El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proces o. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 14 de diciembre de 2020

Radicación No.: 66001-31-05-005-2018-00204-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Teresa de Jesús Ortiz Aguirre

Demandado: Colpensiones

Vinculada: Luz Marina Sánchez Romero

Juzgado: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: PENSIÒN DE INVALIDEZ / FALTA DE AFILIACIÓN / EL EMPLEADOR OMISIVO DEBE PAGAR LA PRESTACIÓN / IGUAL OCURRE CON LA PENSIÓN DE SOBREVIIENTES / DIFERENCIAS CON LA MORA PATRONAL / PAGAR EL CÀLCULO ACTUARIAL, PREVIA PRUEBA DE LA RELACIÓN LABORAL, APLICA SÓLO PARA LA PENSIÓN DE VEJEZ.**

La doctrina ha diferenciado los efectos de la mora en el pago de los aportes con los de la falta de afiliación o inscripción al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes…

Frente a la mora del empleador en el pago del aporte de trabajadores que haya inscrito en vigencia del respectivo contrato de trabajo, 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…

Cosa bien distinta ocurre ante la falta de afiliación al sistema pensional, pues esta omisión conlleva el necesario reconocimiento al trabajador del tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo del empleador que omitió su afiliación, según se desprende del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, aplicable de manera exclusiva a la pensión de vejez.

… para ordenar que se expida a favor de COLPENSIONES un título pensional por los períodos durante los cuales el actor no fue vinculado por su empleador al Sistema General de Pensiones, también se ha precisado que 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 para efectos de la acreditación de los requisitos para obtener una pensión de vejez. (…)

Es importante subrayar, finalmente, que la materialización del riesgo (esto es, la muerte del trabajador o la declaración de invalidez) impide el saneamiento de la omitida afiliación, toda vez que, del cómputo de semanas cotizadas necesarias para acceder a la cobertura prestacional de los citados riesgos, se debe excluir el tiempo de servicios prestados a empleadores que hubieren omitido la afiliación oportuna del trabajador siniestrado. Esto quiere decir, en palabras más sencillas, y tomando como ejemplo el presente asunto, que si dentro de los tres (3) años anteriores al siniestro, el trabajador no hubiere sido afiliado o inscrito al Sistema Pensional por su empleador y, por ausencia de dicho acto, no pudiere completar las semanas cotizadas necesarias para acceder a la prestación económica por invalidez o muerte, la obligación de pagar la pensión recaerá de manera exclusiva sobre el empleador.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, diciembre diez (10) de dos mil veinte (2020)

 Acta No. 188 del 9 de diciembre de 2020

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Teresa de Jesús Ortiz Aguirre** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, al cual fue vinculada la señora **Luz Marina Sánchez Romero.**

**PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a revolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 13 de febrero de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. **La demanda y su contestación**

Solicita la demandante que se condene a la COLPENSIONES, previa declaración del derecho, que le cancele la pensión de invalidez, retroactivamente, desde el 17 de abril de 2008, más los intereses moratorios y las costas procesales.

Para fundar dichos pedidos manifiesta que el 15 de octubre de 2014 fue evaluada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una pérdida de capacidad laboral del 66,65%, estructurada el 17 de abril de 2008 y de origen común.

Afirma que cuenta con 49,72 semanas cotizadas entre el 18 de abril de 2005 y el 17 de abril de 2008, y que el ciclo correspondiente de enero de 2008 no ha sido convalidado por Colpensiones, a pesar de sus constantes solicitudes.

Sostiene que en repetidas ocasiones solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez ante Colpensiones, entidad que emitió la Resolución SUB 238763 del 23 de octubre de 2017, denegando la solicitud en aplicación de las circulares internas de dicha entidad; acto que sería confirmado a través de la Resolución DIR 23835 del 27 de diciembre del mismo año.

En respuesta a la demanda, **Colpensiones** aceptó los hechos contenidos en ella salvo aquel que refiere que el ciclo de enero de 2008 no ha sido convalidado, precisando que dicho periodo *“no registra relación laboral en afiliación para este pago”.* Se opuso a la totalidad de las pretensiones arguyendo que la demandante no acredita la cantidad de semanas exigidas por la Ley 860 de 2003 y, en ese orden de ideas, propuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación”; “Prescripción”; “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”; “Buena fe” e “Imposibilidad de condenas en costas”.

Al proceso fue vinculada oficiosamente por el despacho la señora Luz Marina Sánchez Romero, en calidad de empleadora de la demandante, quien aceptó la totalidad de los hechos de la demanda y no se opuso a los pedidos de la actora.

1. **Sentencia de primera instancia**

La Jueza de primer grado declaró probada la excepción de “Inexistencia de la obligación” y, en consecuencia, absolvió a Colpensiones de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por la señora Teresa Ortiz Aguirre, a quien condenó al pago de las costas procesales.

Para llegar a tal determinación la A-quo consideró, en síntesis, que en el presente caso la demandante no contaba con semana alguna en los 3 años anteriores a la estructuración de su invalidez, 17 de abril de 2008, toda vez que los aportes que aparecen reflejados en su historia laboral entre septiembre de 2005 y diciembre de 2007, por cuenta de la empleadora Luz Marina Sánchez Romero, se efectuaron mediante cálculo actuarial el 22 de julio de 2016, esto es, con posterioridad al siniestro, por lo que no podían cubrir la contingencia de invalidez según el precedente expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4103 de 2017.

Agregó que, además de lo anterior, la parte actora en su interrogatorio de parte confesó que la relación laboral con la señora Luz Marina Sánchez empezó en el año 2007, y, por otra parte, lo que aconteció en el sub lite fue la falta de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones por dicha empleadora y no una mora patronal, por lo que no podía subrogarse obligación alguna a la administradora de pensiones demandada.

1. **Recurso de apelación**

El apoderado judicial de la demandante censuró la sentencia de primer grado alegando que su prohijada acredita los requisitos para acceder a la pensión de invalidez pretendida por cuanto cuenta con las 50 semanas exigidas, así como un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

Añadió que la empleadora, Luz Marina Sánchez, cumplió con el pago de la deuda que le asistía con base en lo consagrado en la Ley 100 de 1993, por lo que la decisión de Colpensiones violenta los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de su prohijada.

1. **Alegatos de conclusión**

Analizados los alegatos presentados por Colpensiones, mismos que obran por escrito en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa a continuación.  Por otra parte, el Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

1. **Problemas jurídicos por resolver**

Con el propósito de verificar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez que pretende, dado el esquema del recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer, con apoyo en la ley, si resulta legalmente viable computar como semanas válidamente cotizadas las correspondientes al tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado oportunamente al trabajador, en los eventos en que aquel asume el pago de los aportes con posterioridad a la ocurrencia del siniestro de invalidez o muerte.

1. **Consideraciones**

**6.1 Diferencias entre mora en el pago de aportes y omisión de afiliación**

La Doctrina ha diferenciado los efectos de la mora en el pago de los aportes con los de la falta de afiliación o inscripción al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes. (ver, al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, SL-14388 (43182), del 12 de noviembre de 2015, M. P. Rigoberto Echeverri).

Frente a la mora del empleador en el pago del aporte de trabajadores que haya inscrito en vigencia del respectivo contrato de trabajo, 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 al respecto, 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 en mora, en razón de lo cual no es posible trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores y mucho menos a los trabajadores (sentencia del 4 de mayo de 2018, Rad. 2015-0334). Se ha explicado en múltiples pronunciamientos de esta Corporación, con ponencia de quien aquí cumple igual encargo, que las administradoras deben acreditar que 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 reclamada, siempre que esta dependa de cotizaciones en mora del empleador.

Cosa bien distinta ocurre ante la falta de afiliación al sistema pensional, pues esta omisión conlleva el necesario reconocimiento al trabajador del tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo del empleador que omitió su afiliación, según se desprende del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, aplicable de manera exclusiva a la pensión de vejez.

No cabe duda que la negligencia del empleador en estos casos constituye un grave perjuicio para el trabajador, dado que la falta de afiliación[[1]](#footnote-1) en principio es un obstáculo para que el sistema asuma el riesgo de la vejez, porque no se acredita el número de semanas mínimas que exige la ley para la causación de tal derecho. 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. Es por eso que 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 vinculado por su empleador al Sistema General de Pensiones, también se ha precisado que 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 para efectos de la acreditación de los requisitos para obtener una pensión de vejez.

De lo que viene de decirse, queda claro que la **falta de afiliación al sistema de pensiones implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, 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).**

**Es importante subrayar, finalmente, que la materialización del riesgo (esto es, la muerte del trabajador o la declaración de invalidez) impide el saneamiento de la omitida afiliación, toda vez que, del cómputo de semanas cotizadas necesarias para acceder a la cobertura prestacional de los citados riesgos, se debe excluir el tiempo de servicios prestados a empleadores que hubieren omitido la afiliación oportuna del trabajador siniestrado. Esto quiere decir, en palabras más sencillas, y tomando como ejemplo el presente asunto, que si dentro de los tres (3) años anteriores al siniestro, el trabajador no hubiere sido afiliado o inscrito al Sistema Pensional por su empleador y, por ausencia de dicho acto, no pudiere completar las semanas cotizadas necesarias para acceder a la prestación económica por invalidez o muerte, la obligación de pagar la pensión recaerá de manera exclusiva sobre el empleador. Así se desprende del Decreto 1406 de 1999, que establece el régimen de obligaciones y deberes formales de** las personas naturales o jurídicas con trabajadores dependientes, en los siguientes términos: *“****los aportantes (empleadores) deberán cumplir las obligaciones y deberes formales establecidos en la ley o el reglamento, personalmente o por medio de sus representantes”.* Y** agrega que ***“las consecuencias derivadas de la no presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes o de errores u omisiones en ésta, que afecten el cubrimiento y operatividad del Sistema de Seguridad Integral o la prestación de los servicios que él contempla con respecto a uno o más de los afiliados, serán responsabilidad exclusiva del aportante”*.**

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional, que el régimen de la pensión de sobrevivientes e invalidez no se inspira en la acumulación de un capital que permita financiarla, como si ocurre con la pensión de vejez, sino en el aseguramiento del riesgo de deceso o invalidez del afiliado, y ha concluido, con sustento en dicha premisa, *“que los empleadores que incumplen con la obligación legal y reglamentaria de afiliar a sus trabajadores al sistema pensional vulneran el derecho a la seguridad social y deben responder por las pensiones y prestaciones periódicas a las que tendrían derecho de haber sido afiliados”*.

 Frente al tema señaló el tratadista y exmagistrado Eduardo López Villegas, en su obra “Seguridad Social. Teoría Crítica” que, si *“la afiliación tiene como consecuencia la subrogación de los riesgos y de las prestaciones, la falta de afiliación acarrea como consecuencia directa o que el empleador asuma la responsabilidad por las prestaciones que habría otorgado el sistema, si se hubiere satisfecho el requisito de afiliación, o la financiación de las mismas para que responda por ellas el sistema*” (López, 2011, p. 377).

 Finalmente se debe aclarar que ninguno de los argumentos expuestos en la censura ataca las consideraciones planteadas sobre este respecto por la A-quo, de manera que no tuvieron la contundencia de derruirlas a efectos de acceder a las súplicas de la demanda.

 En vista de lo anterior se confirmará la decisión atacada, pues las semanas que pretende el demandante que se le tengan en cuenta para efectos de acreditar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, fueron sufragadas por la empleadora Luz Marina Sánchez Romero en fecha posterior al siniestro[[2]](#footnote-2) (o a la estructuración del estado de invalidez, en este caso) sin que para ello hubiese mediado una afiliación válida al sistema por parte de este aportante, entendida esta, en los términos del artículo 11 de Decreto 692 de 1994, como el *“proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia”.*

 Corolario de lo anterior y teniendo en cuenta que la demandante no acredita semanas válidamente cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, se confirmará decisión de primera instancia, pues para acceder a prestación pretendida se exige, según el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por lo menos cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez. Consecuencia de las resultas de la apelación, se condenará en costas procesales de segunda instancia a la parte actora y a favor de la entidad demandada.

(…)

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral de Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Teresa de Jesús Ortiz Aguirre** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.**

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante a favor de Colpensiones en un 100%. Liquídense por la secretaría del juzgado de origen.

**TERCERO:** (…)

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Magistrada Ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

En compensatorio

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

1. La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 28 de junio de 2002, se refirió a la afiliación, así: “la afiliación es un acto condición, mediante el cual una persona natural se incorpora al sistema general de pensiones por la aceptación del ente gestor de la solicitud de inscripción y queda sometida en sus derechos y obligaciones al conjunto normativo contemplado en la extensa regulación de ese componente de la seguridad social” (sentencia 8 de junio de 2000, Corte Suprema de Justicia, 2000). [↑](#footnote-ref-1)
2. El 22 de julio de 2016 las correspondientes a los ciclos de septiembre de 2005 a diciembre de 2007; y el 4 de enero de 2017, aquella que corresponde al ciclo de enero de 2008. [↑](#footnote-ref-2)