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 la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia del 4 de mayo de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-001-2015-00334-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Ancizar González Arias

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMA: PENSIÓN DE VEJEZ / EFECTOS DE LA FALTA DE AFILIACIÓN / EMPLEADO DEBE ACREDITAR QUE LABORÓ PARA EL EMPLEADOR Y ESTE A SU VEZ DEBE ASUMIR TÍTULO PENSIONAL / FECHA DE DISFRUTE DE PENSIÓN / INDUCCIÓN A ERROR / NO SE PRESENTA CUANDO LA NEGATIVA PARA RECONOCIMIENTO DEL DERECHO SE DA POR AUSENCIA DE CONSTITUCIÓN DE TÍTULO PENSIONAL / MODIFICA SENTENCIA /**

Cosa bien distinta se genera ante la falta de afiliación al sistema de pensiones, pues implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo del empleadora que omitió la afiliación, según lo permite el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; puesto que la negligencia del empleador constituye un grave perjuicio para el trabajador, pues, en principio, impide que el sistema asuma el riesgo de la vejez, porque no se acredita el número de semanas mínimas que exige la ley. Y es que, como es bien sabido, la obligación de afiliar al Régimen de Seguridad Social en Pensiones a un trabajador dependiente, es responsabilidad del empleador, acorde con la legislación vigente sobre el particular.

(…)

Pues bien, para ordenar que se expida a favor de COLPENSIONES un título pensional por los períodos durante los cuales el actor no fue afiliado al Sistema General de Pensiones, es necesario que el interesado acredite que en efecto laboró al servicio del empleador que presuntamente omitió la afiliación, pues no de otra manera se origina el derecho a que se computen como válidos dichos períodos

(…)

No obstante, esta judicatura también ha sido del criterio de que no es posible hacer responsable al asegurado de los errores de la administradora de pensiones, cuando de manera infundada esta se ha negado a reconocer el derecho pensional y, como consecuencia de ello y en procura de obtener el número mínimo de semanas necesarias para obtener la gracia pensional, el afiliado continua haciendo aportes pensionales, máxime en eventos en que las cotizaciones realizadas al futuro no conllevan al incremento del monto definitivo de la pensión, puesto que bajo estas circunstancia, los aportes realizados por el accionante, luego de haber consolidado su derecho, obedecieron a la equivocación en que incurrió el ente de seguridad social en la contabilización de las cotizaciones.

(…)

De modo que no es cierto que COLPENSIONES haya inducido a error al demandante al negarle la pensión vejez en tres oportunidades, ya que el reconocimiento de dicha prestación económica se encuentra sujeto a la acreditación del número mínimo de semanas cotizadas, requisito que solo se cumplirá a partir del momento en que se constituya el respectivo título pensional.

#### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

#### **SALA DE DECISION LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Mayo 7 de 2018)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las…… a.m. de hoy, 7 de mayo de 2018, 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 **ANCIZAR GONZALEZ ARIAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y del **CONJUNTO RESIDENCIAL TORRES DEL SOL.** Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por los demandados…

**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 alegatos de conclusión coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a desatar el recurso de apelación promovido por la parte actora, lo mismo que el grado jurisdiccional de consulta sobre la sentencia del 15 de junio de 2017, promulgada por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA**, como quiera que la misma es adversa a las intereses de COLPENSIONES.

**PROBLEMA DE JURIDICO**

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, le corresponde a la Sala establecer si es acertada la decisión de primera instancia de otorgar el disfrute de la pensión de vejez desde la fecha de la primera reclamación administrativa elevada por el demandante y rechazada por la entidad demandada, que data del 23 de noviembre de 2010, teniendo en cuenta que con posterioridad a la decisión negativa de COLPENSIONES, el demandante registra cotizaciones hasta el 30 de julio de 2014.

Y en lo que tiene que ver con el grado jurisdiccional de consulta, se examinará la viabilidad de la pensión condicionada de vejez a cargo de la entidad pública demandada.

**I - ANTECEDENTES**

El señor **ANCIZAR GONZÁLEZ ARIAS** asegura que nació el 18 de septiembre de 1950 y que laboró de forma ininterrumpida en el cargo de portero del **Conjunto Residencial Torres del Sol** entre el 22 de septiembre de 1995 y el 30 de marzo de 2002. Indica que durante dicho lapso su empleador tan solo llegó a cotizar 7,71 semanas, correspondientes al periodo laborado del 7 de diciembre de 1995 al 31 de marzo de 1996, cuando debió cotizar un total de 335,71 semanas por todo el tiempo laborado.

Señala de otra parte, que a través de las Resoluciones No. 106502 de noviembre 30 de 2010, GNR 264818 de octubre 23 de 2013 y VPB 8855 de junio 5 de 2014, la entidad codemandada, COLPENSIONES, denegó su derecho a la pensión de vejez, por no cumplir con el requisito de semanas cotizadas, al acreditar 944 semanas (que corresponden a la suma de 506,57 semanas reflejadas en su historia laboral y 443,71 semanas de servicios prestados a la Policía Nacional).

De acuerdo a lo anterior, como quiera que con el pago de las semanas adeudadas por la codemandada, **Conjunto Residencial Torres del Sol**, alcanzaría un total de 1.278,29 semanas cotizadas, el demandante reclama que se declare la existencia del contrato de trabajo con la citada codemandada y que, en consecuencia, sea condenada a cancelar a la otra codemandada, **COLPENSIONES**, los aportes pensionales omitidos entre el 22 de septiembre de 1995 y el 30 de marzo de 2002, de acuerdo al cálculo actuarial que esta última realice.

Reclama asimismo, que COLPENSIONES, una vez compruebe el pago del resultado del cálculo actuarial, proceda a acreditar esos periodos en su historia laboral, y, con base en ellos, le reconozca la pensión de vejez desde el 18 de septiembre de 2010, fecha en que reunió los requisitos de edad y semanas para hacerse acreedor a la prestación reclamada.

En respuesta extemporánea a la demanda, el CONJUNTO RESIDENCIAL TORRES DEL SOL P.H., reconoció los extremos temporales de la relación laboral aducida por el demandante y aceptó asimismo que aunque hubo negligencia por parte del empleador en el pago de los aportes pensionales a COLPENSIONES *“es la misma Ley 100 de 1993, la que determina la obligación en las entidades encargadas de captar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, de iniciar los correspondientes cobros coactivos en contra del empleador, y en el presunto caso, ni el antiguo Seguro Social ni el hoy COLPENSIONES, cumplieron con dicha obligación”.* En ese orden, se opuso al pago de cálculo actuarial alguno, pues a lo único que está obligada la empleadora en este caso, según lo determinan los artículo 23 y 24 de la Ley 100 de 1993, reglamentados por el Decreto 1818 de 1996 y 326 del mismo año, es al pago de los aportes adeudados y los intereses moratorios que rigen para impuesto sobre la renta y complementarios.

Por su parte COLPENSIONES, señaló que las afirmaciones consignadas en la demanda carecen de respaldo probatorio, en razón de lo cual se atiene a lo que resulte probado en el proceso, sin embargo se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas *“inexistencia de la obligación demandada y prescripción”.*

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

 La jueza de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, declarando, básicamente, que entre el demandante y el conjunto residencial **TORRES DEL SOL P.H.** existió una verdadera relación laboral entre el 22 de septiembre de 1995 y el 30 de marzo de 2002, condenando a esta última al pago del título pensional correspondiente al lapso transcurrido entre el 22 de septiembre de 1995 y el 6 de diciembre del mismo año y del 1º de febrero de 1996 al 30 de marzo de 2002, habida cuenta que el 27 de noviembre de 1996 (según puede verse en la historia laboral del demandante) el empleador demandado registró novedad de retiro y omitió la afiliación y obviamente el pago de aportes de los periodos posteriores al 30 de marzo de 2002, lo que en este caso da lugar al pago del título pensional de acuerdo al cálculo actuarial realizado por COLPENSIONES, respecto a lo periodos no cotizados.

 Asimismo ordenó a COLPENSIONES que procediera dentro mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia a realizar el cálculo actuarial del respectivo título pensional, sobre la base del salario mínimo para cada anualidad y por los periodos antes citados, y a que una vez reciba el pago del mismo por parte del empleador, sea computado como semanas válidamente cotizadas, para lo cual deberá corregir la historia laboral del demandante.

