***ORALIDAD:***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, martes 20 de octubre de 2015*

***Radicación No****:**66001–31-05–003–2013-00636-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral*

***Demandante****: María Carmenza Saldarriaga Cartagena*

***Demandado****:**Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*

***Juzgado de origen****: Tercero Laboral del Circuito de Pereira – Risaralda*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares*

***Tema a tratar****:* ***Falta de afiliación al Sistema General de Pensiones:*** *En los casos en que se reclamen pensiones de invalidez o sobrevivientes o sustitución, por riesgo común y existe omisión en la afiliación, será el patrono quien deberá responder por dicha prestación económica, sin que haya lugar a la expedición del bono o título pensional a favor de la entidad de seguridad social.* ***Pensión de Invalidez:*** *El artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, son dos los presupuestos que una persona debe cumplir para acceder a la pensión de invalidez, a saber:* ***i)*** *que tenga un porcentaje de invalidez superior al 50 % y* ***ii)*** *tener 50 semanas sufragadas al sistema pensional, dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado invalidante.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015), siendo las siete y treinta minutos de la mañana (7:30 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto, que tiene por objeto tramitar el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 7 de octubre de 2014 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por ***María Carmenza Saldarriaga Cartagena*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,*** al cual fue vinculado como Litisconsorte Necesario, ***Alcides Pérez Gaviria*.**

***IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:***

1. ***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, a modo de introducción se tiene que la demandante ***María Carmenza Saldarriaga Cartagena***, pretende que se impute a su historia laboral, el período laborado con el empleador Alcides Pérez Gaviria entre el 26 de diciembre de 2000 y el 31 de diciembre de 2010 y; que se ordene a Colpensiones que proceda a corregir dicha historia laboral en tal sentido.

Concordante con las anteriores declaraciones, peticiona que se ordene a la entidad demandada, reconocer la pensión de invalidez, a partir del 19 de abril de 2006, más los intereses moratorios, indexación y las costas procesales.

 Las preinsertas súplicas se fundamentan en que la actora nació el 11 de abril de 1959; que cotizó al Régimen de Prima Media desde el 19 de febrero de 1986; que el 17 de mayo de 2011, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante el Instituto de Seguros Sociales; que hubo de acudir a la acción de tutela para que fuera calificada por el Departamento de Medicina Laboral del ISS, determinándose una pérdida de capacidad laboral del 53.75%, con fecha de estructuración 19 de abril de 2009 y de origen común; que no obstante lo anterior, le fue negada la prestación con el argumento de no haber acreditado el número de semanas exigidas en la normativa aplicable.

 Sostiene que ostenta 388,16 semanas cotizadas en toda su vida laboral, siendo su último ciclo cotizado marzo de 2011; que laboró de manera ininterrumpida con el señor Alcides Pérez Gaviria desde el 16 de diciembre de 2000 y el 31 de diciembre de 2010; que solo en el mes de octubre de 2007, éste la afilió al Instituto de Seguros Sociales y; que la vía gubernativa, se encuentra agotada.

 La ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** se opuso a las súplicas, argumentando que la afiliada no contaba con las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez. Propuso como excepciones de mérito: Inexistencia de la obligación; Prescripción.

 El litisconsorte necesario, ***Alcides Pérez Gaviria,*** se opuso parcialmente a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto que aceptó haber fungido como empleador de la actora, empero, a partir del 1º de enero de 2005 y no desde el 16 de diciembre de 2000; que por un error invencible, dejó de afiliar a la empleada doméstica al Sistema de Seguridad Social Integral, amén que ésta había manifestado que contaba con los beneficios del régimen subsidiado. Propuso como excepciones de mérito: Prescripción, Buena fe, Genéricas.

 El ***Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira,*** condenó a la entidad accionada a reconocer la pensión de invalidez reclamada, a partir del 19 de abril de 2006 y, desde el 19 de junio de 2013 los intereses moratorios, previa declaración de que entre ella y el señor Alcides Pérez Gaviria, existió el contrato de trabajo del 1 de enero de 2005 y hasta el año 2011, en consecuencia, condenó a este último a pagar los aportes correspondientes entre enero de 2005 y el 30 de septiembre de 2007, amén que la afiliación al sistema, se produjo a partir del 1º de octubre de 2007.

 Adujo que conforme a la calificación realizada por el médico laboral del Instituto de Seguros Sociales, la señora María Carmenza Saldarriaga Cartagena, tiene una pérdida de capacidad laboral del 53,75% con fecha de estructuración del 19 de abril de 2006, empero, que durante los tres años anteriores a la fecha de declaratoria de su invalidez, no había realizado ninguna cotización.

