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.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 30 de mayo de 2019.

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00143-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: María Rubiela Vélez Cuervo

Demandado: Colpensiones y otro

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: PENSIÓN DE VEJEZ / MORA PATRONAL / FALTA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA DE PENSIONES / EN AMBOS CASOS LA AFP DEBE RECONOCER LA PRESTACIÓN Y EJERCER LAS RESPECTIVAS ACCIONES DE COBRO FRENTE AL EMPLEADOR MOROSO U OMISIVO.**

Para dirimir este asunto, es necesario que la Sala se afinque en los artículos 22 y 23 de la Ley 100 de 1993, que establecen como una obligación a cargo del empleador pagar los aportes pensionales de sus trabajadores, lo que debe hacer en los términos establecidos por el legislador, so pena de verse obligado a pagar réditos moratorios, conforme a lo fijado en la última de las normas. Indica además el canon 24 de la misma obra legal que, en todo caso, le incumbe a las entidades administradoras del sistema pensional adelantar las gestiones y acciones para hacer cumplir al empleador, coactivamente, tales obligaciones. Lo anterior, como lo ha interpretado hasta la saciedad la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ha hecho eco esta Sala de Decisión, implica que la mora o pago tardío no afecta al afiliado, pues este cumplió con su obligación frente al sistema, la cual es prestar el servicio en determinado período.

En cuanto a la falta de afiliación del trabajador por parte de su empleador, ha sido pacífica la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad en indicar que tal situación tampoco perjudica la aspiración del afiliado de hacerse acreedor de la prestación pensional, en caso de cumplir las exigencias legales, y por tanto, el reconocimiento de la pensión estará a cargo de la respectiva entidad de seguridad social, mientras que el empleador omisivo está en la obligación de cancelar el cálculo actuarial por los tiempos en que no hubo inscripción al sistema pensional.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

Pereira, hoy treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho y quince de la mañana (8.15 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, presidido por el ponente, declaran abierto el acto, el cual tiene por objeto decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2018, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por María Rubiela Vélez Cuervocontra Colpensiones y la Asociación de padres de familia y vecinos centro de desarrollo infantil de La Virginia.

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

**I. INTRODUCCIÓN:**

Persigue la actora que se declare que la Asociación de padres de familia y vecinos centro de desarrollo infantil de La Virginia, es responsable de los aportes en seguridad social para pensión del tiempo comprendido entre el 1 de abril de 1979, al 2 de enero de 1980, y que debe conmutar dicho tiempo de servicios a Colpensiones para financiar la pensión de vejez. Que se declare que es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100/93, y que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a los postulados del Acuerdo 049 de 1990; en consecuencia, pide que se condene a la entidad de seguridad social demandada al reconcomiendo y pago de dicha prestación a partir del 27 de diciembre de 2014, junto con el correspondiente retroactivo, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, más las costas procesales a su favor.

Se sustentan tales pedidos en que la actora nació el 27 de diciembre de 1959, fue afiliada al ISS el 2 de enero de 1980, con el empleador Asociación de padres de familia y vecinos centro de desarrollo infantil de La Virginia, el 29 de diciembre de 2014, solicitó a Colpensiones la pensión de vejez y la entidad mediante la Resolución GNR 55901 de 2015, le negó la prestación argumentando que no cumplía con el requisito de le edad. Que para el 1 de abril de 1994, contaba con más de 15 años de servicios prestados haciéndose beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que laboró para la Asociación desde el 1 de abril de 1979, hasta el 2 de marzo de 1994, pero que solo la afilió al Seguro Social a partir del 2 de enero de 1980, y le dejó de cotizar 38.8 semanas, que sumadas a las 739.14 efectivamente cotizadas al ISS hasta el 1 de abril de 1994, le permiten acumular 777.9 semanas a esa fecha. Que solicitó a Colpensiones que la acogiera en el proceso de recuperación de semanas de los periodos 1 de abril de 1979 al 2 de enero de 1980, y mediante oficio del 6 de octubre de 2015, la entidad decide no acceder a tal solicitud.

Admitida la demanda, se dispuso el traslado del caso, obteniéndose respuesta de Colpensiones por medio de profesional del derecho, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y excepcionó en su defensa: inexistencia de la obligación y prescripción. La demandada Asociación de padres de familia y vecinos centro de desarrollo infantil de La Virginia, no compareció a notificarse a pesar de haber recibido la citación para la notificación personal y por aviso, por lo cual fue emplazada y se le designó curador ad-litem, quien contestó manifestando no oponerse a las pretensiones y acogerse a lo que resulte probado, propuso como excepción la prescripción.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

La a-quo accedió a las pretensiones de la demanda, declarando no probadas las excepciones. En consecuencia, condenó a la Asociación de padres de familia y vecinos centro de desarrollo infantil de La Virginia, a trasladar a Colpensiones el valor del cálculo actuarial de las cotizaciones dejadas de pagar a la actora durante el lapso comprendido del 1 de abril de 1979, al 2 de enero de 1980, para lo cual le concedió el término de 10 días contados a partir de la ejecutoria del fallo. Declaró que la señora María Rubiela Vélez Cuervo es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que tiene derecho a la pensión de vejez desde el 31 de diciembre de 2014, conforme al artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

Condenó a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez en cuantía de un salario mínimo mensual legal y 13 mesadas, una vez la Asociación cancele el cálculo actuarial ordenado. Y al pago del retroactivo pensional que calculó por valor de $33.179.722, liquidado desde el 1 de enero de 2015, al 31 de agosto de 2018.

Igualmente impuso réditos moratorios, los cuales correrán desde el día siguiente al que se cancele el cálculo actuarial por parte del ex empleador.

Para así decidir, estimó que conforme a la certificación laboral y el contrato de trabajo obrante a folios 24 a 26 del expediente, la demandante sí laboró desde el 1 de abril de 1979, hasta febrero de 1994, para la Asociación de padres de familia y vecinos centro de desarrollo infantil de La Virginia, concluyendo que efectivamente hubo una afiliación tardía por parte del empleador, por lo que era necesario tener en cuenta dicho periodo, es decir, 38,71 semanas, que sumadas a las 739.14, que se registran en la historia laboral –folio 57 – desde el 2 de enero de 1980, al 2 de marzo de 1994, con dicho empleador, suman un total de 777,85 semanas al 1 de abril de 1994, acreditando así el requisito de 15 años de servicio a esta calenda, haciéndose beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cumpliendo, además, con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que procedió a verificar si antes del 31 de julio de 2010, cumplió los requisitos para pensionarse, conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, encontrando respuesta positiva, puesto que según las pruebas documentales arrimadas al plenario, la actora logró reunir en toda su vida laboral un total de 1368,88 semanas. Estimó que el reconocimiento pensional debía hacerse desde el 31 de diciembre de 2014, como quiera que la última cotización al sistema corresponde a ese ciclo, y la solicitud de pensión fue presentada el 29 de diciembre de ese mismo año, no habiendo lugar a declarar la prescripción por cuanto la Resolución GNR-55901 del 25 de febrero de 2015, que le negó la pensión fue notificada el 17 de marzo de ese año y la demanda se presentó el 1 de marzo de 2016, sin que transcurriera el término de 3 años.

***III. RECURSO DE APELACIÓN.***

 Inconforme con la decisión la parte actora se alzó frente al reconocimiento de los intereses moratorios, indicando que deben calcularse desde el mes de octubre de 2015, y no desde la fecha en que el empleador le pague a Colpensiones el valor del cálculo actuarial, teniendo en cuenta que la entidad tuvo conocimiento de la omisión en la afiliación por parte del empleador desde el momento en que la señora María Rubiela Vélez Cuervo, elevó solicitud para acogerse al proceso de recuperación de semanas y que Colpensiones en comunicación del 6 de octubre de 2015, negó tal petición y en consecuencia, no elaboró el requerimiento al empleador moroso. Adicionalmente, porque para el mes de diciembre de 2014, ya cumplía los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Solicita por tanto, se revoque parcialmente la decisión de la *a quo* y se proceda a reconocer los intereses moratorios desde el mes de octubre de 2015, hasta el pago efectivo de la obligación.

***IV. CONSIDERACIONES***

1. ***Del problema jurídico:***

*¿Hay lugar al reconocimiento y pago a favor de la actora de los intereses moratorios que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?*

***2. Solución al debate jurídico.***

Encuentra imperioso esta Sala, antes de resolver el problema planteado, verificar si la Asociación de Padres de Familia y Vecinos Centro de Desarrollo Infantil La Virginia, en calidad de empleadora en parte de la vida laboral de la demandante, puntualmente entre los años 1979 y 1994, la afilió tardíamente al sistema general de pensiones y, si con las semanas dejadas de cotizar, reúne la demandante los requisitos para obtener la pensión de vejez conforme al régimen de transición.

Para dirimir este asunto, es necesario que la Sala se afinque en los artículos 22 y 23 de la Ley 100 de 1993, que establecen como una obligación a cargo del empleador, pagar los aportes pensionales de sus trabajadores, lo que debe hacer en los términos establecidos por el legislador, so pena de verse obligado a pagar réditos moratorios, conforme a lo fijado en la última de las normas. Indica además el canon 24 de la misma obra legal que, en todo caso, le incumbe a las entidades administradoras del sistema pensional adelantar las gestiones y acciones para hacer cumplir al empleador, coactivamente, tales obligaciones. Lo anterior, como lo ha interpretado hasta la saciedad la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ha hecho eco esta Sala de Decisión, implica que la mora o pago tardío no afecta al afiliado, pues este cumplió con su obligación frente al sistema, la cual es prestar el servicio en determinado período.

En cuanto a la falta de afiliación del trabajador por parte de su empleador, ha sido pacífica la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad en indicar que tal situación tampoco perjudica la aspiración del afiliado de hacerse acreedor de la prestación pensional, en caso de cumplir las exigencias legales, y por tanto, el reconocimiento de la pensión estará a cargo de la respectiva entidad de seguridad social, mientras que el empleador omisivo está en la obligación de cancelar el cálculo actuarial por los tiempos en que no hubo inscripción al sistema pensional. Al respecto esa alta Magistratura en sentencia del 20 de octubre de 2015. Radicado 43182, sostuvo:

*“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.*

En el sub-examine, una vez realizada la valoración de las pruebas documentales arrimadas al plenario, entre las cuales se encuentran la certificación laboral del empleador demandado y el contrato de trabajo suscrito, se tiene que la relación obrero patronal entre las partes estuvo vigente durante el periodo del 1 de abril de 1979 hasta febrero de 1994. Y del reporte se semanas cotizadas aparece que el primer ciclo cotizado al ISS, corresponde al 2 de enero de 1980 y hasta el 2 de marzo de 1994, de manera continua por el mismo empleador con 739.14 semanas a esa calenda.

Por lo anterior, se concluye que efectivamente el empleador Asociación de Padres de Familia y Vecinos Centro de Desarrollo Infantil La Virginia, omitió afiliar a su trabajadora al sistema general del pensiones por lo cual deberá pagar el correspondiente calculo actuarial a favor de la entidad de seguridad social desde el 1 de abril de 1979, hasta el 2 de enero de 1980, sobre una base salarial igual al mínimo legal.

Tal es la orden judicial que se debe proferir, ante los eventos tanto, por falta de afiliación como por mora en la cancelación de aportes, en su caso, por esas precisas hipótesis, y no como prerrequisito para obtener el régimen de transición, puesto que si bien el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, exige para la satisfacción de dicho régimen a 1 de abril de 1994, en caso de mujeres: reunir 35 años de edad o 15 años de servicios cotizados, la verdad es que dentro de esta última opción, no se pueden excluir, para estos específicos efectos, los tiempos servidos pero no sufragados al sistema.

En efecto, por un lado la teleología de la norma no era la exclusión de esos periodos, por cuanto (i) la base de la afiliación o de la cotización es la preexistencia de un contrato de trabajo, que como en el evento de la demandante, lo tenía con la Asociación demandada, desde el 1 de abril de 1979, y hasta el 2 de marzo de 1994, (folio 24 a 26), lapso que supera justamente, el exigido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, (ii) la no afiliación del 1 de abril de 1979, al 2 de enero de 1980, no es atribuible a la trabajadora, por lo que el lapso a partir del cual arranca el régimen de transición es la primera calenda y no la segunda, (iii) el aserto precedente se refuerza si se reparan los términos del parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual alude a 750 semanas cotizadas o equivalente en tiempos de servicio.

De allí que para una recta inteligencia acerca del recurso de apelación interpuesto por la demandante, en demanda de intereses moratorios desde el 6 de octubre de 2015, el pago de la pensión no estaba supeditado a la cancelación del título pensional, por la deuda del empleador: del 1 de abril de 1979 al 2 de enero de 1980, toda vez que *(i)* para efectos de la declaración de que la actora era beneficiaria del régimen de transición, no era esencial que como prerrequisito se debiera disponer la cancelación de tal título pensional, puesto que iterase, María Rubiela Vélez, sostuvo una relación de trabajo, que con antelación al 1 de abril de 1994, había perdurado por espacio, justamente, de quince (15) años, suficientes, por si solos, para pregonar el susodicho régimen de transición a su favor, *(ii)* con motivo de la condena del pago de la pensión de vejez, bajo la égida del A. 049 o D. 758 de 1990, lo que representa la deuda a cargo del empleador, no alcanza a afectar las condiciones para la obtención de la gracia pensional, como quiera que arriba a las 1.330.71 semanas sufragadas, efectivamente (ver fl. 57), exigiéndosele tan solo 1000, y *(iii)* la actora siempre cotizó sobre la base de un salario mínimo legal vigente, por lo que su monto pensional no podría ser inferior a éste.

De tal suerte, que al salir avante el recurso, se suprimirán los apartados finales de los numerales quinto y séptimo, en orden a que se mantenga el reconocimiento pensional desde el 31 de diciembre de 2014, sin ningún condicionamiento, y si bien este punto no fue propiamente, motivo de ataque, la supresión obedece a un asunto inherente al recurso, en intima conexión con él, dado que absurdo resultaría que por la prosperidad del recurso sobre los intereses moratorios, éstos resultaren exigibles en una época para la cual la demandada aún, no estuviera obligada al pago de la pensión y su retroactivo, por pender de la cancelación del título pensional, que como se ha expuesto, carece de todo sustento legal, sin perjuicio, de que la deuda exista, y que por virtud de este proveído, constituye título que presta merito ejecutivo en contra de la Asociación obligada, con arreglo al numeral primero de la sentencia, el cual será preciso adicionar, que esta Asociación, poseerá el plazo de un (1) mes, para pagar, contados a partir del recibo de la liquidación efectuada por la entidad, la deuda del período del 1 de abril de 1979 al 2 de enero de 1980, con sus respectivos intereses de mora.

En cuanto al numeral séptimo, relativo al recurso de apelación, por los intereses moratorios corridos desde el 6 de octubre de 2015, se deben observar las previsiones de las leyes 700 de 2001 y 797 de 2003, conforme a las cuales los fondos de pensiones disponen del término de cuatro (4) meses, para responder la solicitud de reconocimiento pensional, vencido los cuales acarreará la mora, y el consiguiente reconocimiento de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En el sub-lite la demandante presentó la solicitud de pensión el día 29 de diciembre de 2014, según documento visible a folio 22, por lo que el término legal de 4 meses con que contaba la entidad para resolver y efectuar el pago de la prestación pensional, fenecía el 29 de abril de 2015, sin embargo la entidad demandada dio respuesta negativa mediante la Resolución No. GNR-55901 del 25 de febrero de 2015, es decir, dentro del término legal, siendo que para la calenda de presentación de la solicitud, la demandante pertenecía al contingente de afiliados con régimen de transición conforme a lo ya discernido sobre el tema, y como se verá aglutinaba las condiciones exigidas por el Acuerdo 049 o Decreto 758 de 1990, para hacerse acreedora a la gracia pensional, dado que el 29 de diciembre de 2014, frisaba en los 55 años de edad, desde dos (2) días antes, y contaba con 1.330.71 semanas sufragadas (ver fol. 57).

En consecuencia, los intereses moratorios correrían a partir del 30 de abril de 2015, no obstante la recurrente solicitó dichos réditos moratorios desde el 6 de octubre de 2015, será esta la fecha que se tendrá en cuenta para su liquidación sobre el retroactivo pensional, y en tal sentido se modificará el numeral séptimo.

Resta por puntualizar que la actora cumplió con los requisitos consagrados en el artículo 12 del A. 049 o D. 758 de 1990, con arreglo a las condiciones de edad y densidad de aportes atrás aludidas. En cuanto a la fecha del 30 de diciembre de 2014, referida en el proveído confutado, en el numeral tercero, la misma la dedujo como de disfrute pensional, atendiendo la cesación de aportes acaecido en ese ciclo, postura que se acompasa con la sentada por este Tribunal, según la cual el retiro del sistema y el consecuente disfrute de la prestación pensional, se da con la última cotización efectuada, siempre que para ese ciclo, se hubieren reunido los requisitos para pensionarse.

La excepción de prescripción no sale airosa, habida cuenta que en los términos del artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, no transcurrió el termino trienal, toda vez que la pensión de vejez se solicitó el 29 de diciembre de 2014, y la demanda se inició el 1 de marzo de 2016, como concluyó la sentenciadora de primer grado.

De otra parte, se observa acierto, en el número de mesadas reconocidas, debiéndose actualizar el valor del retroactivo pensional, el cual desde el 31 de diciembre de 2014, al 30 de abril del presente año, asciende a la suma de $40.398.398, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando, conforme al cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta final de esta audiencia.

Así las cosas se confirmará el fallo conocido en apelación y consulta, con las modificaciones advertidas.

Sin constas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto,elTribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Modificar los ordinales segundo, quinto y séptimo de la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2018, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora María Rubiela Vélez Cuervo, contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, así:

 1. Condenar a la Asociación de Padres de Familia y Vecinos Centro de Desarrollo Infantil de La Virginia, a que pague a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, el valor del cálculo actuarial, correspondiente a la falta de afiliación de María Rubiela Vélez Cuervo, por el período: 1 de abril de 1979 al 2 de enero de 1980, conforme a la liquidación que sobre la deuda y sus intereses moratorios elabore y presente la entidad de seguridad social, a la obligada en el término de diez (10) días, contados a partir de la ejecutoria de este proveído.

Elaborado y presentado a la Asociación de Padres de Familia y Vecinos Centro de Desarrollo Infantil de La Virginia, el cálculo actuarial de que trata, este numeral, dicha Asociación dispondrá de un plazo de un (1) mes, contado a partir de dicho recibo, para cancelar la deuda, constituyendo esta sentencia título que presta merito ejecutivo a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en contra de la Asociación obligada.

2. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a pagar a la señora MARIA RUBIELA VELEZ CUERVO, la pensión de vejez desde el 31 de diciembre de 2014, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y 13 mesadas.

3. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a pagar a la señora MARIA RUBIELA VELEZ CUERVO, por concepto de retroactivo pensional, desde el 1 de enero de 2015 al 30 de abril de 2019, la suma de $40.398.398, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando.

4. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer y pagar intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo pensional desde el 6 de octubre de 2015, y hasta la fecha en que se haga el pago efectivo de la obligación.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada