Providencia: **Sentencia - Segunda Instancia - 27 de septiembre de 2018**

Radicación No: 66001-31-05-001-2014-00681-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Oscar Antonio Rojas Guevara

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: **Francisco Javier Tamayo Tabares**

**Temas: PENSIÓN DE VEJEZ / MORA PATRONAL / DEBER DE COBRO POR PARTE DEL ISS, HOY COLPENSIONES, UNA VEZ DEMOSTRADA LA RELACIÓN LABORAL**

“Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

En Pereira, a los veintisiete (27) días del mes de septiembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las (10:30 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el magistrado que integran la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, declaran formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia dictada el 30 de enero de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Oscar Antonio Rojas Guevara*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y vinculados al presente tramite a los herederos indeterminados de***Luis Alberto González Castro*.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Pretende el demandante, que se declare el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, conforme a los postulados del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por encontrarse inmerso en el régimen de transición, junto con los intereses moratorios, y el pago de costas.

Como sustento de sus pretensiones, relata que, nació el 12 de diciembre de 1951, contando con 43 años de edad para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por lo que, le es aplicable el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, y para el 29 de julio de 2005 tenía acreditadas 948,25 semanas; que el día 19 de diciembre de 2013 radicó solicitud de pensión de vejez ante Colpensiones por considerar cumplidos los requisitos, pero esa entidad por medio de Resolución GNR64135 del 27 de febrero de 2014, negó la solicitud, arguyendo que no acreditó el requisito de semanas para acceder a la prestación, puesto que, su historia laboral reportó 1.026 semanas cotizadas; que el actor laboró y realizó aportes al Instituto de Seguro Social en forma ininterrumpida desde el 01 de septiembre de 1973 hasta el 31 de enero de 2014 teniendo acreditado 1.030,30 semanas, pero durante ese lapso acumuló 1.295.59 semanas, dado que, entre 01 de diciembre de 1989 al 31 de diciembre de 1994, se encontró en mora por el no pago de los respectivos aportes por parte de su empleador para esa fecha.

Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien al dar respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones, al manifestar que, el actor era parcialmente beneficiario del régimen de transición por tener más de 40 años de edad al 1 de abril de 1994, pero que, a este momento no puede obtener la pensión de vejez, puesto que, no logró acreditar las 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005. En su defensa propuso como excepciones de fondo “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

Por su parte, el curador ad litem de los herederos indeterminados de Luis Alberto González Castro, declaró que, ni se allana, ni tampoco se opone a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, y que en todo caso, se atendrá a lo que resulte probado en el presente proceso.

1. ***ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia, se corrió traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, para que presentaran sus alegatos de conclusión.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La Jueza a-quo señala en el caso puntual que, el actor acreditó ser beneficiario del régimen de transición, por lo que le es aplicable la normativa anterior prevista en el Acuerdo 049 de 1990, al contar con 40 años al 1 de abril de 1994, y demostró 750 semanas cotizadas para el 29 de julio de 2005. Con relación al pago de los aportes en mora por parte del empleador, la falladora estableció que Colpensiones no demostró haber realizado ninguna acción de cobro coactivo contra el deudor moroso, por lo que no encontró el Despacho motivos para imponer condena en contra de los herederos indeterminados de Luis Alberto González Castro, ya que esa omisión de realizar el cobro es responsabilidad de Colpensiones según las facultades otorgadas por la ley.

En consecuencia, se ordenó a Colpensiones, corregir la historia laboral del actor, reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional causado desde el 14 de diciembre de 2013 y hasta que se realice la inclusión en nómina, los intereses moratorios y el pago de las costas procesales.

