



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIA:	SENTENCIA – RECURSO DE APELACIÓN
PROCESO:	ORDINARIO LABORAL – <u>PRIMERA INSTANCIA</u>
DEMANDANTE:	SANDRA MARCELA MEJIA TORRES
DEMANDADOS:	COLPENSIONES
RADICADO:	050013105-012-2018-0148
ACTA N°:	19

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN** y **MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por SANDRA MARCELA MEJIA TORRES en contra de COLPENSIONES, para pronunciarse en virtud del **RECURSO DE APELACIÓN** a favor de la demandante frente a la sentencia con la cual el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 19** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

1.1. DEMANDA¹

La demandante pretende con este proceso: i) Que se DECLARE la responsabilidad de la entidad por más de ciento siete (107) semanas entre **julio de 1991 y septiembre de 1993**, por no haber ejercido sus funciones de inspección, vigilancia y control en la cotización de los empleadores del señor OMAR DE JESUS ALVAREZ VILLA. ii) Que se CONDENE al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente, indexación correspondiente, costas y todo lo que *ultra y extra petita* se demuestre dentro del proceso.

¹ Folio 1 – 10

Para sustentar sus pretensiones, afirmó que: **i)** OMAR DE JESUS ALVAREZ VILLA falleció el **13 de septiembre de 1993**, y a esa fecha tenía unión marital de hecho con SANDRA MARCELA MEJIA TORRES, quien solicitó la pensión de sobrevivientes el 3 de noviembre de 2017, siendo negada con **Resolución SUB293049 del 20 de diciembre de 2017**. **ii)** En el hecho CUARTO se transcribe un texto en el que se expresa básicamente, que el causante laboró con distintos empleadores, entre ellos: ARTURO GARCES por dos años, JUAN y AGUSTIN FLOREZ por un año y siete meses, PEDRO NOLASCO MAZO por 15 meses aproximadamente, RAMIREZ FLOREZ Y COMPAÑÍA por 6 meses y JOHN JAIRÓ y ALBERTO FLÓREZ FLÓREZ por 18 meses. De ellos, únicamente aparece registro en la historia laboral de los dos últimos. **iii)** La negativa al reconocimiento pensional se sustenta en que el afiliado no cotizó la densidad mínima de semanas requeridas, lo que se reiteró en las Resoluciones con las que se resolvieron los recursos: del **2 de febrero del 2018** la SUB 32854 y del **13 de febrero del 2018** la DIR 3110 del **12 de febrero del 2018**.

1.2. CONTESTACIÓN DE COLPENSIONES²

La entidad contestó oportunamente, oponiéndose a las pretensiones. Para ello, argumentó que a SANDRA MARCELA MEJIA TORRES no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, toda vez que no cumple con los requisitos exigidos en los **artículos 46 al 49** de la Ley **100 de 1993** modificados por la Ley **797 de 2003**. Además, propuso como excepciones de mérito las que denominó: PRESCRIPCION, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE RECONOCER Y PAGAR PENSION DE SOBREVIVIENTES, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE PAGAR INTERESES DE MORA DEL ARTICULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA SIMULTANEA DE PAGAR INTERESES MORATORIOS E INDEXAR LAS SUMAS, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y EXCEPCION INNOMINADA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del **20 de mayo de 2019³**, el Juez ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra, DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de la obligación de reconocer pensión de sobrevivientes porque la demandante no cumplió con los requisitos exigidos por la ley para acceder a la pensión de sobrevivientes y CONDENÓ en agencias en derecho a la parte demandante vencida totalmente en juicio.

Para ello razonó de este modo: **i)** Determinó que es el artículo 25, en concordancia con el artículo 6 del Decreto 758 de 1990, norma vigente al momento del fallecimiento de

² Folio 49 – 55

³ Folio 120-121 – CD Folio 122

OMAR DE JESUS AVAREZ VILLA, 13 de septiembre de 1993. **ii)** No resulta posible aplicar en este caso el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en atención a la prohibición de aplicar retroactivamente la normativa, y ésta entró en vigencia el 23 de diciembre de 1993. **iii)** En el proceso debía acreditarse que el causante contaba con 150 semanas cotizadas entre el 14 de septiembre de 1987 y el 13 de septiembre de 1993 o en su defecto 300 semanas en cualquier tiempo, pero la historia laboral sólo da cuenta de 27 semanas cotizadas en toda la vida, por lo que no se cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes. **iv)** Afirma la parte demandante que el señor ALVAREZ VILLA tuvo varios vínculos laborales con diferentes empleadores, pero en la historia laboral solo aparece una afiliación inicial al seguro social el 13 de agosto de 1991 por el empleador Ramírez Torres Ltda. siendo retirado el 27 de agosto de 1991, para luego registrar ingreso el 27 de agosto de 1991 con el empleador Ramírez Flórez y Comandita quien reporta el retiro el 18 de febrero de 1992. No pueda exigirse al I.S.S. hoy COLPENSIONES que hubiese adelantado acciones de cobro para el pago de aportes, porque no era conocedor de la existencia de esos vínculos laborales. La situación sería distinta y podría predicarse responsabilidad de la demandada, si se hubiera presentado afiliación y luego mora en el pago de aportes. **v)** Finalmente, invoca la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de marzo del 2017 radicación 31743 para señalar que, una eventual responsabilidad en cuanto al reconocimiento de pensión de sobrevivientes recaería en los empleadores que omitieron en esa época su obligación de afiliar al trabajador y consecuentemente efectuar los aportes al asiste de pensiones

3. RECURSO DE APELACIÓN

En la audiencia de trámite y juzgamiento, la parte actora, de forma oportuna, interpuso y sustentó el recurso de apelación solicitando que se revoque la providencia, por lo siguiente: **i)** Insiste en que sí existe una responsabilidad del fondo de pensiones, porque no era dable al ISS desconocer qué personas se encontraban laborando en el momento del fallecimiento del causante, ni de los años anteriores, pues dentro de sus funciones estaba el tema de la inspección, vigilancia y control de los aportes, aún más porque el señor OMAR DE JESUS laboraba en este tema de canterismo y minería, pero nunca se vio un delegado del ISS ni un requerimiento. **ii)** Y respecto de la retroactividad de la norma, argumenta que existen "Circulares internas de Colpensiones que datan del año 2012, que dicen que para efectos de computar o aplicar estas normas se podrá aplicar la norma más favorable, y pronunciamientos más recientes de la Sala de Casación Laboral en los cuales sostienen lo contrario"

4. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁴, **COLPENSIONES** y la parte demandante intervinieron de manera oportuna en los siguientes términos.

COLPENSIONES solicita se CONFIRME la decisión absolutoria, porque el señor OMAR DE JESUS ALVAREZ VILLA no dejó causada la prestación en los términos del artículo 25 del Decreto 758 de 1990, porque en su historia laboral registra 27,14 semanas de cotización con RAMIREZ Y FLOREZ LTDA. De otro lado, invoca la sentencia SL 4103 del 22 de marzo de 2017 para señalar que solo procede el cálculo actuarial en las pensiones de vejez o de jubilación, por lo que, sólo los tiempos efectivamente reflejados en la historia de afiliado fallecido pueden ser tenidos en cuenta en el estudio prestacional.

El apoderado de la **DEMANDANTE** solicita se REVOQUE la decisión de primera instancia, insistiendo en que COLPENSIONES no cumplió con sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre las cotizaciones realizadas por el empleador a nombre del señor ALVAREZ VILLA, “de tal suerte que la demandada es captadora legal de dineros, que la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Laboral ha considerado mixtos y en tal virtud se hace responsable frente al administrado de las cotizaciones insolutas que debieron haber sido allegadas a dichas arcas”. Invoca el artículo 36 de la Ley 100, el Acuerdo 049 de 1990 y los artículos 48 y 58 de la Constitución Política, para señalar que el Juez no analizó la relación fáctica, frente a la errónea interpretación del recaudo y captación de dineros provenientes de cotizaciones al régimen pensional. Y solicita a la Sala que, con relación a la pensión de sobrevivientes, “aplique la normatividad descrita de conformidad con el régimen de transición para efectos de la interpretación de la Ley 100 de 1993, recordando la aplicación de la norma más favorable, en cuanto a la interpretación de dos normativas o más que se encuentren vigentes”

Pues bien, se ha proferido una **DECISION ABSOLUTORIA** en contra de **SANDRA MARCELA MEJIA TORRES**, y en virtud de los argumentos del RECURSO DE APELACIÓN, el **problema jurídico** se contrae en determinar, si se presenta el incumplimiento de la entidad en sus obligaciones de recaudo de cotizaciones por el causante, para afirmar que, se acredita la causación del derecho pensional a favor de la demandante **SANDRA MARCELA MEJIA TORRES**, por el fallecimiento de su compañero permanente.

5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA OMISIÓN DEL EMPLEADOR EN LA AFILIACIÓN DEL TRABAJADOR AL SISTEMA – EL CASO CONCRETO -

⁴ Artículo 15 Decreto 806 de 2020

Son aspectos probados, respecto de los cuales no existe controversia, los siguientes: **i)** El señor OMAR DE JESUS ALVAREZ VILLA falleció el 13 de septiembre de 1993⁵. **ii)** De acuerdo con las historias laborales obrantes en el expediente⁶, la RELACION DE NOVEDADES REGISTRADAS fueron las siguientes: Con el aportante RAMIREZ Y FLOREZ LTDA, ingreso el **13 de agosto de 1991** y retiro el **27 de agosto de 1991** y con el aportante RAMIREZ FLOREZ Y COMANDIT , ingreso el **27 de agosto de 1991** y retiro el **18 de febrero de 1992**. Con el aportante RAMIREZ Y FLOREZ LTDA, ingreso el **13 de agosto de 1991** y retiro el **27 de agosto de 1991**. Así, la historia refleja un total de **días cotizados de 190**, equivalente a **27.1429 semanas** y no se reportan deudas a través de las empresas con las cuales cotizó⁷. **iii)** El **3 de noviembre de 2017** SANDRA MARCELA MEJIA TORRES solicitó a COLPENSIONES, pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente, prestación que fue negada mediante resolución SUB 293049 del 20 de diciembre de 2017, acto administrativo en el que se invocó el artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990 para señalar que el causante no dejó causado el derecho porque no cumplió con las 150 semanas en los 6 años anteriores a la muerte ni 300 semanas en cualquier tiempo⁸. **iv)** Interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, oportunidad en la que argumentó que lo que se reclama es la pensión de sobrevivientes de conformidad con el régimen de transición para efectos de la interpretación de la Ley 100, insistiendo en que en su caso la más favorable, porque cumple con los requisitos de la Ley 100 y a ley 797 de 2003. Y además, que no relacionan todas las semanas laboradas por el señor ALVAREZ VILLA, informando sobre los últimos tres empleadores con los que había laborado en los últimos 6 años, nombrando a PEDRO NOLASCO MAZO CORREA (Del 3 de septiembre de 1988- 14 de noviembre de 1990), la sociedad RAMIREZ FLOREZ COMANDITA de la que se retira porque la retro excavadora se la llevaron para Buenaventura y JOHAN JAIRO FLÓREZ FLÓREZ manejando una retro excavadora hasta el 14 de septiembre de 1993, día de su muerte⁹. **v)** COLPENSIONES confirma la decisión, con las resoluciones SUB 32854 del 2 de febrero de 2018 y DIR 3110 del 13 de febrero de 2018¹⁰. **vi)** Al plenario se allega una **DECLARACION EXTRAPROCESAL** efectuada por la señora GLORIA MARLENY ORTIZ ante la Notaría Única del Círculo de Tarazá el 4 de noviembre de 2010, en la afirma que conoce a la demandante más o menos desde el año 1983, cuando eran vecinas en el Bajo Cauca, y agrega, entre otros¹¹:

⁵ Folio 14

⁶ Folio 20 – impresa el **13 de diciembre de 2016** –, Folio 75 -76 impresa el **19 de abril de 2018**, y Folio 123 – 124 del **19 de abril de 2018**

⁷ Folio 20

⁸ Folio 22- 24

⁹ Folios 25- 29

¹⁰ Folio 31-33 y 34-37

¹¹ Folio 17

"Sandra empezó a vivir con un muchacho de nombre Omar el cual manejaba una retroexcavadora en las minas del kilómetro 15 del bajo cauca, jurisdicción de Puerto Valdivia, Omar era una persona muy trabajadora y responsable, (...) Omar era una persona muy juiciosa y dedicada al hogar, reconocido por toda la región como uno de los mejores retreros (operario de retroexcavadora) que tenían las minas del bajo cauca. Mi marido de nombre PEDRO NOLASCO MAZO CORREA tenía una mina de oro en el Municipio de Tarazá (Ant), corregimiento el Doce, mina de nombre PURÍ y lo contrató para que trabajara con él, manejándole la retroexcavadora y como la mina siempre quedaba como a una hora a pie desde la carretera troncal y trabajaban hasta las nueve o diez de la noche, entonces ellos venían a la casa una o dos veces a la semana. Omar trabajó con mi marido Pedro como un año y medio hasta que la Guerilla les quitó un carro de propiedad de ellos (...) recuerdo que Omar trabajó con mi marido hasta el día que ocurrieron estos hechos, ya que se lo llevó la guerrilla y se quedó mi marido varado sin operador para la retro"

El Juez de instancia ABSOLVIÓ de las pretensiones, porque no encontró acreditados los requisitos consagrados en el Decreto 758 de 1990, y en relación con el cumplimiento de la entidad de pensiones en sus obligaciones en materia de recaudo, argumentó que, aunque se afirma por la parte demandante que el señor ALVAREZ VILLA tuvo vínculos laborales con diferentes empleadores, no puede exigirse al I.S.S. hoy COLPENSIONES que hubiese adelantado acciones de cobro para el pago de aportes, porque no era conocedor de su existencia, señalando que la situación sería distinta, y podría predicarse responsabilidad de la demandada, si se hubiera presentado afiliación y luego mora en el pago de aportes.

Y es contra esta decisión y análisis que el recurrente insiste básicamente en dos aspectos: **i)** En primer lugar, que sí existe responsabilidad del fondo de pensiones, dentro de las funciones del ISS estaba el tema de la inspección, vigilancia y control de los aportes, resaltando que el causante laboraba en canterismo y minería. **ii)** Y respecto a la norma aplicable, aduce que de acuerdo con "Circulares internas de Colpensiones y pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, de conformidad con el régimen de transición para efectos de la interpretación de la Ley 100 de 1993, se debe aplicar la norma más favorable, en cuanto a la interpretación de dos normativas o más que se encuentren vigentes.

Pues bien, para resolver los cuestionamientos del apelante, debe la Sala indicar en primer lugar que, de conformidad con el precedente pacífico y reiterado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de pensión de invalidez y sobrevivientes, la norma aplicable en principio, es la vigente al momento de la contingencia¹². Así, si el causante falleció en Venezuela el **13 de septiembre de 1993**, es claro que el derecho pensional se debe analizar a partir de lo previsto en los **artículos 6 y 25 del Decreto 758 de 1990**, requisitos que claramente no se acreditan

¹² SL2358-2017, SL1018-2020 y SL2020-2020.

en este caso, porque tal como ha quedado visto, en las historias laborales obrantes en el expediente, solo se reflejan a **27.1429 semanas** que fueron cotizadas entre **el 13 de agosto de 1991 y el 18 de febrero de 1992.**

Ahora bien, sin perjuicio de la regla general relacionada con que la norma aplicable es la vigente al momento de suceder la contingencia –la muerte-, en virtud de lo establecido en el **artículo 53 de la Constitución Política** en consonancia con el **artículo 272 de la Ley 100 de 1993**, se ha consagrado el principio del derecho laboral de la **condición más beneficiosa**, derivado del principio de favorabilidad en sentido amplio. En relación con el alcance de este principio, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional **coinciden en varios aspectos**, concretamente: **i) Opera ante la existencia de un tránsito legislativo** que implica la exigencia de unos requisitos más gravosos para el afiliado, es decir, dando así prevalencia a otros principios y necesidades sobre el principio de **progresividad**; **ii) Protege a una población que tiene una expectativa legítima**, pues se encuentra en una situación jurídica concreta, consistente en la satisfacción de las semanas mínimas que exige la norma derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia respectiva; **iii) Para la protección de esas expectativas legítimas no se ha consagrado un régimen de transición.**

Desde esta perspectiva, resulta evidente que en este caso concreto, tampoco resulta procedente la aplicación de una norma distinta, porque el causante no efectuó cotizaciones en vigencia de una norma anterior, y el **artículo 46 de la Ley 100 de 1993** no es en manera alguna aplicable, porque entró a regir a partir del 23 de diciembre de 1993, con posterioridad al fallecimiento del causante. En relación con los planteamientos del abogado en los que invoca el Régimen de Transición del **artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, debe recordarse que esta es una norma relativa a la pensión de vejez que implica que se respete del régimen pensional anterior edad, tiempo y monto, no es este el caso, que nos ocupa. Y en relación con la aplicación del principio de favorabilidad, debe tenerse presente que este alude a los eventos en los cuales se presentan dos normas vigentes aplicables al caso para optar por la más favorable, pero en la situación que hoy ocupa la atención de la Sala, al momento del fallecimiento del causante la norma vigente era el Decreto **758 de 1990**, tal como se ha indicado.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las obligaciones del I.S.S. en materia del recaudo de las cotizaciones de los empleadores que eventualmente tuvo el señor ALVAREZ VILLA, a los que se hace referencia en el HECHO CUARTO de la demanda y en el recurso

presentado ante COLPENSIONES en el trámite administrativo, debe la Sala efectuar las siguientes consideraciones.

