Radicación: 66001-31-05-005-2015-00374-02

Proceso: Ordinario

Demandante: Juan Evangelista Santibañez Lerma

Demandado: Colpensiones y otros

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

MAGISTRADO: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, veintitrés [23] de septiembre de dos mil veintidós [2022].

**SALVAMENTO DE VOTO:**

Difiero de la posición mayoritaria pues en mi criterio, cuando hay falta de afiliación al sistema general de pensiones, la AFP solo está obligada al reconocimiento de la prestación a partir del pago del cálculo actuarial, mientras que, cualquier retroactivo que el afiliado estuviera en derecho de percibir, debe reclamarlo del empleador que omitió la afiliación.

Los fundamentos de mi posición son los siguientes:

**RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES ANTE LA OMISIÓN EN LA AFILIACIÓN POR PARTE DE LOS EMPLEADORES.**

Para analizar este tema, lo primero que se debe recuperar es la verdadera concepción que tuvo el legislador en el año 1993 al organizar el Régimen de Prima Media.

Al respecto, a mi juicio, erróneamente, parece entenderse en la actualidad que la ley 100 de 1993 es el punto de partida y origen de la organización del Sistema. Nada más alejado de la realidad. Basta mirar y aplicar el inciso segundo del artículo 31 de dicha ley para darse cuenta que ella se limitó, en este aspecto, a modificar, adicionar y excepcionar puntualmente, aspectos contenidos en las normas vigentes para los Seguros de Invalidez, Vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales. En efecto, dice textualmente el artículo citado:

**“ARTÍCULO 31. CONCEPTO.** El régimen de Prima Media con Prestación Definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, de acuerdo con lo previsto en el presente Título.

**Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley.**”

Pues bien, incorporado en el capítulo VI **“Disposiciones comunes a las prestaciones”**, el artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990 -disposición vigente para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte del entonces Instituto de Seguros Sociales- establece que “El Instituto será responsable de las prestaciones de que trata el **Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte a partir de la afiliación, en los términos contemplados en el presente Reglamento**”, y a continuación determina que “Cuando el patrono no afilie a un trabajador **deberá otorgarle las prestaciones que le hubiere cubierto el ISS en el caso de que lo hubiere afiliado**”.

Disposición que es apenas obvia, si en cuenta se tiene que la entidad de Seguridad Social solo debe responder por las prestaciones de sus afiliados, mientras que los empleadores tienen la obligación precisamente de afiliarlos, para evitar que estas sigan a su cargo. Esa es la idea central de un sistema de Seguridad Social.

Ahora bien, conocida es la postura actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consistente en que las consecuencias de la no afiliación o afiliación tardía por parte del empleador al sistema general de pensiones, cuando la prestación económica ha de causarse en vigencia de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se resuelve ordenando **el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la entidad de la seguridad social a la que esté vinculado el afiliado, correspondiéndole al empleador omisivo cancelar el correspondiente cálculo actuarial.** Lo cual no pugna con lo hasta acá dicho, si se entiende –como es debido- que, pagado el cálculo actuarial, a la entidad de Seguridad Social, dado que para ese momento se llenan los requisitos de ley para acceder a la prestación de vejez, le corresponda, a partir de entonces y en lo sucesivo, pagar las prestaciones a que haya lugar, pero no de cualquier manera, sino en los términos establecidos en el artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990.

Es así entonces que, teniendo en cuenta que el empleador no cumplió oportunamente con la obligación de afiliar al trabajador al régimen de prima media con prestación definida, claro resulta que esa omisión se corrige únicamente en el momento en el que realiza el pago del correspondiente cálculo actuarial, es decir, **que es entonces cuando realmente se produce la afiliación del trabajador** al Régimen de Prima Media, **y es solo a partir de ese instante cuando se concreta la responsabilidad a cargo de Colpensiones**, pues nótese que la norma bajo estudio refiere contundentemente que el Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones “**será responsable de las prestaciones de que trata el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte a partir de la afiliación…**”.

Todo lo anterior conlleva a concluir que dicha entidad solo está llamada a reconocer y pagar la prestación económica a partir de la fecha en que se produce el pago del cálculo actuarial por parte del empleador, pues se itera, es solo en ese momento que se entiende cumplida la obligación de afiliación al RPM y por ende, a cargo de la administradora pensional, la responsabilidad de asumir el pago de la pensión.

Lo expuesto denota que, en caso de solicitarse el reconocimiento de mesadas pensionales anteriores al momento en el que se configura la responsabilidad de Colpensiones, las mismas no están a su cargo, lo que no significa que el afiliado haya de perderlas, sino que el obligado al cumplimiento de aquellas es su exempleador y no Colpensiones.

En este sentido, también hay norma clara y vigente. En efecto, el inciso 2° del artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990 prevé que “Cuando el patrono no afilie a un trabajador **deberá otorgarle las prestaciones que le hubiere cubierto el ISS en el caso de que lo hubiere afiliado**”.

Las disposiciones citadas para sostener lo dicho son reglas de simple lógica jurídica: 1- Nadie tiene porque cumplir con obligaciones que no ha adquirido. 2- Quien incumple las disposiciones legales se responsabiliza de las consecuencias jurídicas. 3- Quien con sus actos o con sus omisiones causa un perjuicio es quien debe indemnizarlo.

La situación entonces en estos casos es muy clara y acompasa con la posición actual de la Corte: 1- Probada la falta de afiliación por un empleador a él le corresponde pagar el cálculo actuarial. 2- Recibido el pago por Colpensiones, si con ello se reúnen los requisitos de ley, esa entidad debe reconocer y empezar a pagar la prestación y, 3- Si el -así afiliado tardíamente- le asistiere el derecho a reclamar mesadas anteriores a la fecha en que Colpensiones le reconoce su prestación, estas deben exigirse del empleador incumplido.

Decisiones en contrario, so pretexto de una integral protección del derecho a la seguridad social, en mi entender, van en contravía de nuestro sistema jurídico, desconocen el origen, evolución, principios y actualidad de la seguridad social colombiana y olvidan las reglas básicas de sostenibilidad financiera del sistema.

Es que, ¿cómo puede aceptarse que, Colpensiones -entidad que parece entenderse como la Caja Menor del sistema- deba asumir prestaciones retroactivas con dineros que no le fueron puestos a su disposición en los momentos que correspondía?; mientras que, por el contrario, se premia el incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social de los empleadores.

En realidad, esta clase de precedentes incentivan la defraudación del Sistema, pues basta con adelantar procesos tendientes a pagar cálculos actuariales que permitan llenar los requisitos mínimos, para acceder al pago de retroactivos a cargo de Colpensiones, con los que sencillamente se cubre el cálculo actuarial que confiesan deber los empleadores, se accede al derecho y se obtienen beneficios económicos inexistentes.

Es por lo anterior que salvo mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado