un cálculo actuarial de afiliación de empleador privado para el riesgo de invalidez; (b) en caso excepcional de tener en cuenta el cálculo pagado para riesgo de invalidez, lo permite si esta (invalidez) se generó después de la fecha de liquidación y cobro del cálculo. Estas dos conclusiones, - según la Corte- por una parte, vulneran los principios de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia, que se encuentran vigentes desde la misma expedición de la Ley 100 de 1993 y que, además, están íntimamente ligados al artículo 48 de la Constitución Política de 1991 dado que el propósito del sistema general en pensiones era la integración y cubrimiento de las contingencias que pudieran acaecer a sus afiliados, sin distinción alguna. Por otra parte, está imponiendo una condición adicional que la ley no previó para el cálculo actuarial, esto es, que su correspondiente pago debe hacerse antes de la ocurrencia del riesgo.

Aunado a que la omisión de afiliación alegada por Colpensiones se dio en el periodo de agosto a noviembre de 2011 y no en diciembre de 2012 fecha en la que se estructuró la invalidez, de tal manera que, de acuerdo con lo señalado

anteriormente, respecto de que no es posible contabilizar los periodos declarados cuando la invalidez se produzca durante el periodo en que no se estuvo afiliado dicha hipótesis no se advierte en este caso, ya que la invalidez se estructuró en una fecha posterior. Situación diferente es que el pago del cálculo actuarial se hizo de manera tardía pero ajustada a los requerimientos legales y administrativos. Lo anterior se verifica con el hecho de que **Colpensiones le emitió al empleador el cálculo a pagar, aceptó el pago, incluyó los periodos en el reporte, y contabilizó dichas semanas para verificar el cumplimiento de los requisitos de la Ley 860 de 2003 frente a la pensión de invalidez.**

De tal forma que, si Colpensiones ya aplicó el cálculo actuarial a los periodos declarados, es porque el empleador aportó los documentos pertinentes, y en consecuencia, cumplió los requerimientos de la entidad encontrando probado el vínculo laboral y la omisión por parte del empleador del pago de aportes a pensión, en tanto sí hizo los aportes a salud y parafiscales, lo cual advierte su buena fe 89.

Finalmente, considera la Sala que en el caso sub examine, existe una ruptura del principio de respeto al acto propio por parte de Colpensiones al actuar de manera incoherente y rompiendo el hilo de la seguridad jurídica (...) por cuanto en La Resolución SUB 273007 del 28 de noviembre de 2017 excluyó de manera intempestiva los **periodos agosto a noviembre de 2011 contabilizados anteriormente para acceder a la prestación solicitada.** (...) que redundó en una violación del derecho al debido proceso y la buena fe del actor. (...)

El argumento esbozado por la entidad para no contarlos, según la resolución SUB 273007 del 28 de noviembre de 2017, no resulta aplicable en el presente asunto dado que se activaría en el caso que la estructuración de la invalidez se hubiese dado durante el periodo en que se omitió la afiliación, lo cual no sucedió respecto del actor dado que su invalidez acaeció de manera posterior al tiempo laborado (sin afiliación) y cuya afiliación y pago sí se realizaron de manera posterior, lo cual genera una interpretación y aplicación del pago del cálculo actuarial que resulta gravosa para el actor en tanto la normativa no lo incluye como prerrogativa de dicha figura y vulnera los principios del sistema pensional, con lo cual se trasladan las consecuencias de una responsabilidad del empleador y del fondo, al afiliado que se traduce en la imposibilidad de acceder a una prestación económica que supla de manera suficiente sus necesidades básicas.

De acuerdo con el reporte emitido por Colpensiones, el actor, en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez cuenta con 386 días, correspondientes a 55.14 semanas de cotización. (incluidas las semanas validadas con el cálculo actuarial).

(...)

*Así las cosas, el señor José Dariel Vásquez, tiene derecho a la pensión de invalidez solicitada como quiera que cumple los requisitos legales para el efecto, de tal suerte que Colpensiones, con la negativa reiterada de reconocimiento de la prestación solicitada, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a una vida en condiciones dignas y a la seguridad social del actor.
(...)*

En consecuencia, esta Sala ordenará el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a que tiene derecho el señor José Dariel Vásquez, habida cuenta que se acreditó una pérdida de capacidad laboral mayor al 50% y más de 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la pérdida de capacidad laboral (5 de diciembre de 2012). (...) se revocarán las decisiones de instancia que declararon improcedente el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, y en su lugar se concederá la acción de tutela, y (iii) se ordenará a Colpensiones que, dentro del término improrrogable de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, emita acto administrativo que reconozca y ordene el pago de la pensión de invalidez al señor José Dariel Vásquez Castaño a partir del mes siguiente a la notificación de esta providencia, así como del retroactivo a que haya lugar hasta su inclusión efectiva en nómina de pensionados.

Pues bien, aun cuando en el subjuice se ocupó esta Sala de un asunto de pensión de sobrevivientes, es posible aplicar por analogía las consideraciones emanadas de la Corte Constitucional en este asunto por coincidir finalmente en la validación de semanas a través de cálculo actuarial liquidado y satisfecho con posterioridad a la ocurrencia del riesgo, en los mismos términos que en la **Sentencia T-429/18**; y que en el presente caso, surge de una conciliación celebrada entre las partes en contienda, que hizo tránsito a cosa juzgada, y da lugar a tener como válidamente sufragados por el empleador sociedad C. I. SUSTRATOS S.A.S. a Protección S.A., durante el primer periodo servido por Humberto Buitrago Naranjo comprendido entre el 9 y el 28 de febrero de 2015 sin afiliación a la seguridad social, equivalentes a 2.85 semanas que, adicionadas a las 47.42 semanas registradas en su historia laboral le permiten alcanzar en los tres últimos anteriores al deceso, la densidad de 50 semanas en pensión exigidas en el numeral 2 art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 12 de la Ley 797 de 2003.

No se trata aquí de apartarse del criterio de la Corte Suprema en la materia, sino de la aplicación racional y proporcional de las disposiciones legales que rigen cuando se presentan omisiones de afiliación de algunos periodos de labor, de modo que no se afecte de manera radical y supremamente gravosa a un

empleador que venía cumpliendo sus obligaciones en la mayor parte del tiempo servido por el trabajador y sólo de manera aislada por una labor de muy corto lapso se abstuvo de afiliarlo a la seguridad social, coincidiendo que por falta de esas poquísimas semanas no alcanzara a reunir la densidad mínima exigida en la ley, pero que subsanó con el correspondiente pago del cálculo actuarial, cuya efectividad no desaparece por el hecho de haberse sufragado con posterioridad al deceso del asegurado, máxime cuando la entidad aseguradora intervino en su liquidación, como sucedió en este caso, y el periodo de validación no corresponde a la época de ocurrencia del deceso.

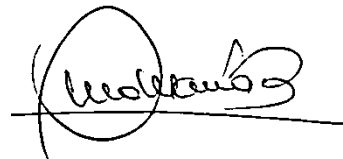
Y como predica la misma Corte Constitucional ¹“El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.” El principio de proporcionalidad surge como una técnica para evaluar la constitucionalidad de las decisiones de los poderes del Estado, especialmente las del legislador, para que no abuse de su poder, de ahí la necesidad de modular la interpretación sobre el tema de responsabilidad del empleador que omitió afiliar al trabajador a la seguridad social.

Atendiendo a estos razonamientos, compartimos la referida ponencia.

Las Magistradas,



MARIA PATRICIA YEPES GARCIA



ANA MARIA ZAPATA PÉREZ