Radicación: 66170-31-05-003-2018-00276-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Gustavo Antonio Posada Méndez

Demandados: Ernesto Manzur Hoyos y Colpensiones

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrado: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, diez [10] de diciembre de dos mil veintiuno [2021].

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que si bien la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el día 3 de agosto de 2020 debió ser revocada -como se hace en la sentencia de la que me aparto-, las razones, alcances y consecuencias de tal decisión no son los que dispusieron los demás integrantes de la Sala.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia, se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso, partiendo de la necesidad de resolver como problemas jurídicos, si:

**¿Quedó demostrado en el proceso que el señor Gustavo Antonio Posada Méndez prestó sus servicios a través de varios contratos de trabajo a favor del señor Ernesto Manzur Hoyos entre las fechas señaladas en la demanda?**

**¿Además de los periodos efectivamente cotizados al sistema general de pensiones hay lugar a adicionar otros a su historia laboral?**

**De conformidad con la respuesta al interrogante anterior ¿Hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda?**

Con el propósito de dar solución a tales interrogantes en mi proyecto propuse el siguiente análisis jurídico y fáctico:

**1. NORMATIVIDAD LLAMADA A REGULAR LA OMISION EN LA AFILIACION POR PARTE DEL EMPLEADOR.**

A partir de sentencia de 27 de enero de 2009 con radicación Nº 32.179, reiterada en providencias de 20 de marzo de 2013 radicación Nº 42.398, SL464 de 17 de julio de 2013 radicación Nº 45.712, SL16715 de 5 de noviembre de 2014 radicación Nº 52.395 y más recientemente la SL14.388 de 20 de octubre de 2015 radicación Nº 43.182 ésta última con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, la Sala de Casación Laboral estableció que las normas llamadas a resolver los conflictos que se presenten por la falta de afiliación o mora en el pago de los aportes a la seguridad social en pensiones, son las que se encuentren vigentes para el momento en que se causa la prestación económica reclamada, en consideración a que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados; situación que explicó en los siguientes términos:

“Ha dicho la Sala, en ese sentido, que «…las normas que pueden contribuir a resolver esas hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que se afecte su estabilidad financiera.»”.

**2. CONSECUENCIAS DE LA NO AFILIACION O AFILIACION TARDÍA AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES CUANDO LA PRESTACIÓN SE CAUSE EN VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993 Y EN VIGENCIA DE LA LEY 797 DE 2003.**

Venía sosteniendo la Sala de Casación Laboral en sentencias tales como la 39.811 de 1º de noviembre de 2011, 39.874 de 13 de marzo de 2013 y 38.587 de 30 de abril de 2013 que la consecuencia de la falta de afiliación o afiliación tardía por parte del empleador al sistema de pensiones consistía en que éste asumiera el pago de las prestaciones, en las mismas condiciones en las que la hubiese concedido el respectivo fondo pensional, pues estimaba que:

“… si quien estando llamado a proteger los riesgos propios de la seguridad social, a través de las cotizaciones al sistema, ni siquiera afilia al empleado, no puede exonerarse de su responsabilidad en el pago de la pensión y eso es precisamente lo que concluyó el juzgador de segundo grado al resolver la controversia, esto es, que ante la inexistencia de la afiliación en pensiones, le correspondía asumir el riesgo, dado que no lo había subrogado, y por ello no advierte esta Sala el dislate jurídico al que se hace referencia.”.

No obstante, la Alta Magistratura mediante sentencias SL9856 de 16 de julio de 2014 radicación Nº 41.745, SL17300 de 24 de septiembre de 2014 radicación Nº 45.107, SL2731 de 11 de marzo de 2015 y SL14.388 de 20 de octubre de 2015 ésta última con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, cambió la posición referenciada anteriormente y enseñó que en aquellos casos en los que no haya afiliación del trabajador por parte del empleador por falta de cobertura, declaración de contratos realidad en los que no hubo inscripción al sistema de pensiones y ausencia de afiliación por omisión pura y simple del empleador, el reconocimiento de la pensión estará a cargo de la respectiva entidad de seguridad social, mientras que el empleador omisivo tendrá la obligación de cancelar el correspondiente cálculo actuarial; lo cual explicó de la siguiente manera:

“Por virtud de lo anterior, se repite, la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado hasta encontrar una suerte de solución común a las hipótesis de «omisión en la afiliación» al sistema de pensiones, guiada por las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, que no se aleja diametralmente de la que se sostiene frente a situaciones de «mora» en el pago de los aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio de que las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones.

