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

Asunto. Apelación sentencia

Proceso. Ordinario laboral

Radicación Nro. : 66001-31-05-005-2016-00417-01

Demandante: Lucero Echeverri Cardona

Demandado: Fundación Universitaria del Área Andina

Vinculada: Colpensiones

Juzgado de Origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ / GENERA LA EXCLUSIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES / PROHIBICIÓN DE REAFILIARSE.**

El artículo 2º del aludido Acuerdo 049 de 1990 prescribió cuáles son las personas excluidas del Seguro Social Obligatorio… para el caso concreto, el literal d) excluyó a:

“las personas que se hayan pensionado por el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios o hubieren **recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez** o de invalidez **por riesgo común**, salvo para el caso de invalidez, que ésta hubiere cesado o desaparecido, en virtud de los programas de readaptación y rehabilitación por parte del Instituto”.

Al respecto, esta Colegiatura ha manifestado “Base que huelga decir, es semejante al de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que como se sabe es incompatible con el pago ulterior de la pensión de vejez, y de sobrevivientes, dado que pertenecen al mismo grupo de riesgo asegurado, situación que en nada difiere para sostener que esa misma incompatibilidad, se presenta entre la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, por riesgo común, con la pensión de sobrevivientes correspondiente a tal riesgo”

De otro lado, el artículo 24 del Acuerdo 049/90 ya referido, señala que quienes hubieren recibido –entiéndase obtenido el pago– de las indemnizaciones sustitutivas de invalidez, vejez o muerte, no pueden reafiliarse para este, lo que permite inferir que el pago de esa prestación supone indefectiblemente la desafiliación del sistema.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora respecto a la sentencia proferida el 23 de enero de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Lucero Echeverri Cardona** contra la **Fundación Universitaria del Área Andina** y al que fue vinculada la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-,** radicado 66001-31-05-005-2016-00417-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandada - vinculada y sus apoderados:

**TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende la señora Lucero Echeverri Cardona que se declare que entre ella y la Fundación Universitaria del Área Andina, ha existido un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01/06/1998 y hasta la fecha; que como consecuencia de ello, se declare que el empleador tiene la obligación de afiliarla y pagar los aportes al sistema pensional durante toda la vigencia contractual, con las multas e intereses.

Fundamenta sus pretensiones en que: (i) nació el 25/09/1942; (ii) el 01/06/1998 fue vinculada laboralmente por la Fundación Universitaria del Área Andina como auxiliar de archivo y correspondencia; (iii) el contrato ha estado vigente y se ha cumplido sin ninguna interrupción y a la fecha de presentación de la demanda han transcurrido 17 años y 11 meses; (iv) en virtud de dicha contratación, fue afiliada al sistema de seguridad social en salud y riesgos profesionales, pero no al pensional; (v) el ISS mediante Resolución Nº 0068 del 26/01/1998, le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y en ese mismo acto administrativo se indica que no puede inscribirse nuevamente al sistema; (vi) el ISS nunca le informó a la Universidad, que se negaba a aceptar la afiliación de su trabajadora; (vii) nunca renunció al reconocimiento de las pensiones del RAIS o del RPM.

La **Fundación Universitaria del Área Andina,** admitió todo lo relacionado con la vinculación laboral de la actora, el cargo desempeñado y la falta de afiliación en virtud de encontrarse excluida del sistema pensional; no obstante, se opuso a las pretensiones de la demanda y como razones de defensa indicó que no tiene ninguna obligación para con la actora porque ella solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, lo que la excluye del aseguramiento conforme lo prevén el artículo 13 del Decreto 3041 de 1966, artículo 2 del Acuerdo 049/90 y el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001.

Propuso como excepción previa la de “*Inepta demanda por falta de integración del listisconsorte necesario”*, en virtud de la cual, el Juzgado mediante proveído del 30/09/2016 –fl. 308 cd. 1- ordenó la vinculación oficiosa de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-

Por último, formuló como excepciones de fondo las que *denominó “Prescripción”, “Inexistencia de la obligación por estar la actora excluida del seguro de invalidez, vejez y muerte”, “Incumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de vejez, invalidez o muerte”, “Petición de lo no debido”, “Falta de legitimación en la causa por activa y carencia absoluta de fundamento para ello”, “”Falta de causa por pasiva”, “Imposibilidad de escogencia de Administradora de Pensiones”, “Buena fe” y “Compensación”.*

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-** no seopuso a las pretensiones de la demanda al no estar dirigidas en su contra, salvo a que fuere condenada en costas. Sin embargo, manifestó que al tratarse de una falta de afiliación al sistema pensional, no es asunto por el cual deba responder, pues es de responsabilidad exclusiva del empleador. Formuló como excepciones de mérito las que denominó “*Inexistencia de la obligación”, “Prescripción” y “Deber del demandante de demostrar los supuestos de hecho”.*

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamento de su decisión manifestó que conforme con los artículos 2 y 24 del Acuerdo 049/90, que se deben aplicar en virtud del artículo 31 de la Ley 100/93, que prevén la exclusión del seguro de IVM y la prohibición de reafiliación, cuando entre otras, se haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como ocurrió en el presente asunto, cuando dicha prestación le fue reconocida a la actora mediante Resolución N° 000068 de 1998; de tal manera que resulta inviable que la Fundación Universitaria del Área Andina la afiliara de nuevo a Colpensiones y esta a su vez recibiera los aportes; conclusión que también fundó en sentencia proferidas por esta Corporación[[1]](#footnote-1).

Refirió que se debe interpretar armónicamente normas de afiliación obligatoria y exclusión de afiliados, para concluir que no existe norma expresa que obligue de manera certera a la demandada a realizar la afiliación retroactiva con el correspondiente pago de aportes.

Sumado a lo anterior, indicó que conforme con el artículo 61 ley 100/93, como la demandante tenía más de 55 años tampoco estaba obligada a afiliarla al sistema pensional.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con lo decidido la parte actora se alzó y expresó que existen dos visiones, una legal y otra constitucional.

La juez dice que no encuentra una norma dentro del marco legal que obligue a la Universidad a pagar los aportes pensionales de la actora, para ello acude a disposiciones que son inferiores a la Constitución Política, de ahí que se trata de una argumentación puramente legal pero injusta y deja a la actora en una desprotección absoluta del sistema de seguridad social, ni siquiera para el cubrimiento de los riegos de invalidez o sobrevivencia.

En consecuencia, reclama que se realice una interpretación constitucional, máxime cuando la guardiana de la Constitución, mediante sentencia C-375-04, expone que *“solo resta anotar que en la posibilidad de poder trabajar pero no aportar al SGP es jurídicamente inviable, debido al carácter irrenunciable de la seguridad social traducido en la afiliación obligatoria de todos los trabajadores dependientes o independientes al sistema”*.

Y, que en otra oportunidad señaló que según la línea de SCL de la CSJ, una persona que haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, puede seguir cotizando al sistema general de pensiones para efectos de pensionarse por un riesgo distinto a aquel por el cual se había recibido la referida indemnización.

Finalmente, considera que conforme con el artículo 17 de la Ley 100/93, existía en la demandada la obligación de efectuar las cotizaciones a favor de la actora por el simple hecho de ser su trabajadora.

**CONSIDERACIONES**

**Cuestión previa**

Pese a que la parte actora pretende que la solución que debe darse al presente asunto debe tener una visión meramente constitucional, la Sala considera necesario determinar si jurídicamente, la señora Lucero Echeverri Cardona, se encuentra excluida del sistema general de pensiones, pues tal circunstancia es la que habilitaría proceder en la forma deprecada por el recurrente.

**1. Problema jurídico**

De acuerdo con lo anterior, la Sala plantea los siguientes:

* 1. ¿La señora Lucero Echeverri Cardona debe entenderse excluida del sistema general de pensiones, por haber recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fuere reconocida por el otrora ISS mediante Resolución Nº 000068 de 1998?
	2. De ser positiva la respuesta al anterior interrogante, ¿Podría afirmarse que fue desprotegida por el sistema de seguridad social en pensiones?
1. **Solución a los interrogantes planteados**
	1. **De la exclusión del sistema de seguridad social en pensiones**
		1. **Fundamento jurídico**

El artículo 2º del aludido Acuerdo 049 de 1990 prescribió cuáles son las personas excluidas del *Seguro Social Obligatorio*, entre ellas, quienes al inscribirse por primera vez tuvieran más de 60 años y fueran trabajadores dependientes, o correlativamente 50 años y fueran independientes; también estarían excluidos los dependientes que estuvieran disfrutando de una pensión de jubilación a cargo de su empleador, o para el caso concreto, el literal d) excluyó a:

“*las personas que se hayan pensionado por el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios o hubieren* ***recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez*** *o de invalidez* ***por riesgo común,*** *salvo para el caso de invalidez, que ésta hubiere cesado o desaparecido, en virtud de los programas de readaptación y rehabilitación por parte del Instituto”*.

