Providencia: Sentencia del 19 de febrero de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-002-2013-00116-00

Proceso: Ordinario laboral

Demandantes: Horacio Jaramillo

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema:

OMISIÓN DE AFILIACIÓN/ De acreditarse, el empleador debe trasladar el cálculo actuarial por el tiempo dejado de cotizar, para efectos pensionales/ Valoración del testigo único/ Requisito de semanas para obtener la pensión de vejez

 “Salvo por las aseveraciones acuñadas en la demanda, no existe ningún otro medio referencial que sirva para reforzar el establecimiento de la necesaria correspondencia del relato de un único testigo con la verdad de lo acontecido, en aras de arribar a la certeza, y aunque, valga reiterar, actualmente se tiene definido que la veracidad de una declaración no depende de la multiplicidad de testigos, aspectos tales como las condiciones personales del declarante, sus facultades de recordación, la evocación de la persona y la ausencia de un interés en el proceso, entre otros, deben ser los elementos que cimienten la certeza del fallador.

 A juicio de la Sala, la presencia del actor en la gasolinera en donde lo veía casi a diario el señor JORGE ALBERTO (…) no es elemento suficiente del que se pueda inferir que estaba allí prestándole un servicio personal a la empresa demandada, puesto que no existe ninguna conexión directa que lo vincule con un especifico servicio de los que habitualmente se presta en una estación de gasolina. Si bien (…) reconoció al demandante como mecánico, tal rol laboral es de aquellas en que predomina un conocimiento especializado en una materia específica, lo que redunda en cierto margen de libertad para el prestador del servicio, quien por lo general ofrece sus servicios a una base de clientes indistintos e indeterminados.

 De lo dicho por el declarante no se puede inferir que la empresa demandada era directa beneficiaria de la prestación de los servicios mecánicos ofrecidos por el actor. En esa medida, no habiendo quedado probada la relación laboral entre el demandante y COOCHOFERES entre el 22 de octubre de 1988 y 31 de julio de 1997, resulta forzosa la confirmación de la sentencia de primer grado, puesto que, como es evidente, las semanas cotizadas por el actor resultan insuficientes para que acceda a la prestación económica reclamada (…)”

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Febrero 19 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Buenas tardes, siendo las 10:20 a.m. de hoy, viernes 12 de febrero de 2016, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por el **HORACIO JARAMILLO** en contra del **COLPENSIONES** y la **COOPERATIVA INTEGRAL CHOFERES DE PEREIRA.**

**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**

Habida consideración de que la discusión del proyecto se centró en los puntos objeto de las alegaciones acabadas de escuchar, procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por la demandante en contra de la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el día 26 de noviembre de 2014.

**PROBLEMA JURIDICO**

La controversia a elucidar por la Sala se contrae a establecer si el demandante reúne el número mínimo de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual supone la necesidad de identificar si su antiguo empleador, la **COOPERATIVA INTEGRAL CHOFERES DE PEREIRA,** se encuentra en mora del pago de aportes pensionales.

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

 El señor **Horacio Jaramillo** pretende que la jurisdicción laboral declare que tiene derecho a la pensión de vejez y que la **AFP** responsable de su pago es **COLPENSIONES**. Para tal efecto, asevera que cuenta con 1.327,28 semanas cotizadas hasta el 29 de febrero de 2012, y que llegó a la edad de sesenta (60) años el 16 de diciembre de 2010, todo lo cual le permite acceder a la prestación económica por vejez a partir de la fecha en que arribó a la edad mínima para pensionarse.

 Agrega que la AFP demandada, mediante la Resolución No. 101240 del año 2011, le negó la prestación económica, para lo cual argumentó que las semanas cotizadas eran insuficientes para obtener la gracia pensional. Manifiesta que la demandada omite computar las cotizaciones en mora comprendidas entre marzo de 1983 y el mismo mes del año 1987, lo mismo que entre el 22 de octubre de 1988 y el 31 de junio de 1997, cuyo pago corresponde a su antiguo empleador COOPERATIVA INTEGRAL CHOFERES DE PEREIRA; empresa a la cual le prestó sus servicios personales durante tales lapsos. En relación con esta última codemandada, reclama el pago de los aportes en mora por las cotizaciones dejadas de pagar.

 **COLPENSIONES**, a través de apoderado judicial, se opone a la prosperidad de las pretensiones, señalando que al momento de resolver la petición de pensión efectuó la *“imputación de pagos de aportes pensionales, prevista en el artículo 29 del Decreto 1818 de 1996, modificado por el artículo 53 del Decreto 1606 de 1999 y por el artículo 9 del Decreto 510 de 2003, por cuanto existen períodos no cancelados (…), estableciendo que el asegurado cotizó en forma interrumpida un total de 571 semanas, desde su ingreso el 04 de diciembre de 1987 hasta el 30 de octubre de 2010, concluyendo que no acredita el requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión reclamada”*, por lo que propone como excepciones de mérito las que denomina “inexistencia de la obligación demandada”, “prescripción”, y la “genérica”.

 Por su parte, la **COOPERATIVA INTEGRAL CHOFERES DE PEREIRA** se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra y, ateniéndose al reporte de semanas cotizadas por el actor, asegura que la empresa pagó los aportes pensionales correspondientes al tiempo que el demandante le prestó sus servicios personales entre diciembre de 1987 y el 30 de octubre de 2010, que de acuerdo a lo reportado por COLPENSIONES, asciende a 571 semanas. En tal virtud propone como excepción de mérito la de “cobro de lo no debido”.

1. **SENTENCIA**

 La Jueza de primer grado negó las pretensiones de la demandada, dejando al descubierto las premisas de esa decisión, las cuales se reducen a tres precisos puntos:

 **1)** el demandante no se registra afiliado al Instituto de Seguros Sociales entre el 22 de octubre de 1988 y el 30 de junio de 1997;

 **2)** 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)**

 **3) El demandante no demostró haber laborado para la COOPERATIVA INTEGRAL DE CHOFERES DE PEREIRA entre el 22 de octubre de 1988 y el 30 de junio de 1997, por lo que no es posible el cómputo de ese período para efectos de que el asegurado acumule la densidad mínima de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez.**

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

 El recurso de alzada es promovido por el apoderado judicial de parte actora, quien señala que la *a-quo* omitió dar alcance al testimonio del señor JORGE ALBERTO MONSALVE GALEANO, con quien se había acreditado que su prohijado se desempeñó como mecánico en una de las gasolineras de propiedad de la codemandada COOCHOFERES DE PEREIRA; y que tampoco se tuvo en cuenta que dicha codemandada confesó a través de su apoderado en el escrito de contestación a la demanda que el promotor del litigio le prestó servicios entre el 4 de diciembre de 1987 y el 30 de octubre de 2010.

1. **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 acción judicial 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. Así, si no no hay gestión de cobro por parte de la entidad de seguridad social, no puede existir la declaratoria de «deuda incobrable» sobre las cotizaciones que se registran en mora, por lo que no se surten los efectos del artículo 75 del Decreto 2665 de 1988, cuales son los de tener por inexistentes esas cotizaciones. Ahora bien, la declaración de incobrable de la deuda por aportes, una vez surtido el trámite del cobro coactivo, tendría como efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 75 ibídem, que las semanas en mora no se tendría como cotizadas, ni se acumularía para efectos de las prestaciones.

 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 Instituto de Seguros Sociales 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.

* 1. **CASO CONCRETO**

 Dicho lo anterior, como quiera que **COOCHOFERES** registró novedad de retiro del demandante al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (Hoy Colpensiones) el día 22 de octubre de 1988, y que de nuevo lo afilió el 31 de junio de 1997, se puede aseverar que durante tal lapso no se registra semanas o ciclos de cotización en mora, habida cuenta que la afiliación se encontraba inactiva luego de la novedad de retiro registra el 22 de octubre de 1988.