 Igualmente declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez, una vez sea corregida su historia laboral con la inclusión de los periodos no cotizados por el empleador (y codemandado), **TORRES DEL SOL P.H.**, de conformidad con lo establecido por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, imponiendo su pago a COLPENSIONES a partir del 25 de junio de 2012, declarando prescritas las mesadas causadas entre el 23 de noviembre de 2010 y el 24 de junio de 2012, y concretando la condena a la fecha de la sentencia a la suma de **$44.237.639**.

 Por último, absolvió a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la autorizó a descontar del retroactivo consolidado el 12% con destino al pago de los aportes a seguridad social en salud del pensionado y condenó en costas procesales al conjunto residencial demandado, fijando las agencias en derecho en la suma de $4.118.520.

 Para arribar a tal conclusión, la jueza indicó que pese a la contestación extemporánea de la codemandada **TORRES DEL SOL P.H.**, al proceso se había allegado prueba suficiente de que el demandante en efecto laboró como portero de dicho edificio durante el periodo indicado en la demanda, y de que su empleador omitió su afiliación y el pago de los aportes pensionales correspondientes al lapso transcurrido entre 22 de septiembre de 1995 y el 6 de diciembre del mismo año y del 1º de febrero de 1996 al 30 de marzo de 2002.

Indicó igualmente que para la afiliación retroactiva del demandante por los periodos no cotizados en vigencia de la citada relación laboral, el empleador debe pagar, tal como lo establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, la reserva actuarial o el título judicial correspondiente, calculado conforme a lo previsto en el Decreto 1887 de 1994.

En lo que tiene ver con el objeto del recurso de apelación, es de advertir que la jueza de primera instancia fijó la fecha de reconocimiento de la pensión el 30 de julio de 2010, fecha de la primera reclamación pensional elevada por el demandante, pues aunque el demandante registra aportes pensionales posteriores (hasta el 30 de julio de 2014), ello se debe a que la entidad demandada lo indujo a error al negarle la pensión mediante la Resolución No. 106502 de noviembre 30 de 2010, y los aportes posteriores no influyen para elevar el monto de su pensión.

**IV – CONSIDERACIONES**

* 1. **Diferencias entre mora en pago de aportes y falta de afiliación**

La Doctrina ha diferenciado los efectos de la mora en el pago de los aportes con los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes. (Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, SL-14388 (43182), nov. 12/15, M. P. Rigoberto Echeverri)

Frente a la mora del empleador en el pago del aporte, se tiene establecido que la validez de las semanas cotizadas no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

En efecto, de manera reiterada esta Sala, siguiendo la consolidada línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que las administradoras de pensiones, y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover las acciones judiciales o administrativas para el cobro de las cotizaciones, razón por la que no es posible trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores.

Según ese pronunciamiento, previamente se debe acreditar que las administradoras han adelantado el proceso de gestión de cobro, porque si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

Cosa bien distinta se genera ante la falta de afiliación al sistema de pensiones, pues implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo del empleadora que omitió la afiliación, según lo permite el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; puesto que la negligencia del empleador constituye un grave perjuicio para el trabajador, pues, en principio, impide que el sistema asuma el riesgo de la vejez, porque no se acredita el número de semanas mínimas que exige la ley. Y es que, como es bien sabido, la obligación de afiliar al Régimen de Seguridad Social en Pensiones a un trabajador dependiente, es responsabilidad del empleador, acorde con la legislación vigente sobre el particular.

El inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la solución frente a la eventualidad referida, al establecer 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”.*

Pues bien, para ordenar que se expida a favor de COLPENSIONES un título pensional por los períodos durante los cuales el actor no fue afiliado al Sistema General de Pensiones, es necesario que el interesado acredite que en efecto laboró al servicio del empleador que presuntamente omitió la afiliación, pues no de otra manera se origina el derecho a que se computen como válidos dichos períodos.

En todo caso, la **falta de afiliación al sistema de pensiones implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido, siempre que el empleador que omitió la afiliación constituya la respectiva reserva actuarial, a satisfacción de la AFP a la cual se encuentre afiliado el trabajador. (Art. 33 de la Ley 100 de 1993)**

**4.2. FECHA DE DISFRUTE LA PENSIÓN DE VEJEZ**

En lo que tiene que ver con el específico punto del recurso de apelación, esto es, la fecha del disfrute de la pensión, ha de aclararse que, como regla general, el criterio determinante para analizar el momento desde el cual procede el reconocimiento de la pensión, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, es la de desafiliación del sistema. En esas condiciones, el demandante sólo se haría acreedor a la prestación desde la fecha señalada en que reportó tal novedad o en que cesó definitivamente el pago de sus aportes pensionales siempre que a la par haya elevado solicitud pensional.

No obstante, esta judicatura también ha sido del criterio de que no es posible hacer responsable al asegurado de los errores de la administradora de pensiones, cuando de manera infundada esta se ha negado a reconocer el derecho pensional y, como consecuencia de ello y en procura de obtener el número mínimo de semanas necesarias para obtener la gracia pensional, el afiliado continua haciendo aportes pensionales, máxime en eventos en que las cotizaciones realizadas al futuro no conllevan al incremento del monto definitivo de la pensión, puesto que bajo estas circunstancia, los aportes realizados por el accionante, luego de haber consolidado su derecho, obedecieron a la equivocación en que incurrió el ente de seguridad social en la contabilización de las cotizaciones. Este criterio encuentra respaldo en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, del que se destaca el emitido dentro del proceso radicado N° 39391, sentencia de casación del 22 de febrero de 2011, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

**4.3. CASO CONCRETO**

De acuerdo a las anteriores premisas normativas, acierta la jueza de primera instancia al condicionar el pago de la pensión vejez al pago del título pensional a cargo del CONJUNTO RESIDENCIAL TORRE DEL SOL P.H.

La expedición y pago del título pensional a favor de COLPENSIONES, le permitirá al demandante sumar a su historia laboral el tiempo de servicios que su empleador, CONJUNTO RESIDENCIAL TORRE DEL SOL P.H., dejó de cotizar durante el tiempo que no estuvo afiliado a COLPENSIONES, y esta última, a su vez, tiene la obligación de computar dichos periodos como semanas válidamente cotizadas, con lo cual el demandante alcanzará el número mínimo de semanas para alcanzar la gracia pensional reclamada.

Ahora bien, la operadora judicial de primer grado incurre en un yerro al afirmar que desde la fecha en que el demandante hizo la primera reclamación administrativa a COLPENSIONES (esto es, el 30 de julio de 2010) tenía derecho a acceder a la pretendida pensión de vejez, porque ni siquiera al día de hoy el demandante tiene asegurado el reconocimiento efectivo de su pensión vejez, puesto que la misma está condicionada al imperioso pago del señalado título pensional. De modo que no es cierto que COLPENSIONES haya inducido a error al demandante al negarle la pensión vejez en tres oportunidades, ya que el reconocimiento de dicha prestación económica se encuentra sujeto a la acreditación del número mínimo de semanas cotizadas, requisito que solo se cumplirá a partir del momento en que se constituya el respectivo título pensional.

Con todo, el pago del título pensional tiene efectos retroactivos, pues sirve al propósito de actualizar y corregir la historia laboral de la demandante, de suerte que la pensión deberá reconocerse a partir de la fecha de la última cotización del demandante, que para el caso, consultada la respectiva historia laboral aportada por la demandante al plenario, corresponde al 30 de julio de 2014. En ese orden, resulta forzosa la modificación de la sentencia de primera instancia, en el sentido de aclarar que la prestación económica reclamada, condicionada al pago del respectivo título pensional, se itera, debe reconocerse a partir del 1º de agosto de 2014, en cuantía de un salario mínimo y por 13 mesadas al año.

De conformidad con lo establecido en precedencia, se modificaran los numerales séptimo y noveno de la sentencia objeto del recurso de apelación, en el sentido de aclarar que la pensión deberá reconocerse a partir del 1º de agosto de 2014, en cuantía de un salario mínimo para cada anualidad y por 13 mesadas al año. Asimismo, se revocará el numeral octavo de la citada providencia, como quiera que en el presente asunto ninguna mesada se encuentra afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, habida cuenta de que la demanda fue presentada el 25 de junio de 2015.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala laboral**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**.- **MODIFICAR** los numerales **SEPTIMO** y **NOVENO** de la sentencia de la referencia, en el sentido de que la pensión deberá reconocerse a partir del 1º de agosto de 2014, en cuantía de un salario mínimo para cada anualidad, y por 13 mesadas al año.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral octavo de la sentencia de la referencia, dadas las razones expuestas en precedencia.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de consulta y recurso de apelación.

**CUARTO: SIN costas** en esta instancia por haber prosperado el recurso impetrado por el apelante único.

**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**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**