 Que ante la confesión del litisconsorte necesario, concluyó que Alcides Pérez Gaviria, era responsable del pago de los aportes que omitió realizar con posterioridad al 1º de enero de 2005, por lo que al 19 de abril de 2006 el número de semanas cotizadas suficientes para hacerse merecedora de la gracia pensional reclamada, sin que el fenómeno de la prescripción hubiera afectado su reclamación, dado que el dictamen data del 2 de mayo de 2012, mientras que la reclamación administrativa se radicó el 18 de octubre de 2012, la demanda se presentó el 9 de octubre de 2013 y, que procedían los intereses moratorios, puesto que, si bien resolvió la solicitud dentro del término legal, lo hizo de forma negativa.

 Contra la anterior decisión se alzó la parte demandada, quien solicitó se condenara al señor Alcides Pérez Gaviria a constituir el título pensional correspondiente a la afiliación de la trabajadora entre 2005 y 2007. Impetró, que se tomara en cuenta igualmente, que solo con la sentencia de primera instancia, tuvo conocimiento de la existencia del empleador Alcides Pérez Gaviria, quien había omitido la afiliación.

***Del problema jurídico:***

*¿Habrá lugar a que el señor Alcides Pérez Gaviria constituya título pensional en favor*

*de la entidad seguridad social?*

*¿Le asiste derecho a María Carmenza Saldarriaga Cartagena a que se le reconozca y pague la pensión de invalidez que reclama?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar la consulta, se corre traslado por el término de 8 minutos para alegar, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por el recurrente, parte demandada.

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los mismos

puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

1. ***CONSIDERACIONES***

***2.1 Desarrollo de la problemática planteada.***

En el *sub-lite,* ninguna duda existe en cuanto a que entre Alcides Pérez Gaviria y María Carmenza Saldarriaga Cartagena, existió un contrato de trabajo, el cual se ejecutó del 1º de enero de 2005 hasta el año 2011; que solo el 1º de octubre de 2007, afilió a su trabajadora al sistema pensional y; que el 19 de abril de 2006 se estructuró la pérdida de capacidad laboral de la actora, situación última que conlleva las consecuencias que a continuación se exponen.

Lo primero, que debe advertir la Sala frente a la situación aquí planteada, es que ni la mora patronal ni la falta de afiliación al sistema general de pensiones, pueden afectar al afiliado para el reconocimiento de su gracia pensional.

De suerte que, el órgano de cierre de la especialidad laboral, a través de la sentencia SL6035 de 2015, radicación 49.194, refirió la diferencia entre la mora patronal y la falta de afiliación, así:

*“La afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquél.*

*“De tal suerte que la pertenencia al sistema de seguridad social está determinada por la afiliación y en ésta encuentran venero todos los derechos y obligaciones, consagrados a favor y a cargo de los afiliados y de las administradoras o entes gestores.*

*“Nadie puede predicar pertenencia al sistema de seguridad social, mientras no medie su afiliación; y ningún derecho o ninguna obligación de los previstos en dicho sistema se causa a su cargo sin la afiliación.*

*“La cotización, por su parte, es una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social, que, como ya se explicó, deriva, justamente, de la afiliación.*

*“Mientras que la afiliación ofrece una pertenencia permanente al sistema, ganada merced a una primera inscripción, la cotización es una obligación eventual que nace bajo un determinado supuesto, como lo es la ejecución de una actividad en el mundo del trabajo o el despliegue de una actividad económica.*

*“A partir de esa distinción, brota espontánea una conclusión: la afiliación al sistema de seguridad social, en ningún caso, se pierde o se suspende porque se dejen de causar cotizaciones o éstas no se cubran efectivamente”.*

Y, en esa misma sentencia, la Alta Corporación, indicó que cuando se está ante una mora patronal y se reclama una pensión de invalidez o sobrevivientes, *“no es el empleador el llamado a cubrir las dichas prestaciones” [[1]](#footnote-1),* caso contrario, cuando se trata de la falta de afiliación por omisión del empleador, ésta será el obligado a reconocer la prestación*.*

Así las cosas, como en el *sub-lite,* se peticiona el reconocimiento de una pensión de invalidez, la cual se estructuró en una fecha anterior a la de la afiliación de la actora al sistema general de pensional, no obstante estar vigente la relación laboral con su empleador Alcides Pérez Gaviria, necesariamente, habrá de acudirse al artículo 8º del Decreto 1642 de 1995, el cual en su inciso 2º reza:

***ARTICULO 8o. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES.****En todos los casos, respecto de aquellos trabajadores que hubiesen sido afiliados por fuera del término a cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel nacional o territorial, o del sector privado, las prestaciones que llegaren a causarse durante tal periodo por razón de invalidez o de muerte por riesgo común, serán reconocidas y pagadas por la caja, fondo o entidad que lo afilió por fuera de término.*

*Los empleadores del sector privado que no hubiesen afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, deberán asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegasen a causar durante el periodo en el cual el trabajador estuvo desprotegido.*

*(…)”.*

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que en los casos en que se reclamen pensiones de invalidez o sobrevivientes o sustitución, por riesgo común y si existe omisión en la afiliación, será el patrono quien deberá responder por dicha prestación económica, sin que haya lugar a la expedición del bono o título pensional a favor de la entidad de seguridad social, luego de efectuarse el cálculo actuarial correspondiente, como erradamente se dispuso en la sentencia de primer grado.