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.

Así lo sostiene la Corte porque, en primer término, la referida doctrina encuentra pleno apoyo en la evolución de la normatividad reflejada en disposiciones como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003. Asimismo, se acopla perfectamente a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad e integralidad, que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores, en el sentido amplio del término, a través de un sistema único, articulado y coherente, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad.”.

Con base en los antecedentes jurídicos y jurisprudenciales acabados de citar, propuse resolver **EL CASO CONCRETO,** de la manera que a continuación se da cuenta:

“Afirma en la demanda el señor Gustavo Antonio Posada Méndez, que además de los tiempos reportados en la historia laboral, también prestó sus servicios a favor del señor Ernesto Manzur Hoyos en la fuente de soda cactus, ubicada en el municipio de Santa Rosa de Cabal, entre junio de 1978 y febrero de 1988, octubre de 1989 y octubre de 1991, así como desde el mes de mayo de 1997 al mismo mes del año 2003.

Por su parte, el señor Ernesto Manzur Hoyos edifica su defensa en el sentido de asegurar que los servicios prestados por el accionante son lo que efectivamente se encuentran reportados en la historia laboral, por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Con el objeto de dar luces sobre el objeto del litigio, la parte actora solicitó que fueran escuchados los testimonios de los señores César Augusto Morales Flórez y Luis Carlos Carvajal Muñoz; mientras que el señor Manzur Hoyos pidió que fueran escuchadas las declaraciones de los señores Carlos Alberto Bedoya y Mario Bedoya Tobón; coincidiendo ambas partes en peticionar la recepción del testimonio del señor Luis Alberto Londoño Valencia.

Al emitir sus testimonios, los señores César Augusto Morales Flórez y Luis Carlos Carvajal Muñoz, quienes informaron no haber prestado sus servicios a favor del señor Ernesto Manzur Hoyos, expresaron exactamente en los mismos términos, que el señor Gustavo Antonio Posada Méndez había prestado sus servicios a favor del señor Manzur Hoyos en la fuente de soda cactus de Santa Rosa de Cabal, primero entre el mes de junio de 1978 hasta el 3 de febrero de 1988, cuando se produjo el incendio del establecimiento de comercio, el cual tuvo que cerrar durante aproximadamente 9 meses, al cabo de los cuales, el 7 de octubre de 1988, cuando iniciaron las fiestas de las araucarias, reabrieron la fuente de soda, vinculándose el actor a partir de ese momento hasta el año 1991, ya que en ese año el demandante decidió irse a trabajar al hotel del café, retornando en el año 1997 a la fuente de soda cactus, en donde se mantuvo hasta el año 2003; tal relato fue repetido en idénticos términos por parte de los testigos durante cuatro o cinco veces, ante las diferentes preguntas que eran elaboradas por el despacho; ante esa situación, la directora del proceso les hace diferentes preguntas sobre su propia vida laboral, las cuales no son respondidas por los declarantes con la misma solvencia y contundencia con que efectuaron las que se les hicieron respecto a la vida laboral del señor Posada Méndez; debido a ello, la falladora de primer grado les pregunta por qué tienen tanto conocimiento de las cosas del accionante, pero no recuerdan las suyas propias, recibiendo por parte de ellos inicialmente un silencio absoluto, con algunas risas nerviosas, indicando finalmente que no sabían porque pasaban esas cosas; en particular, la sentenciadora de primera instancia le preguntó al señor Morales Flórez, si la claridad de sus respuestas obedecían a que previamente el señor Posada Méndez se lo había dicho, contestando inmediatamente que sí, aclarando que no le había dicho las fechas exactas, pero si los años; no obstante, a renglón seguido se retracta y manifiesta que él sabía eso por conocimiento propio y repite nuevamente la narrativa relacionada anteriormente.

