El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir la providencia 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 Sala.

**Providencia**: Sentencia – Grado de consulta – 27 de junio de 2017

**Proceso**:Ordinario Laboral – Confirma fallo que accedió a las pretensiones

**Radicación No**:66001-31-05-004-2015-00560-01

**Demandante**: José Jorge Arias Serna

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

**Tema a tratar: REGIMEN DE TRANSICIÓN.** El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene como fin conservar los requisitos de la norma anterior en relación con la edad, semanas de cotización o tiempos de servicios y monto de la pensión, para quienes al 1° de abril de 1994 tuvieran más de 40 años de edad si fueran hombres o 35 años en el caso de las mujeres, o 15 o más años de servicios cotizados. En este asunto, es innecesario referirnos al Acto Legislativo 01/05, porque como se analizará a continuación, el actor acreditó el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez con anterioridad al 31/07/2010. **REQUISITOS PENSIÓN DE VEJEZ – ACUERDO 049/90.** De conformidad con lo previsto por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y para el caso de los hombres, para obtener el derecho a la pensión de vejez se requiere acreditar 60 años de edad y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad. **DIFERENCIAS ENTRE FALTA DE AFILIACIÓN Y MORA PATRONAL** Debe advertirse que la omisión en la afiliación y el pago retardado de los aportes, son dos situaciones jurídicas diferentes con efectos también opuestos para el empleador y para la administradora de pensiones. Es así como la falta de afiliación genera, en principio, para el empleador, la carga de asumir los riesgos de su trabajador, lo que significa que ninguna consecuencia jurídica se genera sobre las administradoras, toda vez que, al no mediar la afiliación o inscripción, no surge la cotización, y por tanto, no se abren paso las acciones de cobro que contemplan las normas legales para recaudar las cotizaciones que adeudan sus afiliados. Por su parte, la mora patronal genera básicamente la actividad o cobro coactivo que debe desplegar la A.F.P. a fin de obtener el pago de los aportes por parte del empleador moroso, pero no lo hace responsable del pago de los riesgos asegurados, los cuales corren por cuenta de la administradora. **CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE AFILIACIÓN.** La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia con radicado 32179 del 27/01/ 2009, ha definido que las normas llamadas a definir los efectos de la *«falta de afiliación»* o de la *«mora»* en el pago de los aportes al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del derecho, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada. En este orden de ideas, es posible aplicar el artículo 33 de la Ley 100/93, específicamente el literal d) del parágrafo 1° que consagra que, la administradora de fondos de pensiones deberá reconocer la pensión, aun teniendo en cuenta el tiempo en que por omisión del empleador no hubo afiliación, siempre y cuando éste, traslade con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador, el cual deberá entregarse al ISS para que pueda financiar la pensión correspondiente. (…) Por lo tanto, los empleadores que omitieron realizar la afiliación de sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social, deben asumir el pago de los aportes con respecto al cálculo actuarial que efectúe la entidad administradora, tal y como lo advirtió la a-quo y que, en el caso concreto, debe correr a cargo de la señora Adiela González Cañas respecto del periodos comprendido entre del 04/02/1996 al 31/03/2001, es decir, 1858 días o 265,42 semanas.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los veintisiete (27) días del mes de junio de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve y treinta de la mañana (09:30 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto a la sentencia proferida el 22 de julio de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **José Jorge Arias Serna** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES,** radicado bajo el N° 66001-31-05-004-2015-00560-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderada:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderada:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos atendiendo lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

* 1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende el señor José Jorge Arias Serna que se declare: (i) que existió una relación laboral con la señora Adiela González Cañas entre el 03/04/1996 y el 09/04/2001; (ii) se ordene a Colpensiones efectuar el cobro de los aportes dejados de cotizar por la referida empleadora durante ese término; (iii) que es beneficiario del régimen de transición y por lo tanto, tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049/90, desde el 19/01/2007; (iv) se le reconozcan los intereses moratorios y las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 19/01/1947, por lo que al 01/04/1994 contaba con 47 años de edad, que lo hace beneficiario del régimen de transición; (ii) dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse acredita 614 semanas cotizadas; (iii) sostuvo una relación laboral con la señora Adiela González Cañas entre el 03/04/1996 al 09/04/2001, lapso dentro del cual su empleadora solo cotizó al sistema general de seguridad social en salud, pero omitió hacerlo en pensiones; (iv) dentro de las 614 semanas antes indicadas, se contabilizó el periodo dejado de cotizar por la empleadora; (v) el 13/05/2013 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, que le fue negada por Colpensiones mediante Resolución N° 3616043 de 2014 –sic-, con el argumento de no cumplir los requisitos del artículo 33 de la Ley 100/93; (vi) Colpensiones omitió vincular a la señora Adiela González Cañas, con lo cual desconoce el parágrafo 1°, literal d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso a la prosperidad de las pretensiones relacionadas con esa entidad y como razones de defensa arguyó, que si bien el actor era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93 en razón de su edad, lo perdió por cuanto no satisface los requisitos del acto legislativo 01/05, por lo que la prestación que reclama debe analizarse bajo los presupuestos de la Ley 797/03, normativa bajo la cual acredita 795,57 semanas cotizadas. Respecto a las acciones de cobro que solicita la parte actora se realicen a la señora Adiela González Cañas, refirió que no era procedente, por cuanto la situación que se presenta es una falta de afiliación, de ahí que no exista mora, por lo que la citada señora debe responder es por el cálculo actuarial. Interpuso como excepciones las que denominó “Inexistencia de la obligación” y “Prescripción”.

Notificada la señora **Adiela González Cañas** de la existencia del proceso, optó por guardar silencio, según da cuenta la constancia secretarial, visible a folio 84 del cd. 1 y, mediante auto del 11/05/2016 –fl. 100 *ib*-, se tuvo esa actitud como un indicio grave en su contra.

* 1. **Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, declaró que el actor era beneficiario del régimen de transición, condenó a la señora Adiela González Cañas a reconocer y pagar a Colpensiones el cálculo actuarial a favor del demandante por el periodo comprendido entre el 04/02/1996 y el 31/03/2001 y, en consecuencia, condenó a esa entidad a reconocerle la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049/90, a partir de la fecha en que la referida empleadora cumpliera con lo que le fue ordenado, para lo cual le concedió un mes. Condenó en costas a la señora Adiela Gonzalez Cañas y a favor del actor.

Para arribar a la anterior conclusión argumentó que cuando falta la afiliación y/o inscripción al sistema pensional no es posible jurídicamente ejercer acciones de recobro, porque no hay mora, de donde se infiere que son dos figuras diferentes y por lo tanto, producen consecuencias disímiles; en tanto la primera genera responsabilidad directa en el empleador y, la segunda, en la administradora de pensiones. Basó su entendimiento en providencia de esta Corporación[[1]](#footnote-1) en la que a su vez cita una de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[2]](#footnote-2).

Ahora, en aplicación del parágrafo, literal d) del artículo 33 de la Ley 100/93, debe tenerse en cuenta para el reconocimiento pensional los tiempos en que el empleador omitió afiliar al trabajador, siempre y cuando aquel traslade los dineros correspondientes de acuerdo al cálculo actuarial que se realice.

De acuerdo con lo anterior, como la señora Adiela González Cañas, omitió la afiliación del demandante por el periodo comprendido entre los años 1996 y 2001, aspecto que fue confesado por ella al absolver el interrogatorio de parte que le fuera formulado, al explicar que solo lo afilió a salud; le corresponde cancelar el cálculo actuarial por dicho lapso.

De acuerdo con la historia laboral –fl. 88 y s.s. del cd. 1-, se observa que dicha relación laboral inició el 04/02/1996 hasta el 31/03/2001 para un total de 265,28 semanas, estas deben adicionarse a las válidamente registradas en ella -795,60-, generándose un total de 1.060,85 semanas en toda la vida laboral, donde la última cotización fue realizada en marzo de 2013.

De otro lado, afirmó que el actor era beneficiario del régimen de transición por edad, por lo que podía acudirse al Acuerdo 049/90 para analizar si tenía derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, normativa bajo la cual halló satisfechos los requisitos de edad, el 19/01/2007 y, 669,15[[3]](#footnote-3) semanas cotizadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Aclaró que si bien la prestación se causa con el cumplimiento de la edad y densidad de cotizaciones, el disfrute solo se genera una vez se presente la desafiliación al sistema, en este caso, sería en marzo de 2013, pero teniendo en cuenta las circunstancias especiales de este asunto, que la empleadora debe responder por el cálculo actuarial, el reconocimiento de la pensión será a partir del momento en que se realice ese pago.

Se abstuvo de reconocer los intereses moratorios, porque la negativa de la entidad se basó en la falta de cumplimiento de semanas, decisión ajustada a la realidad y a las normas pertinentes.

* 1. **Grado Jurisdiccional de Consulta**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.L. se ordenó el grado jurisdiccional de consulta, al haber resultado la misma totalmente adversa a los intereses de COLPENSIONES.

**CONSIDERACIONES**

**1. De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes interrogantes:

1.1. ¿El señor José Jorge Arias Serna es beneficiario del Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

1.2. ¿Logró el demandante acreditar los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez que solicita?

1.3. ¿Le corresponde a la señora Adila González Cañas el pago de los aportes por los períodos transcurridos entre el 04/02/1996 y el 31/03/2001? ¿En caso afirmativo de qué forma los debe cancelar?

1.4. ¿A partir de qué fecha procede el disfrute de la pensión de vejez del actor?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

Con el propósito de dar solución a los anteriores cuestionamientos, se considera necesario precisar lo siguiente:

* 1. **Cuestión Previa**

**De la diferencia entre la omisión en la afiliación al Sistema General de Pensiones y la mora en el pago de los aportes.**

Debe advertirse que la omisión en la afiliación y el pago retardado de los aportes, son dos situaciones jurídicas diferentes con efectos también opuestos para el empleador y para la administradora de pensiones.

Es así como la falta de afiliación genera, en principio, para el empleador, la carga de asumir los riesgos de su trabajador, lo que significa que ninguna consecuencia jurídica se genera sobre las administradoras, toda vez que, al no mediar la afiliación o inscripción, no surge la cotización, y por tanto, no se abren paso las acciones de cobro que contemplan las normas legales para recaudar las cotizaciones que adeudan sus afiliados.

Por su parte, la mora patronal genera básicamente la actividad o cobro coactivo que debe desplegar la A.F.P. a fin de obtener el pago de los aportes por parte del empleador moroso, pero no lo hace responsable del pago de los riesgos asegurados, los cuales corren por cuenta de la administradora.

**1.1.1. Fundamento fáctico**

Se encuentra acreditado en el presente asunto que el señor José Jorge Arias Serna, laboró al servicio de la señora Adiela González Cañas, en calidad de agregado o administrador de la Finca San Julián, ubicada en el Municipio de Villamaría Caldas, entre los años 1996 a 2001, interregno en el cual la empleadora solo canceló los aportes a salud; supuestos que fueron confesados por la referida señora al absolver el interrogatorio de parte formulado en la audiencia de trámite y juzgamiento.

Ahora, como no fueron referidos los extremos en que se suscitó la indicada relación laboral, bien hizo la a-quo en señalar que lo fue entre el 04/02/1996 al 31/03/2001, pues son esas fechas las que se encuentran registradas en los documentos visibles a folios 23 a 24 y 52 a 53 del cd. 1, que corresponde a la Relación de novedades del sistema de autoliquidación de aportes mensual expedido por el extinto ISS, en la que si bien se indica que no es válida para prestaciones económicas, guarda semejanza con el periodo confesado por la empleadora, de lo cual se infiere que los datos allí plasmados corresponden a la realidad.

Lo anterior permite concluir, que la señora Adiela González Cañas omitió realizar la afiliación del demandante al sistema pensional, por lo que debe responder por el pago de esos aportes, en los términos que señalarán a continuación.

**1.2. Efectos de la falta de afiliación – Normativa aplicable**

**1.2.1. Fundamento jurídico**

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia con radicado 32179 del 27/01/ 2009[[4]](#footnote-4), ha definido que las normas llamadas a definir los efectos de la *«falta de afiliación»* o de la *«mora»* en el pago de los aportes al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del derecho, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada.

En este orden de ideas, es posible aplicar el artículo 33 de la Ley 100/93, específicamente el literal d) del parágrafo 1° que consagra que, la administradora de fondos de pensiones deberá reconocer la pensión, aun teniendo en cuenta el tiempo en que por omisión del empleador no hubo afiliación, siempre y cuando éste, traslade con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador, el cual deberá entregarse al ISS para que pueda financiar la pensión correspondiente.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado[[5]](#footnote-5):

*“Con relación a las consecuencias por la no afiliación al sistema pensional durante toda la vigencia de la relación laboral, a pesar de haber entrado a regir el sistema de afiliación obligatoria a pensiones administrado por el ISS, en el sector privado, la jurisprudencia laboral ha ido evolucionando frente a la forma de recuperar los tiempos trabajados y no cotizados por falta de afiliación, hasta llegar al criterio, respecto de las pensiones a causarse en vigencia de la Ley 100 de 1993, que, conforme al mencionado artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el empleador omiso está obligado a reconocer el cálculo actuarial previsto por el legislador para efectos de que se puedan contabilizar los tiempos laborados en la informalidad y se pueda completar las semanas de cotización requeridas para acceder a la pensión de vejez. Para ser más exactos, se rememora enseguida las consideraciones de esta Corte sobre el punto, expuestas en un caso de un empleador omiso de su deber de afiliar a pensiones, SL 16715 de 2014”.*

Por lo tanto, los empleadores que omitieron realizar la afiliación de sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social, deben asumir el pago de los aportes con respecto al cálculo actuarial que efectúe la entidad administradora, tal y como lo advirtió la a-quo y que, en el caso concreto, debe correr a cargo de la señora Adiela González Cañas respecto del periodos comprendido entre del 04/02/1996 al 31/03/2001, es decir, 1858 días o 265,42 semanas.

Ahora, determinó la jueza que el cálculo actuarial debía realizarse teniendo en cuenta el monto del SMLMV, determinación que se avala porque sobre ese IBC fue que se realizaron los aportes en salud, según los documentos ya relacionados.

**1.3. Régimen de transición**

* + 1. **Fundamento jurídico.**

El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene como fin conservar los requisitos de la norma anterior en relación con la edad, semanas de cotización o tiempos de servicios y monto de la pensión, para quienes al 1° de abril de 1994 tuvieran más de 40 años de edad si fueran hombres o 35 años en el caso de las mujeres, o 15 o más años de servicios cotizados.

En este asunto, es innecesario referirnos al Acto Legislativo 01/05, porque como se analizará a continuación, el actor acreditó el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez con anterioridad al 31/07/2010.

* + 1. **Fundamento fáctico.**

Tras analizar la documental allegada al infolio, no existe duda alguna que el señor José Jorge Arias Serna, adquirió el derecho a beneficiarse del régimen de transición descrito, toda vez que al 1° de abril de 1994 contaba con 47 años de edad cumplidos, como quiera que de la copia de la cédula de ciudadanía –fl. 11- se puede extraer que nació el 19/01/1947; consecuencia, tiene derecho a que su prestación pensional se revise con fundamento en el Acuerdo 049/90.

**2.2. De los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990.**

**2.2.1. Fundamento jurídico**

De conformidad con lo previsto por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y para el caso de los hombres, para obtener el derecho a la pensión de vejez se requiere acreditar 60 años de edad y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad

**2.2.2. Fundamento fáctico**

Se encuentra probado que el actor nació el 19/01/1947, por lo tanto, cumplió los 60 años de edad en esa calenda de 2007, por ello satisface el requisito de la edad.

En lo que respecta a las semanas de cotización, de conformidad con el registro de semanas o historia laboral visible a folios 88 y s.s. del cuaderno 1, se tiene que dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse *-19/01/1987 al 19/01/2007*-, cuenta con 545,45 semanas cotizadas, a las que al adicionarle las 265,42 del cálculo actuarial a cargo de la señora Adiela González Cañas, se arriba a un total de 810,87 semanas dentro de ese periodo, cumpliendo con suficiencia los requisitos para poder gozar del beneficio pensional, una vez sea pagado por la señora Adiela González Cañas el cálculo actuarial, momento a partir del cual tendrá derecho a disfrutar de la pensión.

Así las cosas, en suma de advertirse, que el reconocimiento y pago del derecho pensional del señor José Jorge Arias Serna queda condicionado al pago del cálculo actuarial por parte de la señora Adiela González Cañas.

No hay lugar a analizar la procedencia de los intereses moratorios en el caso concreto, porque no fueron impuestos en la sentencia que se revisa en grado jurisdiccional de consulta.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión de primera instancia será confirmada.

Costas en esta instancia no se causaron por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Cuarta de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de julio de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **José Jorge Arias Serna** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES,** conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión*.*

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia no se causaron por lo dicho en la parte motiva.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

1. M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares 2012-00692. [↑](#footnote-ref-1)
2. M.P. Gustavo José Gnneco Mendoza rad. 35211 del 09/09/2009 [↑](#footnote-ref-2)
3. Al sumarle las 265,28 semanas a cargo de la señora Adiela González Cañas [↑](#footnote-ref-3)
4. M.P. Camilo Humberto Tarquino Gallego. Y reiterada en las providencias CSJ SL, del 26 de mar. 2013, rad.42398; SL 646 de 2013 y SL16715 de 2014, SL 14388 de 2015 y **SL3892-2016** [↑](#footnote-ref-4)
5. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. SL6552-2016, Radicación N° 45745 del 18/05/2016 [↑](#footnote-ref-5)