Consecuente con lo anterior, al no mediar afiliación de la señora María Carmenza

Saldarriaga Cartagena, en la fecha en que se estructuró su estado invalidante, ninguna responsabilidad podría endilgársele a la entidad de seguridad social, amén que la omisión recayó completamente sobre su empleador y aquí vinculado, Alcides Pérez Gaviria, razón por la cual, será éste quien deberá reconocer y pagar en pro de su ex trabajadora la gracia pensional que ahora reclama.

 Una vez determinado lo anterior, cumple a la Sala verificar si la demandante, satisface los presupuestos legales exigidos para hacerse merecedor de la pensión de invalidez, para lo cual, se tendrá en cuenta que, conforme a la fecha de estructuración de su invalidez, la norma aplicable es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el cual exige dos presupuestos para acceder a tal prestación económica, a saber: ***i)*** que tenga un porcentaje de invalidez superior al 50 % y ***ii)*** tener 50 semanas sufragadas al sistema pensional, dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado invalidante.

 Conforme a la valoración efectuada por el médico laboral del Instituto de Seguros Sociales, visible a folio 15, a la accionante se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 53.75 %, con fecha de estructuración del 19 de abril de 2006, de origen común, es decir, que cumple con la primera exigencia de la normativa referida líneas atrás.

 En lo tocante con el segundo aspecto, no es menester revisarlo, en la medida en que se trata de una prestación económica a cargo del ex empleador, quien no solo a la fecha de la estructuración de la invalidez, falló a su deber de afiliación, sino que esa omisión se presentó, también, entre el 1º de enero de 2005 y el 19 de abril de 2006, lapso que se encuentra comprendido dentro de los tres años que precedieron la estructuración del estado incapacitante.

 Así las cosas, por el incumplimiento del empleador Alcides Pérez Gaviria, frente a la obligación consagrada en el artículo 15 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º de la ley 797 de 2003, será éste, quien asuma el reconocimiento y pago de dicha pensión, en tanto que el contrato de trabajo que existió entre ellos, se ejecutó del 1º de enero de 2005 y hasta el año 2011, siendo afiliada al sistema, el 1º de octubre de 2007, esto es, con posterioridad a la calenda en que se estructuró la invalidez de la ex trabajadora, en tanto que el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral fue determinado en un 53.75% de origen común (fl. 15 y vto.).

 Corolario de lo discurrido, se revocarán los numerales 3º, 4º, 7º, 9º, 10º y se modificará el ordinal 6º de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, en tal sentido.

Ahora, en cuanto a la fecha a partir de la cual empezará a percibir la prestación económica, resulta necesario advertir, que conforme el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se estructuró la invalidez, esto es, 19 de abril de 2006.

 De otro lado, para efectos de la prescripción de las mesadas causadas, la fecha que debe tenerse en cuenta no es la de la estructuración, sino la del dictamen. En el *sub-lite,* será a partir el 2 de mayo de 2012, en que empezará a contabilizarse el fenómeno extintivo de que tratan los artículos 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que solo en dicha calenda, se determinó el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral sufrida por la accionante, la fecha de estructuración y el origen de la misma.

 Lo dicho se aviene al siguiente trozo jurisprudencial del órgano de cierre de la

especialidad laboral del 6 de mayo del presente año, M.P. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS, en el que se indicó: *“(…) para la Corte, el plazo prescriptivo de la acción tendiente al pago de la pensión de invalidez, que no de su reconocimiento pues ella es imprescriptible, se insiste, empieza a correr desde que el afectado ha tenido ‘conocimiento acabado’ de su estado de invalidez laboral, o sea, no simplemente desde cuando se causa el infortunio o se advierten los primeros síntomas de la afectación a la salud o integridad de la persona o trabajador, sino desde cuando queda firme la ‘determinación’ de la incapacidad o invalidez laboral que a ese respecto profiere la correspondiente Junta de Calificación de Invalidez”.*

De acuerdo con lo anterior, se declarará no probada la excepción de prescripción propuesta por Alcides Pérez Gaviria y, en consecuencia, se ordenará el pago de la pensión de invalidez en pro de la accionante, a partir de la fecha en que se estructuró su invalidez, dado que tanto la reclamación administrativa efectuada a la entidad accionada, el 18 de octubre de 2012 (fl. 9), como las fechas en que al litisconsorte se le notificó y dio respuesta al libelo, 11 y 25 de junio de 2014, respectivamente (fl. 195 y 200 A), no había transcurrido el trienio aludido en el artículo 151 del C.P.L. y de la S.S.

