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 7 de noviembre de 2019

Radicación No: 66001-31-05-004-2018-001758-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: María Ludivia Mendoza Sáenz

Demandado: Colpensiones y otros

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares

**TEMAS: PENSIÓN DE INVALIDEZ / OMISIÓN DE AFILIACIÓN AL SISTEMA DE PENSIONES / EL EMPLEADOR DEBE PAGAR EL TÍTULO PENSIONAL / PERO SÓLO PARA EFECTO DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN Y DE VEJEZ / NO ES ADMISIBLE ESE PROCEDER PARA EFECTO DE LAS DE INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES.**

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…

Esa Corporación en providencia SL4103 de 22 de marzo de 2017 radicación 49638, aclaró que esa postura ha estado orientada al reconocimiento de pensiones tales como la de jubilación y vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993, al tratarse de prestaciones económicas que requieren de un término extenso y prolongado para su consolidación, lo que ha llevado precisamente a que se apliquen las reglas trazadas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con sus respectivas modificaciones. No obstante, explicó que el tratamiento no puede ser el mismo cuando se pretende el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes e invalidez, ya que estas prestaciones no se fundamentan en la acumulación de un número importante de aportes, sino en la cobertura y aseguramiento de un riesgo (invalidez y muerte), lo que implica la necesidad de la adecuada afiliación y pago de los aportes que permitan a las administradoras pensionales hacerse cargo de las mismas. (…)

… se colige entonces que tratándose de pensiones que se conciben en función del aseguramiento del riesgo, como las de invalidez y sobrevivencia, el empleador omiso en la afiliación de su trabajador, podrá subrogar el riesgo en la entidad administradora de pensiones, convalidando los tiempos prescindidos a través del pago del cálculo actuarial, siempre que el procedimiento sea adelantado antes de la concreción del riesgo que da origen a la prestación pensional, pues en caso contrario, estará obligado a responder por el pago de la misma.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, a los siete (07) días del mes de noviembre de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 5 de marzo de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **María Ludivia Mendoza Sáenz** contra **Colpensiones** y **Sandra Liliana López Duque**.

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

**I. INTRODUCCIÓN**

Pretende la demandante se declare que entre ella y Sandra Liliana López Duque existieron sendos contratos de trabajo a término fijo así: (i) del 1 de octubre de 2010 al 31 de enero de 2011; (ii) del 3 de octubre de 2011 al 31 de enero de 2012; (iii) del 1 de octubre de 2012 al 21 de enero de 2013; (iv) del 1 de octubre de 2013 al 31 de enero de 2014, en consecuencia, se le condene a pagar los aportes o suma del cálculo actuarial respectivo ante Colpensiones por el tiempo laborado a su servicio. Así mismo, que una vez efectuado lo anterior, Colpensiones convalide e impute los periodos de cotización, y se condene la entidad de seguridad social a pagar la pensión de invalidez desde el 1 de febrero de 2013, junto con las mesadas y las costas procesales a su favor.

Como fundamento a sus pedimentos expone que laboró al servicio de la codemandada Sandra Liliana López Duque durante los lapsos referidos previamente; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 50.62% de origen común, estructurada el 1 de febrero de 2013; que Colpensiones le negó el derecho a la pensión de invalidez bajo el argumento de no contar con la densidad demandada exigida; que interpuso acción de tutela, misma que fue resuelta mediante sentencia dictada el 23 de junio de 2017 por el Juzgado Primero penal del Circuito para adolescentes con función de conocimientos de Pereira, amparando los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo y vital y vida en condiciones dignas, y ordenó a Colpensiones reconocer y pagar de manera transitoria la pensión de invalidez, por lo que la entidad demandada dio cumplimiento al mentado fallo, a través de la Resolución SUB 292362 del 19 de diciembre de 2017.

Admitida la demanda, Sandra Liliana López Duque se pronunció a través de su apoderado judicial, aceptó lo atinente a la relación laboral en los ciclos referidos, la pérdida de capacidad laboral de la actora, el reconocimiento de la pensión de invalidez en forma transitoria, entre otros. No manifestó oposición a las pretensiones, al considerar que la falta de afiliación al sistema pensional se debió a cuestiones de desconocimiento y no de mala fe. Propuso como medio exceptivo de defensa el de “Buena fe”.

Colpensiones por su parte, indicó a través de su mandatario judicial que se opone a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que la actora no acredita la densidad de semanas mínimas para acceder al derecho pensional. En su defensa, propuso como excepciones de fondo las de “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe”, “Imposibilidad de condena en costas” y “Prescripción”.

**II. SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

La jueza del conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo dictado el 5 de marzo de 2019, en el que absolvió a las demandadas de las pretensiones y condenó en costas a la parte vencida en un 100% de las causadas.

Para arribar a tal determinación, advirtió en primer lugar que el debate se circunscribía a determinar los efectos de la falta de afiliación del empleador, puesto que la existencia de los contratos de trabajo habidos entre este y la actora, quedó fuera de debate al momento de la fijación del litigio, dada la confesión de la codemandada. En tal virtud, estimó en acopio de la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad, que en este asunto no es posible ordenar el pago del cálculo actuarial, puesto que la subrogación del riesgo por pago del título pensional solo es admisible si dicho procedimiento de pago se da antes de que se produzca el riesgo, situación que acá no acontece, por cuanto el riesgo de invalidez ya se presentó.

En cuanto a los requisitos de la pensión de invalidez, encontró que si bien en los términos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la actora presenta una pérdida de capacidad laboral al 50 %, lo cierto es que no reúne la densidad de cotizaciones mínimas exigidas para acceder al derecho, pues dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, no cotizó ninguna semana.

De otra parte, indicó que ni aun en aplicación del principio de la condición más beneficiosa la actora lograría concretar su derecho, como quiera que la estructuración de su estado invalidante se dio con posterioridad al año 2006, cuando la Ley 100/93 original había dejado de producir efectos jurídicos, amén de que tampoco reunió 300 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de dicha norma.

**III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con lo decidido, el vocero judicial de la parte actora se alzó contra la decisión en orden a que se revoque y se acceda a lo pretendido. Para el efecto, indicó básicamente que indistintamente de si se presentó o no afiliación del empleador, lo cierto es que Colpensiones debió realizar el cobro coactivo al que por ley está facultado, pues no debe quedar exonerado de esa obligación de requerir a los empleadores morosos.

**IV. CONSIDERACIONES**

**Del problema jurídico.**

El problema jurídico que plantea la apelación, se puede sintetizar en los siguientes interrogantes:

*¿Procede la elaboración del título pensional por deuda del empleador, frente al reclamo de la pensión de invalidez?*

*¿Acreditó la demandante las condiciones necesarias para acceder a la pensión de invalidez peticionada?*

**Desenvolvimiento de la problemática planteada**

**Efectos de la falta de afiliación del trabajador respecto al reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivientes.**

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. Así lo ha sostenido esa alta Magistratura en sentencias con rabdicado 43182 del 20 de octubre de 2015, SL 2731, SL 14388 de 2015, entre otras.

Esa Corporación en providencia SL4103 de 22 de marzo de 2017 radicación 49638, aclaró que esa postura ha estado orientada al reconocimiento de pensiones tales como la de jubilación y vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993, al tratarse de prestaciones económicas que requieren de un término extenso y prolongado para su consolidación, lo que ha llevado precisamente a que se apliquen las reglas trazadas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con sus respectivas modificaciones. No obstante, explicó que el tratamiento no puede ser el mismo cuando se pretende el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes e invalidez, ya que estas prestaciones no se fundamentan en la acumulación de un número importante de aportes, sino en la cobertura y aseguramiento de un riesgo (invalidez y muerte), lo que implica la necesidad de la adecuada afiliación y pago de los aportes que permitan a las administradoras pensionales hacerse cargo de las mismas. Al respecto, precisó:

*“(…) en tratándose de una prestación definida en función del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes [caso igual para la de invalidez], para la Corte resulta trascendental que, antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del riesgo, las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, lo que sólo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o, en subsidio, con algún trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero con antelación a que se concrete el riesgo.*

*Lo contrario equivaldría a imponer una carga desproporcionada en contra de las entidades de seguridad social, que tendrían que asumir el pago completo de una pensión de sobrevivientes, por la convalidación de un tiempo mínimo e indeterminado de servicios y sin poder adoptar medidas para la gestión adecuada del riesgo, por la falta de afiliación. Así, por ejemplo, si se admitiera irrestrictamente que, ante la falta de afiliación, las administradoras de pensiones son las encargadas del pago de la pensión, se llegaría a la conclusión de que el Instituto de Seguros Sociales, como administradora del régimen de prima media, debe asumir el pago de una pensión respecto de la cual: i) no tuvo conocimiento para iniciar acciones de cobro de los aportes; ii) no pudo prever y gestionar el riesgo de sobrevivientes, a través de reservas o seguros; iii) y tiene que financiar en un 100%, aun si los aportes que puede convalidar a través de título pensional no alcanzan para ello.*

*Con arreglo a lo anterior, para la Corte, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir, la muerte. Si ello es así, la entidad de seguridad social puede asumir y gestionar válidamente el riesgo, a través de los mecanismos y recursos establecidos legalmente para ello, mientras que, si se admitiera esa posibilidad una vez causado el riesgo, se podría dar lugar a que la entidad tenga que financiar una pensión completa, tras el pago de escasos recursos por tiempos indeterminados de servicios”.*

De lo anterior, se colige entonces que tratándose de pensiones que se conciben en función del aseguramiento del riesgo, como las de invalidez y sobrevivencia, el empleador omiso en la afiliación de su trabajador, podrá subrogar el riesgo en la entidad administradora de pensiones, convalidando los tiempos prescindidos a través del pago del cálculo actuarial, siempre que el procedimiento sea adelantado antes de la concreción del riesgo que da origen a la prestación pensional, pues en caso contrario, estará obligado a responder por el pago de la misma.

**Caso concreto**

Son supuestos fácticos indiscutidos en el proceso y que sirven de base a la decisión que se adopta: (i) que la demandante presenta una pérdida de capacidad laboral del 50.62% de origen común, estructurada el 1 de febrero de 2013, según dictamen No. 4202217 del 4 de diciembre de 2014 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez – fl. 13; (ii) que la actora cotizó un total de 472 semanas al sistema pensional entre el 23 de septiembre de 1983 y el 31 de mayo de 2017, de las cuales ninguna fue efectuada dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado invalidante, (iii) que la codemandada Sandra Liliana López Duque aceptó en respuesta a la demanda que sostuvo una relación laboral con la demandante en los periodos que se reclaman, motivo por el que tal supuesto quedó fuera de debate, y (iv) que Colpensiones a través de la Resolución SUB 292362 del 19 de diciembre de 2017, le reconoció a la actora una pensión de invalidez en forma transitoria, en cuantía de 1 SMLMV y a partir del 1 de enero de 2018, en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de conocimiento de Pereira.

Se sabe entonces, que el riesgo de invalidez se produjo el 1 de febrero de 2013, tal cual lo dictaminó en su momento la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y que con anterioridad, la empleadora codemandada no la había afiliado a la seguridad social en pensiones así como tampoco había gestionado el trámite de convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial; subrogación pensional que en los términos de la jurisprudencia recién citada, sólo resultaba admisible si dicho procedimiento era realizado en su integridad, antes de que se produjese el riesgo que da origen a la prestación.

Por consiguiente, aunque la demandante aspira que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de invalidez, contabilizando las semanas de servicio que aduce haber prestado en favor de la codemandada Sandra Liliana López Duque, una vez esta realice el pago del título pensional ante la entidad de seguridad social, ello no es procedente en este asunto, por cuanto la postura de la Corte que admite tal procedimiento solo está dada para el reconocimiento de las pensiones de jubilación y vejez que requieren de un importante número de semanas de cotización y no para las prestaciones por invalidez y sobrevivientes que tienen una connotación distinta, máxime cuando en este caso, como se dijo, el empleador omisivo no saldó su deuda antes de que se configurara el siniestro, resultando legal y jurisprudencialmente imposible validar el pago posterior, en orden a responsabilizar a la entidad administradora de pensiones del otorgamiento de la prestación, máxime cuando esta nunca tuvo conocimiento de la falta de afiliación del empleador.

Tal situación, en modo alguno, puede asemejarse como lo pretende la recurrente, a los efectos que produce la mora patronal en el pago de aportes al sistema pensional, puesto que en este último, evento en que existe afiliación, sólo que milita mora de aportes, es un fenómeno diferente al ausencia de afiliación, la entidad está en la obligación de adelantar las acciones de cobro coactivo correspondientes contra el empleador moroso, y en caso de no proceder de conformidad, las semanas cuestionadas o desconocidas por mora el pago, deben tenerse como válidamente cotizadas al sistema.

Aclarado lo anterior, es claro conforme a la historia laboral que obra en el plenario, que la actora no cumple los requisitos exigidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100/93, por cuanto, como se dijo, ninguna semana cotizó dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su estado invalidante.

Por ende, no prospera el recurso de apelación interpuesto.

Por último, es del caso advertir que si bien la codemandada Sandra Liliana López Duque aceptó en respuesta a la demanda que sostuvo una relación laboral con la demandante en los periodos que se reclaman, motivo por el que tal supuesto quedó fuera de debate, lo cierto es que no es posible atribuirle a la empleadora, la responsabilidad del pago de la pensión de invalidez, por cuanto el petitum respecto de aquella, únicamente se limitó al pago del título pensional que la entidad de seguridad social liquidara, para efectos de que fuese Colpensiones quien reconociera y pagara la prestación pensional reclamada.

Costas en esta instancia a cargo de la recurrente y en favor de la entidad demandada, dada la improsperidad de su alzada contra esta.

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

**FALLA**

**1. Confirmar** la sentencia proferida el 5 de marzo de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

**2.** Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y en favor de la Administradora de Pensiones Colpensiones.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

Magistrada Magistrada