|  |
| --- |
| El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.  |

Providencia: Sentencia del 26 de febrero de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-001-2013-00478-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Jaime Pulgarín Henao

Demandado: Porvenir S.A. y Fabio Guillermo Chávez Caicedo

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema:

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO/ Acreditada la prestación del servicio el empleador debe desvirtuar la presunción de subordinación y remuneración/ Modalidad hora – cátedra no es asimilable al contrato de prestación de servicios

“(…) el primer elemento que debió avizorarse no era otro que el de la prestación personal del servicio, mismo que se desprende desde la vasta prueba documental aportada por el demandado en mención, en el que se percibe que, efectivamente, el actor dictaba unas clases teóricas y prácticas en la Academia Automovilística del Café, hasta lo expuesto por la gran mayoría de los testigos que indicaron que ello era así.”

“De esta manera, al emerger la presunción de la existencia del contrato de trabajo enmarcada en el artículo 24 del C.S.T., al señor Chávez Caicedo le correspondía desvirtuar la existencia de la subordinación y la remuneración (…)”

(…) son más los elementos que llevan a establecer que la modalidad de cumplimiento de las obligaciones que le atañían al promotor del litigio estaba ligada a una obediencia hacia el propietario de la empresa, como el hecho de que las clases que dictaba, teóricas o prácticas, estaban programadas previamente y era él quien debía sujetarse a las mismas, las cuales, si bien no estaban enmarcadas en un itinerario que se reiteraba diariamente en la jornada laboral, su regularidad hacía que éste sometiera su tiempo a las programaciones que la secretaria de la empresa estableciera, sin que el hecho de que entre clase y clase quedaran espacios desvirtuara la existencia del contrato de trabajo.”

“No puede perderse de vista que la calidad de instructor acreditado del actor lo avalaba para dictar clases teóricas o prácticas y, en esa medida, no puede desligárselo del grupo de los que practican la docencia, quienes deben cumplir un estricto horario y acatar las órdenes de sus superiores, como puede ser el rector, el coordinador académico o el director de la academia de automovilismo; por lo tanto, aquel argumento del demandado que trata de desvirtuar el contrato de trabajo aduciendo que existía uno de prestación de servicios porque el actor estaba vinculado por hora-cátedra, no se comparte por esta Colegiatura”

PENSIÓN DE INVALIDEZ/ Empleador tiene la posibilidad de oponerse al dictamen de pérdida de capacidad laboral dentro del proceso/ Sanción al empleador que afilió tardía al trabajador consiste en trasladar el cálculo actuarial de los periodos dejados de pagar/ Requisitos para la pensión

“Respecto a la inoponibilidad del dictamen que alude el apoderado de señor Chávez Caicedo, se dirá que si bien el mismo no fue notificado a su prohijado con el fin de que ejerciera frente a él los mecanismos respectivos de contradicción, una vez se incorporó dicho documento al proceso contaba con los medios procesales para objetarlo, no obstante, una vez se decretó como prueba guardó silencio frente al mismo, quedando saneada la ausencia de publicidad inicial y entendiéndose que aceptaba el contenido en él plasmado (…)”

“(…) la sanción contra el empleador que omitió afiliar al trabajador teniendo la obligación legal de hacerlo, se ajusta más a los postulados constitucionales cuando se le permite asumir el traslado del cálculo actuarial a favor de la AFP, máxime en este caso donde el demandante venía laborando dentro de las 50 semanas o en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, por lo que existe el derecho a la pensión de invalidez invocada, toda vez que el trabajo es la base del deber de cotizar, y si la afiliación no se hizo en parte de ese lapso, surge inevitable la elaboración del cálculo actuarial por todo el tiempo dejado de cotizar, lo que con mayores razones asegura el financiamiento de la pensión.”

Citas: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencias del 17 de mayo de 2011, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz y del 20 de octubre de 2015, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Febrero 26 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 9:40 a.m. de hoy, viernes 26 de febrero de 2016, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Jaime Pulgarín Henao** en contra de la **Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A.** y **Fabio Guillermo Chávez Caicedo.**

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los fundamentos de los argumentos expuestos en las alegaciones se tuvieron en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver la apelación propuesta por la parte demandante y el demandado Fabio Guillermo Chávez Caicedo, contra la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 24 de noviembre de 2014, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

 De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y los recursos de apelación, le corresponde a la Sala determinar si entre el señor Jaime Pulgarín Henao y Fabio Guillermo Chávez Caicedo existió un contrato de trabajo y, en caso afirmativo, si es al último o a la AFP a la que se encontraba afiliado el actor a quien le corresponde asumir el pago de la pensión de invalidez reclamada, a sabiendas de que la afiliación a los riesgos de invalidez, vejez y muerte se hizo tardíamente por parte del empleador.

1. **La demanda y su contestación**

El citado demandante solicita que se declare que estuvo vinculado mediante contrato de trabajo con el señor Fabio Guillermo Chávez Caicedo desde el 1º de mayo de 2003 hasta el 1º de abril de 2012 y que se condene a éste a pagar a su favor y con destino a su cuenta individual el título pensional correspondiente a los aportes causados entre el 1º de mayo de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2009.

Así mismo, procura que se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a pagar a su favor una pensión de invalidez a partir del 11 de abril de 2010, en cuantía de un salario mínimo legal, así como las costas procesales.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que estuvo vinculado mediante contrato de trabajo con el señor Fabio Guillermo Chávez Caicedo al menos desde el 1º de febrero de 2002 hasta el 1º de abril de 2012, realizando labores de instructor de conducción en la academia automovilística del café; relación en virtud de la cual el empleador lo vinculó al sistema de seguridad social en salud a partir de mayo de 2003, omitiendo vincularlo al sistema general de pensiones entre el 1º de mayo de 2003 y el 30 de septiembre de 2009, cumpliendo con su obligación sólo a partir del 1º de octubre de 2009.

Agrega que el 11 de abril de 2010 sufrió un accidente de tránsito en el que tuvo graves lesiones que le generaron una enfermedad de origen común, siendo calificado por la junta regional de calificación de invalidez, a través del dictamen No. 048 del 22 de marzo de 2012, con una pérdida de capacidad laboral del 50.35% y como fecha de estructuración aquella en la que ocurrió el accidente.

El señor Fabio Guillermo Chávez Caicedo contestó la demanda aceptando como cierto que afilió al demandante al sistema general de pensiones desde el 1º de octubre de 2009, a través de Porvenir S.A.; que el 11 de abril de 2010 el actor sufrió un accidente de tránsito en el que sufrió lesiones que le generaron una enfermedad de origen común y, que Porvenir S.A. negó la pensión de invalidez por carecer de 50 semanas en los 3 años anteriores a la estructuración de dicho estado. Frente a los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones alegando que el vínculo contractual que lo ató con el actor fue un contrato de prestación de servicios bajo la modalidad hora-catedra, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó “Mala fe del actor”; “Cobro de lo no debido”; “Prescripción”; “Pago”; “Buena fe del empleador”; “Inexistencia de la relación laboral”; “Falta de oponibilidad de la calificación efectuada al demandante” y la “Genérica”.

Por su parte, Porvenir S.A. manifestó que no le constaban los siguientes hechos de la demanda: *i)* el vínculo contractual que mantuvo el demandante con el señor Fabio Guillermo Chávez Caicedo; *ii)* la afiliación al sistema de seguridad social en salud y, *iii)* la no afiliación al sistema general de pensiones. Frente a los demás hechos indicó que eran ciertos.

Por otra parte, se opuso a las pretensiones propuestas en su contra y propuso como excepciones de mérito la “Genérica”, “Prescripción”; “Buena fe”; “Inexistencia de la obligación y/o cobro de lo no adeudado”; “Inexistencia de la causa por insuficiente densidad de semanas cotizadas”; “Compensación”; “Culpa exclusiva del afiliado” y “Exclusiva responsabilidad del empleador”.

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento declaró no probadas las excepciones propuestas por el codemandado Fabio Guillermo Chávez Caicedo y probadas las formuladas por Porvenir S.A., en consecuencia, absolvió a dicha sociedad de todas las pretensiones; declaró que entre el señor Jaime Pulgarín Henao y Fabio Guillermo Chávez Caicedo existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo como extremos el 1º de mayo de 2003 y el 1º de abril de 2012 y, que al actor le asiste el derecho al reconocimiento de su pensión de invalidez a partir del 11 de abril de 2010, en cuantía de un salario mínimo mensual vigente.

Seguidamente condenó a Fabio Guillermo Chávez Caicedo al reconocimiento de dicha prestación retroactivamente desde el 11 de abril de 2010, en cuantía que estimó, a la fecha de dictar la sentencia, en $34’771.750; así como al pago de las costas procesales.

Para llegar a tal determinación la A-quo consideró, en síntesis, que de las pruebas recaudadas en el proceso se concluía que el actor prestó sus servicios personales entre los años 2003 y 2012, de manera subordinada, a favor del señor Fabio Guillermo Chávez Caicedo como propietario de la Academia Automovilística del Café, pues de los testimonios como de los documentos allegadas al proceso se percibía que había un horario de clases teóricas y prácticas que el actor tenía que impartir, las cuales eran remuneradas semanalmente. Agregó que ello igualmente se podía extraer de las afiliaciones que hizo el demandado a favor del actor al sistema de salud en el año 2003 y al de pensiones en el año 2009, infiriéndose de las mismas los extremos de la relación.

En ese orden de ideas, precisó que a pesar de que el aludido empleador vinculó al actor al sistema general de pensiones, lo cierto es que debía asumir el pago de la pensión de invalidez por cuanto sólo vino a afiliarlo en octubre de 2009, y al haberse estructurado la invalidez en mayo de 2010, la cantidad de semanas que cotizó era insuficiente para cubrir el riesgo, sin que fuera posible pagar los periodos dejados de cancelar por cuanto el siniestro ya había acontecido.

1. **Recurso de apelación**

 El apoderado judicial del demandante apeló la decisión solicitando que se modificara, en el sentido de que quien debía pagar la pensión era la AFP demandada, toda vez que en el *sub lite* no hubo una falta absoluta de afiliación sino una afiliación tardía por cuenta del empleador; de manera que no se podía perjudicar al trabajador sometiéndolo a los recursos o solvencia incierta de aquel, respecto de quien no cuenta con la seguridad jurídica o financiera que tendría si la pensión la reconociera la AFP.

 Por su parte, el apoderado de Fabio Guillermo Chávez atacó la decisión de instancia en tres puntos específicos. El primero hace referencia a la ausencia de subordinación, señalando que no quedó demostrado que su poderdante impartiera órdenes o estableciera horarios al actor, al haber coincidido los testigos en afirmar que él podía hacer uso de su tiempo como mejor le pareciera, a tal punto que realizaba otras actividades como la venta de productos de la marca Amway o cd´s.

 Agregó que si bien hubo una afiliación tanto a salud como a pensión, ello se debió a una recomendación que hizo el Ministerio de Trabajo y a un acuerdo de colaboración al que llegaron las partes, a tal punto que el actor aceptó en el interrogatorio que sufragaba parte del pago de aquellos.

 El segundo, refiere a la falta de oponibilidad del dictamen de calificación efectuado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, alegando que su cliente no conoció el mismo, ni la manera o condiciones en que se dio la valoración; por lo que al no haber sido notificado de dicho examen, no tuvo la oportunidad de controvertirlo, violándose de esa manera el debido proceso.

 Finalmente, señala que en caso de que confirme la decisión relativa a la existencia del contrato de trabajo, debe considerarse que lo que existió fue una afiliación tardía y no una falta de afiliación como tal, siendo a la AFP a la que le corresponde asumir el riesgo.

1. **Consideraciones**

* 1. **De la existencia del contrato de trabajo** **entre el señor Fabio Guillermo Chávez Caicedo, en calidad de empleador, y el demandante:**

A efectos de establecer si el vínculo que ató a Jaime Pulgarín con estuvo revestido por un contrato laboral, el primer elemento que debió avizorarse no era otro que el de la prestación personal del servicio, mismo que se desprende desde la vasta prueba documental aportada por el demandado en mención, en el que se percibe que, efectivamente, el actor dictaba unas clases teóricas y prácticas en la Academia Automovilística del Café, hasta lo expuesto por la gran mayoría de los testigos que indicaron que ello era así.

 De esta manera, al emerger la presunción de la existencia del contrato de trabajo enmarcada en el artículo 24 del C.S.T., al señor Chávez Caicedo le correspondía desvirtuar la existencia de la subordinación y la remuneración a lo largo de la relación; empresa que, a juicio de esta Corporación, no alcanzó satisfactoriamente.

 Lo anterior en razón a que su defensa se basó en el hecho de que el actor podía disponer de su tiempo como mejor le pareciera, comercializando distintos productos en el horario que plasmó en la demanda; no obstante, la Sala no interpreta esas circunstancias de la misma manera, pues son más los elementos que llevan a establecer que la modalidad de cumplimiento de las obligaciones que le atañían al promotor del litigio estaba ligada a una obediencia hacia el propietario de la empresa, como el hecho de que las clases que dictaba, teóricas o prácticas, estaban programadas previamente y era él quien debía sujetarse a las mismas, las cuales, si bien no estaban enmarcadas en un itinerario que se reiteraba diariamente en la jornada laboral, su regularidad hacía que éste sometiera su tiempo a las programaciones que la secretaria de la empresa estableciera, sin que el hecho de que entre clase y clase quedaran espacios desvirtuara la existencia del contrato de trabajo.

 A juicio de esta Colegiatura no se acompasa con la realidad lo señalado por el demandado y los testigos que llamó al proceso cuando refieren que la academia de conducción, prácticamente, estaba a merced de lo que el demandante dispusiera respecto de las clases que se le programaban, esto es, *que él decidía si las dictaba o no y la academia las reprogramaba*, pues la inestabilidad organizacional que ello supondría, daría al traste con la viabilidad del giro ordinario de la empresa, así como en la economía propia del demandante, quien percibía la remuneración por las horas dictadas, lo cual, a juicio de la Sala, difícilmente se hubiera prorrogado por más de nueve años; lapso que estuvo afiliado el demandante como trabajador del demandado al sistema de salud.

 Ahora, el hecho de que existan particularidades que harían que –aparentemente- el actor tuviera cierta libertad para, en algunas oportunidades, manifestar que no podía dictar la clase, fue el resultado de la informalidad de la que quiso revestir la relación el demandado, pretendiendo con ese proceder desnaturalizarla, endilgando un grado de independencia al actor, quien, se itera, realmente estuvo sometido a una estructura funcional real, reiterada y continua, en la que quien prestaba su servicio personal, se sometía a un horario prestablecido para dictar una clase y recibir una remuneración por ello.

 Por otra parte, lejos está esta Judicatura de avalar el supuesto acuerdo al que según el togado del demandado llegaron las partes para afiliarlo tanto a salud como a pensión, ni tampoco que ello haya obedecido a una simple sugerencia del Ministerio de Trabajo *–cosa que no se probó-*, pues por el contrario, ello definitivamente es indicación de que el empleador conocía que esos pagos no eran otras cosa que obligaciones emergidas de un contrato de trabajo y no un mero acto de buena fe.

 No puede perderse de vista que la calidad de instructor acreditado del actor lo avalaba para dictar clases teóricas o prácticas y, en esa medida, no puede desligárselo del grupo de los que practican la docencia, quienes deben cumplir un estricto horario y acatar las órdenes de sus superiores, como puede ser el rector, el coordinador académico o el director de la academia de automovilismo; por lo tanto, aquel argumento del demandado que trata de desvirtuar el contrato de trabajo aduciendo que existía uno de prestación de servicios porque el actor estaba vinculado por hora-cátedra, no se comparte por esta Colegiatura ni se enmarca en lo dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 38182 del 17 de mayo de 2011, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, en la que se indicó lo siguiente:

“De acuerdo con la anterior, es de la esencia de la contratación de los servicios de enseñanza de docentes hora cátedra que su trabajo sea subordinado, por lo que mal se podía invocar tal modalidad de jornada para negar la naturaleza laboral de este vínculo como lo hace el demandado, máxime que, para la época de contratación de la actora, ya la Corte Constitucional se había pronunciado sobre el tema.

A más de la anterior fundamentación, según el artículo 23 del CST, la existencia del [contrato de trabajo](http://www.gerencie.com/contrato-de-trabajo.html) no depende de la modalidad o duración de la [jornada laboral](http://www.gerencie.com/jornada-de-trabajo.html) pactada.  De acuerdo con esta disposición, para que haya contrato de trabajo, se requiere que concurran la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un [salario](http://www.gerencie.com/salario.html) como retribución del servicio; una vez se dan estos tres elementos, existe el contrato de trabajo, independientemente de la denominación o de otras modalidades o condiciones que se le agreguen, lo que significa que la modalidad de la jornada de trabajo, si es por hora cátedra o jornada completa, en nada afecta la naturaleza de la [relación laboral](http://www.gerencie.com/relacion-laboral.html).”