Efectuados los cálculos pertinentes el valor del retroactivo pensional causado entre el 19 de abril de 2006 y el 30 de septiembre de 2015, asciende a $69´695.300, según se ilustra en el cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte integrante del acta final que se suscriba con ocasión de esta diligencia, siendo menester modificar el numeral sexto de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado.

En relación con la condena por concepto de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos serán de cargo del empleador, corridos a partir de los seis meses siguientes a la calenda, en que le fue notificado el llamamiento como litisconsorte necesario, esto es, desde el 11 de diciembre de 2014, motivo que conlleva a modificar el numeral 8º de la sentencia apelada.

Finalmente, habrá que decirse que los anteriores argumentos sirven para absolver de la condena en costas procesales impuesta en primera instancia en contra de la entidad demandada, aunado a que la misma, estará a cargo del vinculado como litisconsorte necesario.

Así las cosas, habrá de revocarse el numeral 12º y parcialmente el 11º de la parte resolutiva de la sentencia que puso fin a la primera instancia.

En consideración de todo lo anterior, se ha resuelto la alzada presentada por

Colpensiones.

No se condena en costas de segunda instancia, por haber prosperado el recurso. Las de primera instancia, estarán a cargo de Alcides Pérez Gaviria, en pro de la demandante.

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

***FALLA***

 ***Revoca*** los ordinales 3º, 4º, 7º, 9º, 10º y 12º de lasentencia proferida el 7 de octubre de 2014, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***María Carmenza Saldarriaga Cartagena*** en contra de la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** y al cual fue vinculado como litisconsorte necesario, ***Alcides Pérez Gaviria.*** En consecuencia:

 ***1. Declara*** que el responsable de reconocer y pagar la pensión de invalidez reclamada por ***María Carmenza Saldarriaga Cartagena***, es el señor ***Alcides Pérez Gaviria,*** a partir del 19 de abril de 2006, en cuantía de un salario mínimo y por 14 mesadas anuales.

***2. Revoca parcialmente*** el numeral 11º de la sentencia apelada, en el sentido de ***declarar*** probadas las excepciones propuestas por la ***Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones*** y, no probadas las propuestas por ***Alcides Pérez Gaviria.***

***3. Modifica*** el numeral 6º de la sentencia de primer grado, en el sentido de ***condenar*** al señor ***Alcides Pérez Gaviria*** a pagar en pro de ***María Carmenza Saldarriaga Cartagena*** la suma de $69´695.300, por concepto de retroactivo pensional de las mesadas causadas entre el 19 de abril de 2006 y el 30 de septiembre de 2015, sin perjuicio de las que en adelante se causen.

***4. Modifica*** el numeral 8º de la sentencia de primer grado, en el sentido de ***condenar*** al señor ***Alcides Pérez Gaviria*** a pagar en pro de ***María Carmenza Saldarriaga Cartagena*** los intereses moratorios desde el 11 de diciembre de 2014 y hasta que se efectúe el pago total de la obligación.

***5. Costas*** de primera instancia, a cargo de ***Alcides Pérez Gaviria*** y en pro de la demandante.

***6. Sin costas*** de la instancia por haber prosperado el recurso de apelación.

La anterior decisión queda notificada***en estrados.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

**Edna Patricia Duque Isaza**

Secretaria

**ANEXO No. 1**

**LIQUIDACIÓN RETROACTIVO PENSIONAL**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **SALARIO** | **No. MESADAS** | **TOTAL** |
| 2006 | 408000 | 10,4 | $4´243.200 |
| 2007 | 433700 | 14 | $6´071.800 |
| 2008 | 461500 | 14 | $6´461.000 |
| 2009 | 496900 | 14 | $6´956.600 |
| 2010 | 515000 | 14 | $7´210.000 |
| 2011 | 535600 | 14 | $7´498.400 |
| 2012 | 566700 | 14 | $7´933.800 |
| 2013 | 589500 | 14 | $8´253.000 |
| 2014 | 616000 | 14 | $8´624.000 |
| 2015 | 644350 | 10 | $6´443.500 |
|  |  | **TOTAL**  | **$69´695.300** |

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

1. Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral, sentencia del 4 de marzo de 2015, Radicación 49.194. [↑](#footnote-ref-1)