Al respecto, esta Colegiatura ha manifestado “*Base que huelga decir, es semejante al de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que como se sabe es incompatible con el pago ulterior de la pensión de vejez, y de sobrevivientes, dado que pertenecen al mismo grupo de riesgo asegurado, situación que en nada difiere para sostener que esa misma incompatibilidad, se presenta entre la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, por riesgo común, con la pensión de sobrevivientes correspondiente a tal riesgo”[[2]](#footnote-2)*

Ahora bien, la anterior normativa contiene una excepción a dicha incompatibilidad, así la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[3]](#footnote-3) enseñó que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez sí es compatible con la pensión de vejez, o dicho de otra manera, el reconocimiento de la indemnización no impide la obtención de la pensión de vejez, siempre y cuando *i)* el derecho pensional de vejez se haya consolidado en fecha anterior a su solicitud, y por ende, el afiliado tenga un derecho adquirido, *ii)* que no puede desconocerse por la equivocación de la administradora pensional que niega una pensión de vejez, pese a la satisfacción de sus requisitos, y contrario a ello concede la indemnización sustitutiva de la misma.

Todo ello, porque *iii)* la indemnización sustitutiva es una prestación subsidiaria o residual a la pensión de vejez, por tanto solo se accede a la primera, cuando no alcanzó los requisitos de la segunda, o en palabras de la corte, “*solo procede el reconocimiento de aquella cuando la persona a pesar de tener la edad, no ha cumplido con el número mínimo de semanas y no tiene la posibilidad de seguir cotizando para el riesgo de vejez”[[4]](#footnote-4),* providencia que reiteró lo expuesto en antecedencia por la misma Corporación en sentencia de 31/01/2012, radicada al número 36637.

De otro lado, el artículo 24 del Acuerdo 049/90 ya referido, señala que quienes hubieren recibido –entiéndase obtenido el pago- de las indemnizaciones sustitutivas de invalidez, vejez o muerte, no pueden reafiliarse para este, lo que permite inferir que el pago de esa prestación supone indefectiblemente la desafiliación del sistema.

* + 1. **Fundamento fáctico**

En el caso concreto, se encuentra debidamente acreditado que la señora Lucero Echeverri Cardona el 23/01/1998 declaró ante el Instituto de Seguros Sociales su imposibilidad de continuar cotizando para el seguro de IVM en el RPM y, consecuente con ello, solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez –fl. 366 frente y vuelto-, la que le fue reconocida mediante Resolución 000068 del 26/01/1998.

Ahora, en cuanto al pago, se allegó certificado emitido por la Gerencia Nacional de Nómina de Pensionados–fl. 34-, en el que se registra que la suma de $1`885.879, fue cancelada como pago único en nómina de febrero de 1998; documento que allegado con el libelo inicial no fue reprochado por la parte actora, quien tampoco desconoció que así haya sucedido, bien al relatarlo en los hechos de la demanda o en alguna otra actuación.

Existiendo entonces certeza de que la señora Lucero Echeverri Cardona, recibió el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, su situación se ajusta plenamente a los supuestos normativos anteladamente citados, por lo que se concluye que desde el mes de febrero de 1998, fue excluida del sistema pensional y le estaba prohibido volver a afiliarse.

Bajo ese orden de ideas, no le era posible a la Fundación Universitaria del Área Andina inscribir a la actora e iniciar el pago de los aportes a la seguridad social en pensiones ante el ISS y, correlativamente a esta recibir los pagos.

Tampoco le era posible tramitar la afiliación por intermedio del RAIS y ante alguno de los fondos privados que hacían parte de él, pues la lectura que debe dársele a las normas analizadas y que conservaron vigencia con la expedición de la Ley 100/93, en los términos señalados en el artículo 31 *ibídem*; es que cuando se refiere a la exclusión de los “*seguros sociales obligatorios*”, incluye a ambos regímenes, esto es, RPM y RAIS, pues son los que administran el sistema general de pensiones, que antes se itera, se conocía como Seguro Social Obligatorio.

Ahora, frente al argumento del recurrente en que simple y llanamente debe darse aplicación al artículo 17 de la Ley 100/93, por cuanto todo empleador está obligado a efectuar cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral y precisamente entre las partes aquí en contienda existe un contrato de trabajo a término indefinido; le advierte la Sala que la aplicación de las normas no debe hacerse de manera aislada sino sistemática y en ese ejercicio debe tenerse presente el principio de inescindibilidad en virtud del cual deben aplicarse en su totalidad las disposiciones del cuerpo normativo que se pretende; por lo que no puede desconocerse el contenido de los artículos 2 y 24 del Acuerdo 049/90, que hacen parte integrante de la Ley 100/93, por lo dispuesto en el artículo 31 de esta última.

De tal manera, que la realización de aportes obligatorios o voluntarios, que se materializan con el pago, suponen la existencia previa de una afiliación al sistema pensional, no de otra manera podría hacerse posible tal erogación; por lo que al haber operado la desafiliación del sistema de la señora Lucero Echeverri Cardona desde el momento en que recibió el pago de la indemnización sustitutiva –*febrero de 1998-* y estarle prohibida su reafiliaciòn, se arriba a la misma conclusión, la imposibilidad legal y física de la universidad accionada de realizar los pagos al sistema pensional a favor de la demandante.

Lo previamente dicho, tiene una relación intrínseca con lo resaltado por la parte actora en su apelación cuando refirió que conforme con la sentencia C-375-04, era jurídicamente inviable trabajar y no realizar aportes a la seguridad social dado el carácter irrenunciable de la seguridad social; pues según lo ya advertido, lo que resulta jurídica o legalmente inviable es realizar aportes sin ostentar la calidad de afiliado al sistema pensional.

Aunado a lo anterior, la relevancia que pretende darle a esa afirmación, debe ser analizada en el contexto en que fue expuesta, es decir, que no puede omitirse el pago de los aportes a la seguridad social pues de ello depende la concreción de uno de los derechos que ella misma prevé y, en este punto, resulta de suma importancia traer a colación el artículo 10 de la Ley 100/93, que dispone que “*el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley…”;* es decir, que la protección del Estado en materia de seguridad social en pensiones no solo se garantiza mediante el acceso a una subvención de vejez, invalidez o muerte como parece entenderlo la parte actora, sino que ello también se logra con el reconocimiento y pago de otras prestaciones, como lo es la indemnización sustitutiva, prestación que ya recibió.

Siendo así las cosas, es inadmisible que se afirme que con la decisión apelada se está dejando a la actora en una desprotección absoluta del sistema de seguridad social, pues se itera, ya fue protegida a través del pago de la indemnización sustitutiva, otra cosa es que la forma de pago de esta fuese único y no periódico y vitalicio.

Es más, en tratándose de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, existen copiosas sentencias de la Corte Constitucional, donde una vez satisfechos los requisitos de procedibilidad, se accede al pago de esta prestación –*indemnización sustitutiva-;* lo que irroga mayor fuerza a la intelección anterior, esto es, que su reconocimiento y pago, es una de las posibilidades con que el Estado garantiza a una persona ese derecho.

Por lo que no tienen eco en esta instancia los fundamentos de la apelación.

Finalmente, resulta oportuno precisar a la a-quo, que la sentencia radicada al Nº 2015-00524 del 20/09/2017 con ponencia del Dr. Julio Cesar Salazar Muñoz, que citó como fundamento de su decisión, fue el proyecto presentado inicialmente para desatar la segunda instancia en ese asunto, el cual fue derrotado al no compartirse los argumentos del mismo por los demás integrantes de la Sala conforme con lo ordenado en su momento por el fallo de tutela que debía acatarse, de ahí que la decisión definitiva fue adoptada por el magistrado Francisco Javier Tamayo Tabares con una argumentación diferente y los fundamentos del proyecto inicial sirvieron de base finalmente para edificar el salvamento de voto correspondiente; por lo tanto, no resulta acertado citar la primigenia providencia como precedente.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, la decisión de primer grado será confirmada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la Fundación Universitaria del Área Andina, al fracasar su alzada conforme lo dispone los numerales 1 y 3 del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de enero de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Lucero Echeverri Cardona** contra **Fundación Universitaria del Área Andina** y la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-.**

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte actora y a favor de la demanda por lo mencionado.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

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

Magistrado Magistrado

 (Salva voto)

1. M.P. Julio Cesar Salazar Muñoz, radicados 2015-00481 y 2015-0524 del 26/07/2017 y 20/09/2017, respectivamente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia de 14/11/2013, M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares, Exp. No. 2010-01083-01 y 09/05/2013, M.P. Pedro González Escobar, Exp. No. 2012-00328-01, tesis contenida en la sentencia de 27/08/2008, rad. 33885, que a su vez es citada en la SL11234-2015, rad. 45857. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. SL 11042/2014 de 12-08-2014. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)