 Lo hasta aquí expuesto es suficiente para concluir que entre el señor Jaime Pulgarín y Fabio Guillermo Chávez existió un contrato que se extendió entre el 1º de mayo 2003, fecha en las que se hizo la primera cotización al sistema de salud y el 1º de abril de 2012, en la cual, según el demandante, terminó la relación laboral, misma que encuentra respaldo tanto en la certificación expedida por Saludcoop E.P.S. (fl. 10 y s.s.) y por la AFP Porvenir S.A. (fl. 75 y s.s.).

 Respecto a la inoponibilidad del dictamen que alude el apoderado de señor Chávez Caicedo, se dirá que si bien el mismo no fue notificado a su prohijado con el fin de que ejerciera frente a él los mecanismos respectivos de contradicción, una vez se incorporó dicho documento al proceso contaba con los medios procesales para objetarlo, no obstante, una vez se decretó como prueba guardó silencio frente al mismo, quedando saneada la ausencia de publicidad inicial y entendiéndose que aceptaba el contenido en él plasmado. En ese sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida el 15 de abril de 2015, proceso radicado con el No. 53778, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, frente al deber de atacar dentro del proceso ordinario laboral aquellos dictámenes que no fueron notificados oportunamente al interesado.

* 1. **De la pensión de invalidez**

 Demostrada como quedó la existencia del contrato de trabajo, resta verificar a quien le corresponde asumir el pago de la pensión de invalidez reclamada, siendo del caso advertir que a pesar de que la decisión de primer grado se acompasa a los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que expone que le corresponde al empleador que omitió la afiliación o afilió tardíamente a su trabajador al sistema general de pensiones asumir el pago de la prestación de invalidez reclamada; no puede perderse de vista que esa misma Corporación ha adoctrinado que ante la falta de afiliación o afiliación tardía, lo que se ajusta más, entre otros, a los principios de la seguridad social e integralidad, es que sea la administradora del fondo de pensiones quien asuma el pago del riesgo, siempre que el empleador traslade el respectivo cálculo actuarial de los periodos que dejó de cancelar.

 La sentencia que marcó un viraje o constituyó un hito en la postura del aludido organismo, en el sentido que acaba de resaltarse, fue la proferida el 27 de enero de 2009, dentro del proceso radicado con el número 32179, M.P. Camilo Tarquino Gallego, *-misma que invoca el apoderado del actor-*; y que ha sido invocada en distintas providencia que fueron recopiladas a manera de línea jurisprudencial en la sentencia del 20 de octubre de 2015, proferida dentro del proceso radicado con el número 43182, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, de la cual se extraen los siguientes apartes con el fin de cimentar la decisión que se tomará más adelante:

“No obstante lo anterior, no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Sala ha tenido una evolución, coordinada y concordante con el espíritu de las nuevas disposiciones que ha expedido el legislador para contrarrestar estas hipótesis de falta de afiliación, que afectan la configuración del derecho pensional de los afiliados, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia. En lo fundamental, esa progresión de la jurisprudencia ha estado encaminada a lograr la financiación plena de las prestaciones, así como unidad en su reconocimiento, a través de las entidades de seguridad social.

Concretamente, el sistema de seguridad social y sus desarrollos en la jurisprudencia han tendido a reconocer expresamente tales omisiones de afiliación, dadas en el pasado, así como a buscarles una solución adecuada y suficiente, a través del reconocimiento de la respectiva prestación por parte de las entidades de seguridad social, con el consecuente recobro o integración de los aportes y recursos, por medio de títulos pensionales que deben pagar los empleadores omisos.

Ejemplos claros de la referida evolución y del espíritu del legislador son el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que, para el reconocimiento de pensiones de vejez, legitimó la inclusión del *«…tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley* [*100*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1)*de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión…»*; y el literal d) de la misma norma, introducido por virtud del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que facultó la inclusión del *«…tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador…»,* los dos con la condición de que *«…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, el cual estará representado por un bono o título pensional.»*

En este punto también es dable mencionar el Decreto 1887 de 1994, que estableció la metodología para el cálculo de los referidos títulos pensionales, y el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que prescribió que *«…en el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994.»*

Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adoctrinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva, con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.”

En esa misma sentencia también se refirió la Corte a la declaración de contratos realidad en los que no hubo inscripción al sistema de pensiones, en el siguiente sentido:

“Ante dicho panorama, valiéndose de las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, la Corte ha optado por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social, que mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes.” (…)

“Ahora bien, aquí y ahora, para la Corte resulta preciso reivindicar la mencionada orientación y evolución en su jurisprudencia, pues el mencionado traslado de responsabilidades entre entidades de la seguridad social – para pago de las pensiones - y empleadores – para pago de cálculos actuariales -, es el que resulta más adecuado a los intereses de los afiliados y el más acoplado a los objetivos y principios del sistema de seguridad social.” (…)

“Por otra parte, para la Corte la solución a situaciones de omisión en la afiliación que se ha venido reseñando resulta eficiente, pues reconoce prioritariamente el trabajo del afiliado, como base de la cotización, a la vez que garantiza el reconocimiento oportuno de las prestaciones, sin resquebrajar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores, con instrumentos como el cálculo actuarial y herramientas de coacción como las que tienen legalmente las entidades de seguridad social.”

“De igual forma, para la Corte, esta orientación es la respuesta más adecuada a los intereses de los afiliados, pues se les garantiza el pago de sus prestaciones a través de entidades del sistema de seguridad social, que tienen una mayor solidez financiera, vocación de permanencia y estabilidad, a la vez que una menor volatilidad que la que pueden tener determinadas empresas.” (…)

“Ahora bien, para la Sala resulta pertinente aclarar que la solución a las problemáticas de omisión en la afiliación que se ha descrito, es predicable respecto de pensiones causadas tanto en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, como en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.” (…)

 Si bien el anterior precedente se erigió con el fin de cobijar a quienes persiguen el reconocimiento de una pensión de vejez, dicha doctrina se extiende también a la pensión de sobrevivientes e invalidez por cuanto todas ellas componen el sistema general de seguridad social en pensiones, para cuya financiación se precisan los aportes. En efecto, i) la afiliación y el aporte al riesgo de vejez es el mismo que cobija los riesgos de invalidez y muerte, de manera que la no afiliación o afiliación tardía al riesgo de vejez afecta igualmente los otros dos riesgos; y, ii) el sistema de seguridad social en pensiones se creó precisamente para subrogar al empleador de la obligación de responder por los riesgos de invalidez, vejez y muerte y, en ese sentido, lo que se propende no es otra cosa que la prestación sea asumida por el sistema de seguridad social en pensiones, a fin de garantizar el pago a través de sus entidades, las cuales cuentan con una mayor solidez financiera a la que puede tener el empleador demandado. De esa manera se evita que quien desplegó su fuerza de trabajo y no fue afiliado o fue afiliado tardíamente, padezca dos consecuencias negativas, cuales son, primero que todo, no percibir oportunamente la prestación a que tendría derecho y, segundo, acceder a una pensión por cuenta de quien no tiene la solidez financiera, la vocación de permanencia y estabilidad de que gozan las AFP.

 Ahora, si bien en los casos en los que la afiliación tardía de quien ha estructurado una invalidez, ha desembocado en aquella posición jurisprudencial que ha endilgado la responsabilidad de asumir la pensión de invalidez por cuenta del empleador, no puede perderse de vista que dicha responsabilidad también se cumple con la elaboración del cálculo actuarial, medida esta que favorece con mayores garantías al trabajador como atrás se expresó. Además, esta Corporación encuentra procedente remitirse al contenido del artículo 33, parágrafo 1º literal d, toda vez que con el mismo se busca conservar la estabilidad financiera del sistema de seguridad social al obligar al empleador a trasladar el cálculo actuarial de todos aquellos periodos que dejó de cancelar por la falta de afiliación y ponerlos a disposición de la respectiva AFP, y que en el presente caso van desde mayo del año 2003 hasta octubre de 2009.

 En ese orden de ideas, la sanción contra el empleador que omitió afiliar al trabajador teniendo la obligación legal de hacerlo, se ajusta más a los postulados constitucionales cuando se le permite asumir el traslado del cálculo actuarial a favor de la AFP, máxime en este caso donde el demandante venía laborando dentro de las 50 semanas o en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, por lo que existe el derecho a la pensión de invalidez invocada, toda vez que el trabajo es la base del deber de cotizar, y si la afiliación no se hizo en parte de ese lapso, surge inevitable la elaboración del cálculo actuarial por todo el tiempo dejado de cotizar, lo que con mayores razones asegura el financiamiento de la pensión.