1. ***RECURSO DE APELACIÓN***

La entidad demandada Colpensiones se alzó contra la decisión, al concordar que el actor nació el 12 de diciembre 1951, por lo que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones tenía más de 40 años de edad y le es aplicable el Acto legislativo 001 de 2005; sin embargo, el argumento de la parte actora y la del a-quo para conceder la pensión de vejez, fue la presunta mora en el pago de aportes del empleador Luis Alberto González Castro entre los años de 1990 y 1994, indicando que el artículo 57 de la ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 34 del Decreto 692 de 1994, autorizó al ISS como administradora del régimen de prima media con prestación definida, para ejercer la jurisdicción coactiva, esto para señalar que, la deuda presunta de la historia laboral del demandante, no pudo ser exigida por el ISS con antelación a la vigencia de la ley 100 de 1993 y, por lo tanto, las semanas en mora no deben ser tenida en cuenta debido a la imposibilidad legal que existió para realizar el cobro.

***Del problema jurídico.***

Plantea la Sala como problema jurídico el siguiente:

*¿Le asiste al ISS, hoy Colpensiones el deber de cobro por la mora del pago de aportes del empleador?*

**IV. CONSIDERACIONES:**

Frente a la mora en el pago de las cotizaciones a la seguridad social, en un comienzo, la jurisprudencia nacional, recayó en los empleadores morosos, el deber de asumir las prestaciones, en pro de los afiliados.

Luego, tal postura varió en el sentido de que, antes de que se traslade al afiliado o beneficiario, las consecuencias adversas de aquel deber de sufragar al sistema, compete a la administradora de pensiones, adelantar las acciones de cobro.

Así lo ha venido pregonando el órgano de cierre de la especialidad laboral, desde su sentencia de 22 de julio de 2008, radicación 34720, cuando señaló:

 *“Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.*

*“Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.*

*“El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.*

*“Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.*

*“Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que éste no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado.*

*“En el caso de las entidades del régimen de prima media, pueden proceder al cobro coactivo para hacer efectivos sus créditos; los artículos 2° y 5° del Decreto 2633 de 1994 establecen el requerimiento previo, mediante comunicación escrita dirigida al empleador, como procedimiento en mora por el pago de los aportes a la seguridad social; y si dentro de los quince días siguientes al aviso no se pronuncia el empleador, señalan las normas aludidas, se procede a efectuar la liquidación, la cual presta mérito ejecutivo cuando se trate de administradoras del régimen solidario de prima media.*

*“Por lo demás, para el caso específico del ISS, de conformidad con el Estatuto de Cobrazas previsto en el Decreto 2665 de 1988, debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se dé por calificada de incobrable la deuda por aportes, y sean declaradas inexistentes. Estas disposiciones se han de considerar vigentes por disposición de la Ley 100 de 1993, artículo 31, y por cuanto si bien se han expedido reglamentos en materia de afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.”*

En cuanto a la afiliación del demandante y la ausencia de cotizaciones por el período 1989 (01/12) a 1994 (31/12), obran dos (2) reportes expedidos por el ISS, hoy Administradora de Pensiones, Colpensiones, el primero, donde se reflejan los aportes pensionales antes de 1995, y el segundo, de esta fecha en adelante (fls. 64, 70 a 72), figurando Luis Alberto González Castro, como empleador de Oscar Antonio Rojas Guevara, con cotizaciones activas desde el 20 de octubre 1979 al 30 de noviembre de 1989, y a partir del 01 de enero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1994, en mora de aportes pensionales, omitiéndose el ciclo de diciembre de 1989.

En el segundo reporte (fl 73) se omite tal empleador desde 1990, lo que no es indicativo per se, (i) que haya desaparecido su condición de moroso, en la medida en que, en tal calidad solo se registra hasta 1994, (ii) ha de entenderse que el retiro se produjo en esa calenda y no antes, puesto que lo que acredita la prueba testimonial es que González Castro, fungió como empleador de Rojas Guevara, hasta el momento del fallecimiento el 12 de abril del 2000, (iii) que su morosidad en los aportes no se extendió a esta fecha, dado que eso no es lo que refleja la primera historia laboral, por tanto, carece de sustento la facultad de cobro más allá de 1994.

En el sub-examine, el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, no acreditó haber adelantado las gestiones de cobro para recaudar los aportes en mora del empleador Luis Alberto González Castro, quien falleció el 12 de abril de 2000, como se encuentra consignado en el registro civil de defunción –fl30 y 85-, cobro que cubría la deuda de aportes causadas desde el 01/12/1989, ciclo que como se dijo fue excluido sin razón alguna de la historia laboral, y hasta el 31/12/1994.

Así las cosas, el actor laboró con Luis Alberto González Castro, desde el 20 de octubre de 1979 en forma ininterrumpida, quien desde el 1 de diciembre de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1994 entró en deuda con ISS por mora por el no pago de aporte a pensión; tampoco se dilucidó en los documentos aportados, que no existe nota de novedad de retiro por parte de este empleador.

Así mismo, se pudo constatar por las declaraciones practicadas a Luis Eduardo Rojas Neira y Camilo Emir Pérez Arco, ambos vecinos para la época de los hechos del actor en la vereda la Paloma, municipio de Belarcazar, Caldas, que conocieron a Oscar Antonio Rojas Guevara como administrador de una finca, propiedad de Luis Alberto González Castro, desde 1980 hasta el 2000; dentro de sus labores como administrador se encontraba la de recolectar café, lidiar con animales y manejar el personal que laboraba en la finca; en conclusión a lo anterior, el actor efectivamente trabajó durante varios años con el señor Luis Alberto, quien al no realizar el pago de aportes a pensión, es deudor desde el 1 de diciembre 1989 hasta el 31 de diciembre de 1994, tiempo que equivale a un total de 265,29 semanas, causando que, semanas no fueran tenidas en cuenta en su historia laboral por parte de Colpensiones.

No se puede discutir que la mora en el pago o de las cotizaciones a Colpensiones, afecte el equilibrio financiero del sistema, siendo que el trabajador cumplió con su única obligación, la de causar las cotizaciones, dejando en manos del empleador deducírselas, recaudarlas y enviarlas a la administradora, la que cuenta con los mecanismos suficientes para recuperarlas en caso de que no lleguen a sus arcas e, incluso, cobrar intereses moratorios.

Ahora, como lo manifestado la parte demandada en su recurso de alzada, en lo referente a que antes de la Ley 100 de 1993, el ISS no contaba con una jurisdicción coactiva, con la finalidad de recobrar los aportes que se encontraban en mora antes del año de 1994 y, que por ende, existía una imposibilidad legal para realizarlo, la Sala precisa que, el gobierno nacional mediante Decreto 2665 de 1988, expidió el reglamento general de sanciones, cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones, con el objeto primordial de recaudar los aportes patrono-laborales que, en concordancia con el artículo 31 de la ley actual de del sistema de seguridad social, es aplicable a ese régimen como disposición vigente, por lo tanto, no le asiste la razón a la parte recurrente.

Por ende, al no haber cumplido la entidad administradora de pensiones con la obligación legal de iniciar las acciones de cobro pertinentes, la consecuencia ineludible en los términos de la jurisprudencia nacional, no es otra que tener como válidas las 265.29 semanas en mora y computarlas en el haber de aportes a pensión del afiliado.

Ahora bien, en aras de desatar el grado jurisdiccional de consulta, se procede a verificar sí el actor cumple en primer lugar con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, y en caso positivo, si acredita los requisitos legales del régimen anterior para hacerse acreedor de la prestación pensional que reclama.

Para determinar si el actor es beneficiario del régimen de transición, se tiene que, nació el 12 de diciembre de 1951, por lo que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es, el 01 de abril de 1994, contaba con 43 años de edad y un total de aportes al sistema pensional de 850.29 semanas, incluidas las que se encuentran en mora por parte de su empleador; por lo que de entrada, se advierte satisfecha la exigencia prevista en el Acto Legislativo 01 de 2005, consistente en acreditar 750 semanas de aportes al sistema pensional al 29 de julio de 2005, para efectos de obtener la extensión de los beneficios del régimen de transición hasta el 2014, dado que la consolidación del derecho pensional se dio con posterioridad al 31 de julio de 2010.

Bajo tal escenario, se tiene que la normatividad aplicable a la situación pensional del actor, es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, pues aquel siempre prestó sus servicios en el sector privado. El artículo 12 de la norma en cuestión, establece los presupuestos para acceder a la pensión por vejez, puntualmente dos: (i) que en el caso de los hombres alcancen los 60 años de edad y (ii) que tengan 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

En cuanto a la edad, esta se reunió el 12 de diciembre de 2011 cuando arribó a 60 años de edad. Frente a las cotizaciones, según la historia laboral visible a folio 64 y ss, el actor reporta al sistema pensional entre el 1 de septiembre de 1973 y el 31 de diciembre de 2014, incluyendo las cotizaciones en mora, un total de 1.334 semanas, por lo que se concluye que cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez peticionada. Se confirmará por ende, este segmento de la sentencia.

Tal reconocimiento, es procedente como lo indicó la a-quo a partir del 19 de diciembre de 2013, fecha en que el actor elevó ante Colpensiones la solicitud de pensión, pues pese a que desde el 12 de diciembre de 2011 tenía reunidos los requisitos para acceder al derecho pensional, pues para esa calenda tenía 60 años y 1192,73.semanas, lo cierto es que el actor voluntariamente decidió seguir efectuando cotizaciones y sólo hasta el 19 de diciembre de 2013, presentó la solicitud pensional, la cual debe ser entendida como acto externo e inequívoco de no querer continuar afiliado al sistema y disfrutar de la prestación. Así lo ha explicado el órgano de cierre de la especialidad laboral, entre otras en sentencia *SL 5603 de 2016.*

 En relación al monto de la prestación pensional, equivale a un salario mínimo legal mensual vigente, tal como se peticionó en la demanda inicial, y por trece mesadas, dado que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, en los términos previstos por el Acto legislativo 01 de 2005.

Efectuados los cálculos respectivos, el valor del retroactivo pensional en favor de Oscar Antonio Rojas Guevara, generado desde el 19 de diciembre de 2013 y hasta el 31 de agosto de 2018, asciende a $41.364.572.oo, tal como se ilustra en el cuadro que se pone de presente a los asistentes y hará parte integrante del acta que se suscriba con ocasión de esta diligencia.

En cuanto a la excepción de prescripción promovida por Colpensiones, se observa que no transcurrió el término trienal previsto en el artículo 151 del C.P.L.S.S., en orden a que hubiera prescrito alguna mesada, pues la prestación se hizo exigible el 19 de diciembre de 2013, al paso que la demanda fue incoada el 16 de diciembre de 2014, según folio 14.

En suma, acertada se torna la decisión de la Juzgadora de primer grado, por ende, se confirmará íntegramente, modificando únicamente el valor del retroactivo pensional reconocido, incluyendo las mesadas generadas hasta la emisión de la presente sentencia.

Las costas en ambas instancias estarán a cargo de la entidad demandada y en favor del actor.

En mérito de lo expuesto, el H. 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,

***FALLA***

1. **Confirmar**la sentencia proferida el 30 de enero de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, **modificándola** en relación con la actualización del retroactivo pensional causado del 19 de diciembre de 2013 al 31 de agosto de 2018, por un monto de $41.364.572.

1. Costas en ambas instancias a cargo de la entidad demandada y en favor del actor.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario

**ANEXO**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Año** | **No. Mesadas** | **Valor mesada** | **Total Mesadas** |
| 2013 | 0,30 | $589.500,00 | $176.850,00 |
| 2014 | 13 | $616.000,00 | $8.008.000,00 |
| 2015 | 13 | $644.350,00 | $8.376.550,00 |
| 2016 | 13 | $689.455,00 | $8.962.915,00 |
| 2017 | 13 | $737.717,00 | $9.590.321,00 |
| 2018 | 8 | $781.242,00 | $6.249.936,00 |
|  |  | Total | $41.364.572,00 |