Debe partirse de una premisa básica y es que, desde antes de la creación de nuestro Sistema de Seguridad Social Integral, cuando existía el antiguo Instituto de Seguros Sociales, se establecieron como obligaciones a cargo de los empleadores particulares, las de afiliación y cotización de los trabajadores, para subrogar las contingencias de la invalidez, la vejez y la muerte de origen común.

En efecto, en el **Decreto 2665 de 1988** por el cual se expidió el Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales¹³, se estableció la competencia del Instituto de Seguros Sociales para recaudar los aportes patrono-laborales, aplicar los procedimientos para su recaudo e imponer las sanciones correspondientes por la violación de los Reglamentos de los Seguros Sociales, consagrando en el **artículo 6** como **CONDUCTAS SANCIONABLES** los casos en que los empleadores incurrieran en mora en el pago de las cotizaciones, estableciendo el procedimiento para estos eventos, en los **artículos 11 a 18**. Y de manera concreta, en el **artículo 19** se dispuso en relación con la **NO AFILIACION**, que los empleadores que no inscribieran a sus trabajadores o pensionados, serán sancionados por el Instituto, con una multa equivalente a dos (2) veces el valor de los aportes que se hubieren causado en caso de afiliación. Disponiendo expresamente lo siguiente:

“Las prestaciones causadas con anterioridad a la afiliación, serán de cargo del patrono en los mismos términos en que el ISS las hubiere otorgado”.

Ya con la entrada en vigencia de la Ley **100 de 1993**, dichas obligaciones a cargo de los empleadores subsisten, regidas bajo el principio de libertad de escogencia, según el cual, es el trabajador – afiliado, quien elige el régimen (Régimen de Prima Media con Prestación Definida o RAIS) y en éste último, el fondo¹⁴. Del mismo modo, es claro que al regular lo atinente a la pensión de vejez, se consagró en el **artículo 9** de la Ley **797** que, para efectos del cómputo de las semanas para acceder a tal prestación, se tendrá en cuenta:

“El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador”.

Pues bien, en el contexto que venimos analizando, es claro entonces que, en el marco de las relaciones de trabajo, surgen distintas obligaciones alrededor de la

¹³ Con las modificaciones introducidas con el **ACUERDO 27 del 6 de septiembre DE 1993**

¹⁴ Artículo 13 y 15 de la Ley 100, este último modificado por la Ley 797 de 2003

financiación de las prestaciones, en consideración del vínculo pensional tripartita, del que participan i) el trabajador, ii) el empleador y iii) la entidad administradora de pensiones. La situación lógicamente desventajosa en la que se halla el primero de estos extremos, por la naturaleza misma de la relación de trabajo, determina el alcance jurídico de las obligaciones de los demás sujetos. Así, el ordenamiento debe propender, en la mayor medida posible, por el equilibrio contractual de las partes, siguiendo la cláusula de igualdad, en armonía con la especial sujeción constitucional del derecho al empleo (Art. 13 y 25 CP).

Así, con la consolidación de las relaciones de trabajo, la **afiliación** ante el Sistema de Pensiones surge como el primer deber del empleador. Es la manera como se formaliza el aseguramiento de las contingencias de los trabajadores, de modo que, ante la noticia de un nexo laboral, la entidad administradora respectiva se vincula para el cumplimiento de sus funciones alrededor de la salvaguarda de las garantías de la seguridad social. Por ello, a partir de este momento, el empleador asume la obligación de realizar los aportes periódicos y la Entidad, de adelantar las gestiones de recaudo en caso de incumplimiento.

Ahora bien, en relación con las consecuencias derivadas de la omisión del empleador en la afiliación, se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia **SU 226 de 2019**, oportunidad en la que señaló, entre otros:

“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.

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.¹⁵ 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. (...)

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.

¹⁵ Sentencia T-596 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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.¹⁶ **Por ello, la responsabilidad de la omisión de la afiliación recae exclusivamente en el empleador incumplido.**

(...)

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. (negrilla intencional)

Siendo, así las cosas, si bien en la demanda se hace referencia a unos vínculos laborales del causante con empleadores que en su momento no lo afiliaron al I.S.S. y que tampoco fueron demandados en este proceso, habiéndose incluso anexado con la demanda **DECLARACION EXTRAPROCESAL** efectuada por la señora GLORIA MARLENY ORTIZ en la que expresó que el causante trabajó como operario de retroexcavadora para el señor PEDRO NOLASCO MAZO CORREA en una mina de oro en el Municipio de Tarazá (Ant); lo cierto del caso es que, no se acredita en manera alguna que el señor MAZO CORREA y los demás empleadores que se nombran en el HECHO CUARTO de la demanda hubiesen afiliado o reportado novedad de ingreso del causante en el I.S.S., de manera que, no se acredita incumplimiento alguno por parte de la demandada en este proceso, como bien lo ha concluido el Juez de instancia en su providencia.

Finalmente, en relación con este aspecto, debe la Sala señalar que, en los casos en que se genera la omisión del empleador en el deber concreto de afiliación, la jurisprudencia nacional ha concluido la obligación del pago del cálculo actuarial ante la entidad administradora. La Corte Constitucional, en sentencias como la **T-645 de 2013, T-596 de 2014, T-697 de 2017, T-291 de 2017, T-064 de 2018 y SU 226 de 2019**, e incluso en un caso de pensión de invalidez en la sentencia **T 234 de 2018**; oportunidad ésta en la que se concluyó, que el hecho de que el pago de la reserva actuarial se dé con posterioridad

¹⁶ Por ejemplo, el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 señala: "[l]os aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso". Por su parte, el artículo 24 del mismo cuerpo normativo dispone: "[c]orresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado prestará mérito ejecutivo".

a la fecha de estructuración de la invalidez, constitucionalmente no impide que los tiempos de servicio afectados con la omisión de afiliación y prestados con anterioridad a la referida fecha de estructuración, sean tenidos en cuenta al momento de verificar el cumplimiento de la densidad de cotizaciones legalmente exigido.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también ha desarrollado un precedente consolidado desde el año 2015, (**SL14388-2015, SL16586-2015, SL2412-2016, SL2138-2016, SL3892-2016, SL2944-2016, SL4072-2017, SL4103-2017, SL181-2018, SL1181-2018, SL1565-2018, SL2550-2018, SL2823-2018, SL3715-2018, SL4539-2018, SL 1247 -2020**), en relación con el deber del empleador de pagar el cálculo actuarial para financiar la pensión de vejez.

Y no son pocos los pronunciamientos efectuados en casos en los que el empleador omite afiliar al trabajador al sistema, se presenta la invalidez o la muerte, y en razón del incumplimiento no se acreditan las semanas necesarias para el pago de la respectiva prestación; concluyendo que **es el empleador a quién le corresponde asumir el pago de las prestaciones económicas que el sistema hubiese cubierto**, sin que exista argumento alguno para condenar a la Administradora de Pensiones al pago de una pensión por quién nunca fue afiliado, o que lo fue con posterioridad a la ocurrencia del riesgo (**Radicado 35211 del 9 septiembre de 2009 - Radicado 40575 del 6 diciembre de 2011 - Radicado 38587 del 30 abril de 2013 – SL 4698 de 2020**). Este criterio resulta acorde con lo definido en la sentencia con **Radicado 49638 del 22 de marzo de 2017**, invocada por el Juez en su providencia, en la que incluso se concluye, que el tiempo de servicios representado en el título pensional *solo se tiene en cuenta para completar las semanas para vejez, pero no opera del mismo modo, con la pensión de sobrevivientes*:

Es el conjunto de consideraciones precedente el que llevará a la Sala a CONFIRMAR la decisión ABSOLUTORIA a la PENSION DE SOBREVIVIENTES solicitada en la demanda.

COSTAS en ESTA INSTANCIA – AGENCIAS EN DERECHO

Al confirmarse la sentencia, se condena en costas a cargo de la parte demandante. **Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en la suma de \$200.000.**

6. LA DECISIÓN

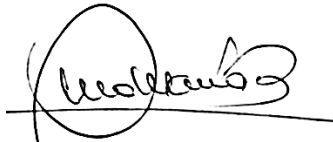
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Sexta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECIDE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Decimosegundo Laboral del Circuito de Medellín el 20 de mayo de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada en esta instancia, fijadas en la suma de \$200.000.

Notificación surtida en ESTADOS. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron.

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA LABORAL -
HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por
estados N ° 54 del 5 de abril de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>



RADICADO: 050013105-012-2018-00148

SENTENCIA del 26/03/2021

Con este código puede acceder a la actuación de segunda instancia,
para ello debe tener una cuenta de Microsoft.