Como corolario de lo hasta aquí discernido, la Sala confirmará la sentencia de primer grado en lo relacionado con la existencia del contrato de trabajo que existió entre las partes entre el 1º de mayo de 2003 y el 1º de abril de 2012; pero revocará el punto concerniente a la obligación del empleador de sufragar la pensión de invalidez, para en su lugar, ordenarle trasladar el cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones dejadas de pagar entre el 1º de mayo de 2003 y el 30 de septiembre de 2009, según lo disponga Porvenir S.A.; ente que una vez reciba el pago respectivo, procederá a reconocer retroactivamente la pensión de invalidez desde el momento de la estructuración.

Costas en ambas instancias correrán a cargo de Fabio Guillermo Chávez Caicedo, pues a pesar de que existe una orden en contra de la AFP demandada, la misma surge por una interpretación constitucional favorable y no a una causa imputable a la AFP.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala de Decisión Laboral No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**Primero**.- **Revocar** el ordinal **Segundo** y del **Quinto** al **Octavo** dela sentencia proferida el 24 de noviembre de 2014 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Jaime Pulgarín Henao** contra la **Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A.** y, en su lugar,

**Segundo**.- Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

**Tercero**.-**Condenar** alseñor **Fabio Guillermo Chávez Caicedo** a que traslade a la **AFP Porvenir S.A.** el valor del cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones dejadas de pagar entre el 1º de mayo de 2003 y el 30 de septiembre de 2009, de conformidad con la liquidación que efectúe dicha sociedad, la cual se expedirá dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión.

**Cuarto**.- **Condenar** a la **AFP Porvenir S.A.** a que reconozca y pague la pensión de invalidez del señor **Jaime Pulgarín Henao Fabio Guillermo Chávez Caicedo** una vez el señor **Fabio Guillermo Chávez Caicedo** le traslade el valor del cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones dejadas de pagar entre el 1º de mayo de 2003 y el 30 de septiembre de 2009, retroactivamente, a partir del 11 de abril de 2010, en cuantía de un salario mínimo legal mensual y por catorce mesadas anuales.

**Quinto.- Condenar** en costas de ambas instancias al señor **Fabio Guillermo Chávez Caicedo** y a favor del demandante en un 100%. Liquídense en la Secretaría del Juzgado de origen de conformidad con el artículo 366 del Código General del proceso.

 **Notificación surtida en estrados.**

**Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

 No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ de la mañana, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 **Salva voto**

**JELYNE MONSALVE OSPINA**

Secretaria Ad-Hoc

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

*Pereira, veintiséis [26] de febrero de dos mil dieciséis [2016].*

***SALVAMENTO DE VOTO:***

Con el debido respeto me aparto de la decisión mayoritaria consistente en condenar a la AFP PORVENIR S.A. a reconocer y pagar la pensión de invalidez del señor Jaime Pulgarín Henao, a pesar de no cumplir con los requisitos previstos en la ley para configurar la pensión.

En este asunto se probó que el empleador del actor sólo lo afilió y empezó a hacer aportes para el sistema general de pensiones a partir del 1º de octubre de 2009, por lo que, al sufrir un accidente el 11 de abril de 2010 que le generó la invalidez, no contaba con las 50 semanas de aportes, dentro de los tres años anteriores a su estructuración, que exige la norma para acceder al derecho.

Con tal realidad fáctica aceptada y diciendo apoyarse en las sentencias T-483 de 2014 de la Corte Constitucional y 43182 de la Sala de Casación Laboral, la mayoría de la Sala opta por imponer la obligación pensional en cabeza de la AFP demandada, lo cual no comparto, por las siguientes razones:

**INEXISTENCIA DE ELEMENTOS COMUNES ENTRE LA SENTENCIA T-483 DE 2014 Y EL PRESENTE ASUNTO.**

El problema jurídico a resolver en la sentencia T-483 de 2014 era si:

*¿Vulnera un fondo de pensiones (Colpensiones) los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital de una persona con una discapacidad (Asdrubal Jesús Ariza Piña), al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, argumentando que la invalidez del peticionario se estructuró desde su nacimiento, sin tener en cuenta que ha laborado y cotizado al sistema general de pensiones durante quince (15) años?*

A tal interrogante la Corte le da la siguiente respuesta:

*“De conformidad con lo expuesto, la Sala Primera de Revisión no considera razonable la interpretación de la entidad accionada, pues, de darle eficacia jurídica a tal interpretación, se le restaría valor a los mandatos constitucionales de prohibición de discriminación, a la protección especial de las personas con discapacidad, así como al principio de igualdad, porque bajo la legislación actual no existe posibilidad de que el señor Ariza se pensione por invalidez. Esta interpretación implica, que sin importar el número de semanas que trabaje y cotice una persona al sistema de seguridad social en pensiones, bajo la legislación vigente no podrá gozar de este derecho, por habérsele diagnosticado desde su nacimiento una pérdida de la capacidad laboral superior al cincuenta por ciento (50%).”*

La pregunta que surge es: ¿Qué tienen en común el caso tratado en esa T-483 de 2014 con el presente asunto en el que se trata de una pérdida de capacidad ocurrida por un accidente ocurrido cuando no se contaba con el número de semanas suficiente para adquirir el derecho pensional?

Si los temas son tan diferentes, ¿Cómo puede pretender usarse la solución de la Corte como precedente en este caso?

Creo que lo único que vincula los dos asuntos es que en ambos se está aspirando a una pensión de invalidez, pero los hechos que hacen necesaria una solución de la jurisdicción son sustancialmente diferentes, de allí que mal se hace en usar la providencia citada como un fundamento de la decisión a tomar en este proceso.

**LA JURISPRUDENCIA CONTENIDA EN EL PROCESO RADICADO 43182 DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

En esta providencia la Sala de Casación Laboral efectivamente impone el reconocimiento y pago de una pensión a la AFP demandada, a pesar de que no se alcanzaba a reunir el número de semanas exigido en razón de la falta de afiliación o afiliación tardía del trabajador al sistema, pero se trata de **una pensión de vejez,** que obviamente se guía por una lógica diferente a la de invalidez reclamada en este asunto.

En efecto, el soporte de la providencia consiste en que los literales c) y d) del artículo 33 de la ley 100 de 1993 disponen que para determinar el derecho a obtener la **pensión de vejez,** las administradoras deben contabilizar los tiempos de servicios con empleadores que no afiliaron a sus trabajadores o no lo hicieron oportunamente. Pero basta una mirada para darse cuenta que la norma citada hace parte exclusiva del capítulo que regula las normas relativas a la **pensión de vejez**, esto es, no es común a los riesgos de invalidez y muerte que se rigen por sus propias disposiciones, basadas hoy por hoy en la exigencia de 50 semanas de aportes dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al acontecimiento que las genera.

Es que, para resolver el caso presente, que versa sobre un afiliado a una AFP privada, olvida la mayoría de la Sala que el artículo 20 de la ley 100 de 1993 dispone que:

“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al fondo de garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad **y el 3% restante** se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, **y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.” (Las negrillas no son del original)**

De donde se desprende que la cobertura prestacional de los riesgos de invalidez y sobrevivientes depende de la adquisición por parte de la administradora de un seguro para cubrir el riesgo, para lo cual se destina una parte del 3% del salario base de cotización, porcentaje que en consecuencia no se capitaliza en la cuenta de ahorro individual, sino que se consume con el pago de la cuota a la aseguradora.

Tal falta de capitalización explica porqué los riesgos de invalidez y de sobrevivencia, a diferencia del de vejez, no exigen una larga permanencia en el sistema, sino una moderada fidelidad. **Sencillamente porque ellos no se cubren por vía de capitalización sino con la adquisición de un seguro,** que obviamente, de no pagarse con la fidelidad que tenga previsto el sistema, no da lugar al cubrimiento de la contingencia.

De manera tal que, imponerle ahora a la Administradora la obligación de recibir un cálculo actuarial por parte del empleador que no afilió oportunamente al trabajador para que proceda al pago de la **pensión de invalidez**, es sujetarla al pago de una pensión cuyo cubrimiento no tuvo la forma de asegurar y que por ende, le tocará financiar con su propio patrimonio.

En este caso, en mi criterio, al no tratarse de una pensión de vejez sino de invalidez, no resultaba aplicable la jurisprudencia traída a colación por los integrantes que conformaron la mayoría para la decisión. Lo que correspondía era imponer el reconocimiento y pago de la pensión a cargo del empleador incumplido, que es el real responsable de que no se hubieran reunido los requisitos exigidos por las normas del sistema general de pensiones para acceder a la pensión de invalidez reclamada.

Por lo dicho considero que la decisión de primera instancia debió ser confirmada*.*

En estos términos dejo salvado mi voto.

***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

Magistrado