 Ahora bien, es posible, como se plantea en la demanda, que el trabajador durante tal periodo hubiese laborado al servicio de COOCHOFERES. En tal caso, dada la omisión de la afiliación, la empleadora estaría obligada a constituir la reserva actuarial o el título judicial correspondiente al tiempo que omitió el pago de las cotizaciones obligatorias a pensión. Para que ello ocurra, es necesaria la acreditación de la existencia de la relación laboral, pues la obligación de cotizar nace a la par del inicio del respectivo contrato de trabajo.

 Con tal propósito el demandante se atiene al dicho del señor JORGE ALBERTO GONZALEZ GALEANO -único declarante que concurrió al proceso- al cual esgrime como prueba de la existencia de la relación laboral con **COOCHOFERES**, puesto que no dudó en afirmar que el demandante era mecánico en una gasolinera sobre la avenida del río en la ciudad de Pereira, que frecuentaba por su condición de taxista entre los años 1990 y 2004.

 Pese a que la regla de valoración del testimonio basada en el principio *testis unus testis nullus* o “testigo único, testigo nulo” no es aplicable en el sistema de la libre apreciación de las pruebas, la Sala debe precisar que para efectos de probar extremos temporales tan prolongados como el aducido en la demanda, un solo testimonio puede resultar insuficiente, máxime cuando la declaración no puede ser contrastada con otros medios de convicción.

 Salvo por las aseveraciones acuñadas en la demanda, no existe ningún otro medio referencial que sirva para reforzar el establecimiento de la necesaria correspondencia del relato de un único testigo con la verdad de lo acontecido, en aras de arribar a la certeza, y aunque, valga reiterar, actualmente se tiene definido que la veracidad de una declaración no depende de la multiplicidad de testigos, aspectos tales como las condiciones personales del declarante, sus facultades de recordación, la evocación de la persona y la ausencia de un interés en el proceso, entre otros, deben ser los elementos que cimienten la certeza del fallador.

 A juicio de la Sala, la presencia del actor en la gasolinera en donde lo veía casi a diario el señor JORGE ALBERTO GONZALEZ GALEANO, no es elemento suficiente del que se pueda inferir que estaba allí prestándole un servicio personal a la empresa demandada, puesto que no existe ninguna conexión directa que lo vincule con un especifico servicio de los que habitualmente se presta en una estación de gasolina. Si bien el señor GONZALEZ GALEANO reconoció al demandante como mecánico, tal rol laboral es de aquellas en que predomina un conocimiento especializado en una materia específica, lo que redunda en cierto margen de libertad para el prestador del servicio, quien por lo general ofrece sus servicios a una base de clientes indistintos e indeterminados.

 De lo dicho por el declarante no se puede inferir que la empresa demandada era directa beneficiaria de la prestación de los servicios mecánicos ofrecidos por el actor. En esa medida, no habiendo quedado probada la relación laboral entre el demandante y COOCHOFERES entre el 22 de octubre de 1988 y 31 de julio de 1997, resulta forzosa la confirmación de la sentencia de primer grado, puesto que, como es evidente, las semanas cotizadas por el actor resultan insuficientes para que acceda a la prestación económica reclamada. En este orden, las costas de segunda instancia correrán por cuenta del apelante, esto es, la parte actora.

 Con todo, como el propósito de este proceso no era el de declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y Coochoferes sino el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo Colpensiones, puede el demandante válidamente incoar el respectivo proceso tendiente a verificar su relación de trabajo en ese interregno.

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.

**RESUELVE**

 **PRIMERO**.- **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia primera instancia.

 **SEGUNDO. – CONDENAR EN COSTAS PROCESALES** al demandante, liquídense en sede de primera instancia.

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS.**

**CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

……………………………………..

Secretario Ad-hoc**.**