Al evaluar estos dos testigos, no solamente surge claro que no les constan directamente las afirmaciones contenidas en su relato, al no haber coincidido laboralmente con el actor en la fuente de soda cactus de propiedad del señor Ernesto Manzur Hoyos, sino que resulta evidente una marcada intensión de favorecer con sus dichos los intereses del señor Gustavo Antonio Posada Méndez, motivo por el que, como acertadamente lo definió la falladora de primera instancia, no es posible darle a sus declaraciones el valor probatorio pretendido por el demandante.

Por su parte, el señor Carlos Alberto Bedoya, testigo escuchado por pedido del demandado Ernesto Manzur Hoyos, sostuvo que él prestó sus servicios a favor del accionado en la fuente de soda cactus entre los años 1986 y 1987, coincidiendo en ese periodo con el señor Gustavo Antonio Posada Méndez, sin embargo, expresa que después de su salida, el actor continuó ahí prestando sus servicios, pero no sabe hasta cuando porque se desentendió de los sucesos que acontecían alrededor de la fuente de soda, entre otras cosas, porque durante varios años se trasladó al municipio de Chinchiná.

A su turno, el señor Mario Bedoya Tobón, oído por petición del accionado, sostuvo que prestó sus servicios a favor del señor Ernesto Manzur Hoyos en la fuente de soda cactus entre los años 1982 y 1986, época en la que no coincidió con el señor Gustavo Antonio Posada Méndez, explicando a continuación, que después de retirarse de ese trabajo, siguió su vida laboral como contratista del municipio de Santa Rosa, posteriormente como propietario de una cafetería y finalmente como comerciante de ropa; indica que no tiene conocimiento si el demandante prestó sus servicios antes del año 1982, pero manifiesta que después de él haber salido, si vio que Gustavo Antonio prestaba sus servicios en la fuente de soda cactus, explicando que muy posiblemente fue él la persona que lo reemplazó en el año 1986, pero señalando que no tenía conocimiento hasta cuando se prolongó esa relación contractual; indicó que fue un hecho conocido en el municipio, el incendio de la fuente de soda cactus en conflagración que se produjo en el mes de febrero del año 1989. Reiteró que no sabe si en esa época el actor prestaba sus servicios a favor del señor Ernesto Manzur Hoyos.

Finalmente, el señor Luis Alberto Londoño Valencia, testigo común, informó que el señor Ernesto Manzur Hoyos abrió la fuente de soda cactus en el año 1978, momento en el que él fue contratado para prestar sus servicios allí, coincidiendo en ese mismo momento con el señor Gustavo Antonio Posada Méndez, quien también fue vinculado en esa época por el demandado; informó que él (el testigo) no duró mucho tiempo allí, ya que aproximadamente a los dos años se retiró, acotando que el demandante había continuado prestando sus servicios a favor del señor Manzur Hoyos pero que no tenía conocimiento hasta cuando; expresa que en el año 1988 se presentó el incendio que acabó con el establecimiento de comercio, pero que un tiempo después fue reconstruido, dándose cuenta que el demandante volvió a prestar sus servicios con posterioridad, sin embargo, al haber permanecido en la ciudad de Cali, no sabe realmente hasta cuando pudo haber estado Gustavo Antonio prestando sus servicios.

Al evaluar este grupo de testigos, no se evidencia en ellos un interés de favorecer o desfavorecer los intereses del demandante o el demandado, pues de manera clara y concisa explicaron los hechos de los que tuvieron conocimiento directo frente a la prestación del servicio del señor Gustavo Antonio Posada Méndez a favor del señor Ernesto Manzur Hoyos; lo que lleva a que sus dichos sean tenidos en cuenta para dirimir la instancia.

Conforme con lo expuesto por los testigos, se logra evidenciar que el señor Gustavo Antonio Posada Méndez se vinculó contractualmente con el señor Ernesto Manzur Hoyos cuando éste abrió el establecimiento de comercio cactus al público en el año 1978, tal como lo refirió el testigo común Luis Alberto Londoño Valencia, es decir que, como se aprecia en el certificado de matrícula mercantil de la fuente de soda cactus -fls.56 a 57- en el que se informa que la fecha de inscripción data del 17 de octubre de 1978, fue a partir de esa calenda en que el actor empezó a prestar sus servicios a favor del señor Manzur Hoyos, existiendo certeza de que al menos sus servicios fueron prestados durante un año, pues como lo relató el testigo Londoño Valencia, él (el testigo) no prestó sus servicios por mucho tiempo en la fuente de soda17 de octubre de 1978 al 17 de octubre de 1980 cactus, señalando que fueron casi dos años, tiempo en el que el señor Posada Méndez fue su compañero de trabajo, es decir, no hay duda de que ambos prestaron sus servicios en el referido establecimiento de comercio por lo menos durante el primer año contado a partir de su apertura, pero no existe certeza sobre el tiempo en el que pudieron hacerlo en el segundo año, pues nótese que tomar cualquier periodo de ese segundo año sería completamente especulativo, por cuanto pudieron haber sido seis meses más o por ejemplo nueve meses y veinticinco días más; siendo del caso recordar que no existe otro punto de referencia para extender el extremo final de los servicios prestados por el actor más allá del 17 de octubre de 1979, pues si bien el testigo Luis Alberto Londoño Valencia afirmó que después de haberse retirado de la fuente de soda cactus el señor Posada Méndez continuó prestando sus servicios en ese establecimiento de comercio, la verdad es que no se sabe hasta cuando, ya que como lo sostuvo el señor Mario Bedoya Tobón, entre los años 1982 y 1986 cuando él estuvo prestando sus servicios en ese negocio, el accionante no estuvo vinculado contractualmente con el señor Manzur Hoyos.

De acuerdo con lo apuntado, al quedar demostrado que el demandante prestó sus servicios a favor del señor Ernesto Manzur Hoyos por lo menos entre el 17 de octubre de 1978 y el 17 de octubre de 1979, sin que se haya desvirtuado la presunción establecida en el artículo 24 del CST, consistente en que esos servicios fueron prestados bajo los presupuestos de un contrato de trabajo, se declarará entonces la existencia de esa relación laboral, advirtiendo que, conforme con las pruebas allegadas al plenario, no existe certeza de que el señor Posada Méndez haya estado vinculado laboralmente con el demandado Manzur Hoyos en otros periodos diferentes al que se declarará y a los que aparecen reportados en la historia laboral allegada por Colpensiones -fls.136 a 145-, que van desde el 15 de diciembre de 1986 hasta el 3 de febrero de 1989 y entre el 16 de noviembre de 1989 y el 1° de enero de 1990.

No obstante lo anterior, a pesar de que se declarará la existencia del contrato de trabajo entre el 17 de octubre de 1978 y el 17 de octubre de 1979, la verdad es que no se dan los presupuestos legales para acceder a las pretensiones principales de la demanda, consistentes en condenar al señor Ernesto Manzur Hoyos a reconocer y pagar la pensión sanción, ya que no solamente no cumple con el periodo mínimo de servicios prestados a favor del empleador sin haber sido afiliado al sistema general de pensiones, sino también porque en el proceso no quedó demostrado que la finalización del vínculo laboral entre las partes se haya dado sin justa causa, ya que ninguno de los testigos refirió los términos en los que esa situación se haya verificado; exigencias éstas que se encuentran establecidas en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, lo que si resulta procedente en este caso, como se solicita en las pretensiones subsidiarias, es condenar al señor Ernesto Manzur Hoyos a cancelar, a satisfacción de la Administradora Colombiana de Pensiones, el cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 17 de octubre de 1978 y el 17 de octubre de 1979, debiendo tener en cuenta dicha entidad para la liquidación del título pensional, un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente, ya que no quedó probado cual fue el salario devengado por el actor durante ese periodo.

Una vez se cancele al título pensional a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, le corresponderá a dicha entidad, registrar la densidad de semanas correspondiente a ese periodo, las cuales se sumarán a las 810,86 semanas de cotización que se encuentran reportadas en la historia laboral del actor -fls.136 a 145-, teniendo la obligación de estudiar la viabilidad de acceder a la gracia pensional en el momento en que el demandante eleve la reclamación administrativa en ese sentido.

De esta manera queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del demandante.

Costas en ambas instancias a cargo del señor Ernesto Manzur Hoyos y a favor del demandante en un 40%.”

Como puede verse, a mi juicio, solo se debió ordenar el pago del cálculo actuarial correspondiente al periodo que va del 17 de octubre de 1978 al 17 de octubre de 1979, mientras que la mayoría dispuso que se pagara por un periodo de 198.7 semanas.

Dejo así entonces salvado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado