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 del 29 de marzo de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-004-2017-00227-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: José Ricardo Grajales Présiga

Demandado: Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: PENSIÓN DE INVALIDEZ / IMPROCEDENCIA DE LA AFILIACIÓN RETROACTIVA AL SISTEMA PENSIONAL / DIFERENCIAS ENTRE LA MORA EN EL PAGO DE APORTES Y LA NO AFILIACIÓN AL SISTEMA / OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR.**

La Doctrina ha diferenciado los efectos de la mora en el pago de los aportes con los de la falta de afiliación o inscripción al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes…

Frente a la mora del empleador en el pago del aporte de trabajadores que haya inscrito en vigencia del respectivo contrato de trabajo, 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. (…)

Cosa bien distinta ocurre ante la falta de afiliación al sistema pensional, pues esta omisión conlleva el necesario reconocimiento al trabajador del tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo del empleador que omitió su afiliación, según se desprende del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, aplicable de manera exclusiva a la pensión de vejez. (…)

De lo que viene de decirse, queda claro que la falta de afiliación al sistema de pensiones implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, 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). (…)

… la materialización del riesgo (esto es, la muerte del trabajador o la declaración del estado invalidez) impide el saneamiento de la falta de afiliación, toda vez que del cómputo de semanas cotizadas necesarias para acceder a la cobertura prestacional de los citados riesgos, se debe excluir el tiempo de servicios prestados a empleadores que hubieren omitido la afiliación oportuna del trabajador siniestrado. (…) (Si) el trabajador no hubiere sido afiliado o inscrito al Sistema Pensional por su empleador y, por ausencia de dicho acto de afiliación, no pudiere completar las semanas cotizadas necesarias para acceder a la prestación económica por invalidez o muerte, la obligación de pagar la pensión recaerá de manera exclusiva sobre el empleador. Así se desprende del Decreto 1406 de 1999, que establece (…) “las consecuencias derivadas de la no presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes o de errores u omisiones en ésta, que afecten el cubrimiento y operatividad del Sistema de Seguridad Integral o la prestación de los servicios que él contempla con respecto a uno o más de los afiliados, serán responsabilidad exclusiva del aportante”.

Al respecto ha señalado la Corte que Constitucional, que el régimen de la pensión de sobrevivientes e invalidez no se inspira en la acumulación de un capital que permita financiarla, como si ocurre con la pensión de vejez, sino en el aseguramiento del riesgo de deceso o invalidez del afiliado, y ha concluido, con sustento en dicha premisa, “que los empleadores que incumplen con la obligación legal y reglamentaria de afiliar a sus trabajadores al sistema pensional vulneran el derecho a la seguridad social y deben responder por las pensiones y prestaciones periódicas a las que tendrían derecho de haber sido afiliados”.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISION LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Marzo 15 de 2019)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las…………. a.m. de hoy, viernes, 29 de marzo de 2019, la Sala de Decisión Laboral No. 1º del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia instaurado por **JOSÉ RICARDO GRAJALES PRÉSIGA** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, al que fue vinculado como litisconsorte necesario el señor **JORGE ENRIQUE PRÉSIGA JIMÉNEZ**. Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**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**

Escuchados los alegatos, procede la Sala a resolver el recurso de apelación promovido por la parte actoraen contra de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el pasado 6 de junio de 2018, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**PROBLEMA JURIDICO**

Con el propósito de verificar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez que pretende, dado el esquema del recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer, con apoyo en la ley, si resulta legalmente viable computar como semanas válidamente cotizadas las correspondientes al tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado oportunamente al trabajador, en los eventos en que aquel asume el pago de los aportes con posterioridad a la ocurrencia del siniestro de invalidez o muerte.

**I – ANTECEDENTES**

Pretende el actor que se imponga condena a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante **PORVENIR**), consistente en que se le reconozca pensión de invalidez desde el 30 de noviembre de 2015, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y por 13 mesadas al año. Igualmente pretende que la AFP sea condenada al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de abril de 2017 y hasta que se verifique el pago de la pretendida pensión.

Asegura para el efecto, que mediante dictamen No. 2825911 del 24 de febrero de 2016, la aseguradora previsional “seguros de Vida Alfa S.A.”, determinó en su caso una pérdida de la capacidad laboral de origen común del 50%, con fecha de estructuración del 30 de noviembre de 2015.

Agrega que el 31 de marzo de 2017, en respuesta a una solicitud del 24 de marzo de ese mismo año, la entidad demandada le negó el reconocimiento de la pensión invalidez, con el argumento de que tenía menos de 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Al respecto asegura que en realidad tiene 69 semanas cotizadas dentro de tal lapso (esto es, entre el 30 de noviembre de 2012 y el 30 de noviembre de 2015), pues laboró como trabajador del señor JOSÉ ENRIQUE PRÉSIGA JIMÉNEZ, en la finca “la Catarina”, corregimiento “la María” en el municipio del Águila (Valle del Cauca), entre el 10 de enero de 2013 y el 31 de enero de 2014.

