

Honorable TRIBUNAL SALA LABORAL DE CALI
M.P. Dra PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Cali - Valle

REF: alegatos SEGUNDA INSTANCIA

DTE: EDGAR DIAZ MANCILLA

CONTRA: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RAD: 760013105007-2016-00658-01

Lo probado por el a quo

1. No cumple con haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años.

El literal c) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que “los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley”.

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, estableció lo siguiente:

“Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. (...)
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, *siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento* y se acrediten las siguientes condiciones:
 - a) (...), y
 - b) (...).”

El artículo 12 modificadorio del artículo 46 de las disposiciones citadas anteriormente, establece los siguientes requisitos para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, a saber.

2. De acuerdo con ello y conforme a lo establecido por la Ley 100 de 1993, en sus artículos 17 y 22, los empleadores se encuentran en la obligación de realizar los respectivos aportes pensionales, a saber:

“ART. 17.—Obligatoriedad 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, con base en el salario que aquéllos devenguen.” (Cfr. Decreto 692 de 1994, artículo 19)

Carrera 4 # 11-33 Oficina 701 Edif Lloreda, Móvil 3012413045, Cali-Valle.

Abogadoshernandezescobar@gmail.com

"ART. 22.—Obligaciones del empleador. *El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno."* Subrayado fuera de texto

Así mismo, encontramos que el artículo 39 del Decreto 1406 de 1999 dispone:

"ART. 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."*

(...)

De igual forma el artículo 53 del decreto 1406 de 1999 establece:

"Artículo 53. *Imputación de Pagos en los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones. La imputación de pagos por cotizaciones realizadas a los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones se efectuarán tomando como base el total de lo recaudado para cada uno de dichos riesgos, y conforme a las siguientes prioridades:*

1. *Cubrir los aportes voluntarios realizados por los trabajadores.*
2. *Cubrir las obligaciones con los fondos de solidaridad.*
3. *Aplicar al interés de mora por los aportes no pagados oportunamente y correspondientes al período declarado.*
4. *Cubrir las cotizaciones obligatorias del período declarado. En el caso de pensiones, se entienden incluidos los aportes para la pensión de invalidez y sobrevivientes, al igual que los gastos de administración y reaseguro con el Fondo de Garantías.*

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."
Negrilla y subrayado fuera de texto

La posición de la Corte Suprema de Justicia en este punto ha sido reiterada en el sentido de que las cotizaciones al sistema constituyen la base de la efectividad del sistema. Al respecto en sentencia de 5 de octubre de 2001, rad. 16368, señaló:

"Los artículos 17 y 22 de la citada ley, señalan el derrotero inicial de ese deber ser y ubican en cabeza del empleador la mayor responsabilidad frente a su incumplimiento en los casos de relaciones laborales subordinadas"

(...)

"No puede concebirse la pérdida del derecho pensional reclamado por la incuria de la empleadora responsable del pago de las cotizaciones"

Así mismo, y citando normas reglamentarias anteriores y posteriores a la Ley 100 de 1993, por virtud del artículo 31 de la misma ley (expresamente el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995 y el artículo 12 del Decreto 2665 de 1988) concluyó, en la misma providencia antes anotada, que corresponde al

empleador incumplido “la obligación de responder por la pensión de sobrevivientes que se llegare a causar en el tiempo de desprotección de su trabajador”

Ello, es reiterado por la Corte Constitucional en la Sentencia T -474 del 8 de septiembre de 1998 la cual establece:

"Para la Corte es evidente que, si el patrono, por su descuido o por su dolo, no hace oportunamente los aportes a que está obligado para los fines del cómputo del tiempo de cotización que configura el derecho de una persona a la pensión, debe asumir el pago de las mesadas pensionales en tanto, por dicha causa, la entidad de seguridad social se niegue a hacerlo.

"Así, el patrono puede ser demandado por el trabajador con tal objeto, al amparo de claros preceptos constitucionales y legales."

Adicionalmente, y en lo que respecta a esa estructura de aseguramiento propia del Sistema de Seguridad Social, la Corte Constitucional en su sentencia C -617 del 13 de junio de 2001 expuso los siguientes argumentos:

"En este sentido debe tenerse en cuenta que las pensiones de invalidez y de sobrevivientes se consagran dentro de un sistema de aseguramiento, por lo que quien está cotizando, paga el costo de esa protección, con lo que se asegura además su fidelidad al sistema —otro de los objetivos de la norma— que permite la aplicación de los principios de solidaridad y universalidad señalados en la Constitución para el sistema de seguridad social, al generar un fondo común que financia estas pensiones de invalidez y sobrevivencia tanto en el caso del régimen de prima media —a través de una cuenta separada para este efecto— como en el caso del régimen de ahorro individual —a través de una compañía de seguros— (L. 100/93, art. 20).

"Cabe recalcar al respecto, que en la pensión de sobrevivientes hay entonces "un elemento de seguro", por lo que quien paga la prima anual está cubierto, mientras que quien no la ha cancelado, no puede gozar de cobertura. Empero el legislador en todo caso otorgó a quien haya estado afiliado pero no cotiza actualmente, un período de cobertura adicional, pues exige solamente 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento."

Ahora bien, también resulta de importancia la sentencia 19610 de marzo 4 de 2003, a través de la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló:

"Encuentra la Sala pertinente señalar que la falta de cancelación de los aportes necesarios al sistema general de pensiones para el cubrimiento de los riesgos a su cargo al momento de producirse la contingencia, en este caso, la muerte, conduce a que la entidad administradora respectiva no esté obligada a reconocer las prestaciones económicas que le hubieren correspondido frente a un pago regular de cotizaciones. La cancelación tardía no satisface la exigencia de su cubrimiento oportuno, pues el riesgo ya se produjo y, consiguientemente, los efectos que de él derivan ante el incumplimiento de la empleadora, consolidándose en consecuencia las situaciones jurídicas que afectan, de una u otra manera, a las personas naturales o jurídicas, vinculadas al sistema."

"Corresponde precisar que la eventual omisión de la administradora en el adelantamiento de las acciones de cobro ante el no pago de las cotizaciones al sistema general de pensiones no tiene los efectos que pregona el ataque, referente a que en tal caso será dicha entidad la responsable de las prestaciones económicas que se hubiesen causado frente a un pago regular de aportes, pues la ausencia de cancelación de las cotizaciones, tiene unas consecuencias distintas previstas en la ley. En efecto, conforme al artículo 12

del Decreto 2665 de 1998, aplicable por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, en el período de mora en el pago de los aportes las entidades administradoras quedan relevadas de las obligaciones de otorgar las prestaciones económicas, concretamente para el Sistema General de Pensiones, las provenientes de invalidez, vejez, y pensión de sobrevivientes.

Así mismo y de la misma manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 21 de febrero de 2006, radicado 25109, reitero:

“No resulta lógico ni acorde con la ley, que una entidad encargada de cubrir el riesgo de la muerte, cargue con la responsabilidad de reconocer la pensión a los beneficiarios de quien en vida lo tuvo como afiliado, cuando no recibió de su empleador los correspondientes aportes para dicho riesgo, sino sólo después de que se presentó el infortunio.

De la misma manera, la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia No. 2636 del 18 de mayo de 2006, M.P. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ, puntualizó:

“Por consiguiente, el Tribunal no pudo incurrir en los yerros jurídicos que se le endilgan, al haber concluido con fundamento en la normatividad legal aplicable y a lo adoctrinado por esta Sala de la Corte, que en este caso en particular el empleador era el responsable de pagar la pensión de sobrevivientes reclamada, por no haber quedado satisfecho el requisito de las 26 semanas que menciona el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por motivo de que el empleador COOPETRABEN incumplió el pago de aportes, consignando las semanas correspondientes luego de sucedido el riesgo, así en la decisión acusada no se hubiera considerado la supuesta omisión del fondo de pensiones accionado para el cobro de las cotizaciones en mora.”

En igual forma, la Sala de Casación laboral Corte Suprema de Justicia a través de la Sentencia No. 27911 del 30 de enero de 2007 M.P. Gustavo José Gnneco Mendoza, señaló:

“Con todo, importa anotar que el razonamiento de la acusación no se corresponde con el reiterado criterio de esta Sala, que considera que los compromisos del empleador en materia de pago de aportes al sistema de seguridad social deben ser cabalmente atendidos con antelación al hecho que origina la prestación.

Lo anterior encuentra sustento en el artículo 48 de la Constitución Nacional, el cual incorpora los principios constituciones más elementales que predica el Sistema Pensional Colombiano, en donde ha de resaltarse el siguiente inciso:

*“El Estado garantizará los derechos, **la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional**, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.” (negrilla fuera del texto original)*

Como puede observarse, es obligación del Estado garantizar la sostenibilidad del sistema pensional, lo que quiere decir que cuando se obliga a las AFP a asumir los riesgos derivados de la invalidez y la muerte de los afiliados respecto de los cuales no se pagaron a tiempo los aportes y que por tanto no tienen la cobertura de la póliza previsional, nos encontramos frente a una situación que atenta contra este principio constitucional y por tanto no pueden los altos tribunales ni ninguna entidad pública, premiar al empleador incumplido castigando a las administradoras de

pensiones a cubrir un riesgo que no está cubierto por las compañías aseguradoras, por el no pago de las primas que se cubren precisamente con los aportes pensionales que se realizan a favor de los afiliados.

Por todo lo expuesto en un régimen de seguridad social integral universal y solidario, para que se produzca la subrogación legal del sistema de seguridad social, los empleadores deben cumplir con los deberes de afiliación y aportes, donde si se presenta mora en esto, no es que la persona quede desamparada, se revierte la obligación a ese empleador que para este caso el señor NARCIZO ECHEVERRY VASQUEZ, es responsable de su conducta como quiera que está incumpliendo de esta manera con sus obligaciones legales tal y como lo manifiesta el Artículo 39 del Decreto 1406 de 1999.

De la misma manera y preocupado el legislador no sólo por la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, sino de la protección misma del trabajador, ha considerado que el no pago de aportes pensionales por parte de los empleadores al Sistema General de Pensiones cuando han sido realizados los respectivos descuentos, al margen de responsabilizar al empleador del pago de la pensión correspondiente, constituye a la Luz de la **Ley 828 de 2003**, una conducta punible, a saber:

“Artículo 7°. Conductas punibles. El empleador que argumentando descontar al trabajador sumas correspondientes a aportes parafiscales no las remita a la seguridad social y, al ICBF, SENA y Cajas de Compensación Familiar, cuando a ello hubiere lugar, será responsable conforme las disposiciones penales por la apropiación de dichos recursos, así como por las consecuencias de la información falsa que le sea suministrada al sistema general de seguridad social. Será obligación de las entidades de seguridad social, y de las Cajas de Compensación Familiar, ICBF y SENA y de las autoridades que conozcan de estas conductas, correr traslado a la jurisdicción competente dicha conducta.”

Es por todo lo expuesto que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. considera que no le asiste derecho alguno a la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por ella reclamada por su parte, como quiera que no se cumplieron con los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, según lo demostrado anteriormente; y en el hipotético caso de reconocimiento deberá ser declarado a cargo del empleador por omitir su deber legal de afiliación y cotización.

3. En caso que se modifique sentencia, AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. contrató con la aseguradora **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** una Póliza Colectiva de Seguro Previsional de Invalidez y Sobrevivientes para el financiamiento y pago de las pensiones de invalidez y/o supervivencia de sus afiliados, donde la segunda se comprometió con la primera **a pagar la suma adicional requerida para financiar el capital necesario para el pago de las eventuales pensiones de invalidez y supervivencia y las incapacidades** que se causaran a favor de afiliados de la Sociedad Administradora.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, **M.P: ISAURA VARGAS DIAZ y ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON. Radicación 30.519** Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil ocho (2008), indicó lo siguiente:

*“.....el contrato colectivo del seguro previsional tiene su fuente en la ley de seguridad social, convenio cuyo objeto, finalidad, cobertura y alcance debe sujetarse íntegramente a los parámetros instituidos en los artículos 60, 77 y 108 de la Ley 100 de 1993 y los Decretos Reglamentarios 876, 718, 719 y 1161 de 1994;las compañías aseguradoras hacen parte del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,**se trata de un verdadero seguro previsional propio de la seguridad social y no de naturaleza comercial.**”*

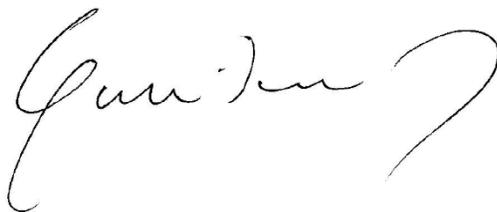
Así lo dejó sentado esta Corporación en sentencia de 21 de noviembre de 2007, radicación 31214, cuando razonó “Adicionalmente es de destacar que **la Constitución Política de 1991 en su artículo 48 enmarca a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable, lo que reafirma la tesis de que los seguros previsionales de marras, como se dijo, son dable considerarlos como una categoría especial, que los sustrae de las regulaciones comerciales o mercantiles propias de los seguros generales que vayan en contravía de los principios, cometidos o fines del sistema pensional,** como para el caso acontece con la aplicación de las reglas de la prescripción previstas en el artículo 1081 del Código de Comercio, que en definitiva no tienen cabida o aplicación en esta clase de seguros propios de la invalidez y sobrevivientes, así las entidades aseguradoras autorizadas para su manejo y explotación estén sujetas al estatuto financiero”

Y siendo lo precedente así, como efectivamente lo es, resulta forzoso arribar al colofón de que **es el juez del trabajo el competente para conocer de las controversias que se susciten entre los afiliados y los entes que conforman el sistema general, entre ellos, las compañías aseguradoras,** como quedó discurrido.” Negrilla y subrayado fuera de texto

Por lo anterior, conforme lo esgrimido anteriormente, de conformidad con lo establecido en 141 de la ley 100 de 1993, además de la suma adicional incluyen el pago de intereses, indexación y costas, por cuanto el seguro previsional es propio de la seguridad social y no de naturaleza comercial y sus controversias pueden ser conocidas en un proceso ordinario laboral, conforme se cita en sentencia que antecede.

POR LO ANTERIOR SE SOLICITA:

- 1. Se me reconozca personería para actuar a partir de la fecha y se revoque cualquier mandato anterior, para lo cual ajunto copia de escritura en el cual figuro como representante legal judicial de la AFP, así como copia de mi cc y T.P.**
- 2. Igualmente, por lo esgrimido anteriormente confirmarse la absolución de la AFP PORVENIR.**



CARLOS ANDRES HERNANDEZ ESCOBAR

C. C. 79.955.080 DE BOGOTA

T. P. 154.665 DEL C. S. J

Cel y whatsapp 3012413045

abogadoshernandezescobar@gmail.com