En respuesta a la demanda, la AFP PORVENIR indica que de acuerdo con la relación de aportes efectuados a la cuenta de ahorro individual del demandante, este sólo cotizó 39 días, equivalente a 5,57 semanas, con anterioridad a la estructuración de su invalidez, y el resto de cotizaciones fueron canceladas por el supuesto empleador del demandante, de nombre JORGE ENRIQUE PRÉSIGA JIMÉNEZ, 6 meses después de la estructuración de la invalidez y por periodos anteriores a la afiliación del trabajador al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Con sustento en lo anterior, considera la AFP demandada que el señor JORGE ENRIQUE PRÉSIGA JIMÉNEZ es el único que tiene la obligación de asumir el pago de la pensión de invalidez reclamada, pues omitió el deber de afiliar oportunamente al Sistema de Seguridad Social a su trabajador. En ese orden, se opuso a la prosperidad de las pretensiones en su contra y propuso las excepciones de “inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, falta de causa en las pretensiones de la demanda, responsabilidad del empleador, afectación al equilibro financiero del sistema, buena fe, prescripción y la innominada o genérica”.

No sobra señalar que la jueza de primera instancia ordenó vincular al proceso como litisconsorte necesario al señor JORGE ENRIQUE PRÉSIGA JIMÉNEZ, a quien se le tuvo por no contestada la demanda, por haber dejado transcurrir en silencio el auto que la inadmitió (Fl. 119).

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Luego de una minuciosa enumeración de las normas y la interpretación jurisprudencial aplicable al presente asunto, la *a-quo* concluyó que, ocurridos los siniestros de invalidez y sobrevivientes, no procede el saneamiento de las deudas por la falta de afiliación al sistema pensional, y, por tanto, el empleador moroso deberá asumir el pago de las prestaciones generadas por estas contingencias si por los periodos omitidos, el Fondo de Pensiones niega el reconocimiento de las respectivas pensiones.

Bajo tales premisas, concluyó que el actor no acreditó el número mínimo de semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, pues los aportes efectuados por el señor **JORGE ENRIQUE PRÉSIGA JIMÉNEZ**, con los que pretendía cubrir extemporáneamente las cotizaciones pensionales correspondientes a la relación laboral que sostuvo con el demandante entre 10 de enero de 2013 y el 31 de enero de 2014, no tienen los efectos retroactivos que se persiguen, pues no están mediados por una afiliación oportuna, sino posterior al siniestro de invalidez, ya que en este caso se determinó que la estructuración de tal estado se produjo el 30 de noviembre de 2015, mientras que la afiliación y el pago de las citadas cotizaciones se efectuó el 21 de junio de 2016.

**III – RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la anterior decisión interpone recurso de apelación el apoderado judicial del demandante, manifestando, básicamente, que el actor ya estaba afiliado al sistema al momento del pago retroactivo de los aportes adeudados por su empleador JORGE ENRIQUE PRÉSIGA, pues la afiliación es una sola y es un acto que tiene repercusiones en los fondos de pensiones, quienes deben garantizar a sus afiliados el pago de las prestaciones a su cargo, cuando quiera que se generen; pues dejar esta obligación a cargo de los empleadores no garantiza su pago, como quiera que estos tienen menor vocación de permanencia y solvencia económica que los fondos de pensiones.

Manifiesta igualmente que en la ley no se establece consecuencia alguna frente a la falta de vinculación de un trabajador al sistema pensional, de modo que dicha omisión del empleador puede corregirse con la vinculación posterior del trabajador y el pago del cálculo actuarial correspondiente a las semanas que se dejaron de cotizar, sino para una pensión de invalidez, por lo menos sí para una de vejez, teniendo en cuenta el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en el que se tiene previsto que para el computo de semanas cotizadas se tendrá en cuenta, entre otros, *“el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador”.*

Finalmente indicó que dichas cotizaciones deben integrarse al Sistema, pues corresponden a tiempo de servicios efectivamente laborados por el actor, y aunque estas no se efectuaron de manera oportuna por el empleador, es el sistema quien debe asumir el pago de dicha prestación, pues así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. SL43182 del 20 de octubre de 2015, y procedió a leer algunos fragmentos de dicha providencia.

**IV- CONSIDERACIONES**

**Diferencias entre mora en el pago de aportes y omisión de afiliación**

La Doctrina ha diferenciado los efectos de la mora en el pago de los aportes con los de la falta de afiliación o inscripción al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes. (ver, al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, SL-14388 (43182), del 12 de noviembre de 2015, M. P. Rigoberto Echeverri).

Frente a la mora del empleador en el pago del aporte de trabajadores que haya inscrito en vigencia del respectivo contrato de trabajo, 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 al respecto, ha sostenido que las administradoras de pensiones, y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover las acciones judiciales o administrativas para el cobro de las cotizaciones en mora, en razón de lo cual no es posible trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores y mucho menos a los trabajadores (sentencia del 4 de mayo de 2018, Rad. 2015-0334). Se ha explicado en múltiples pronunciamientos de esta Corporación, con ponencia de quien aquí cumple igual encargo, que las administradoras deben acreditar que 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 reclamada, siempre que esta dependa de cotizaciones en mora del empleador.

Cosa bien distinta ocurre ante la falta de afiliación al sistema pensional, pues esta omisión conlleva el necesario reconocimiento al trabajador del tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo del empleador que omitió su afiliación, según se desprende del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, aplicable de manera exclusiva a la pensión de vejez.

No cabe duda que la negligencia del empleador en estos casos constituye un grave perjuicio para el trabajador, dado que la falta de afiliación[[1]](#footnote-1) (o de inscripción, para no caer en disyuntivas semánticas) en principio es un obstáculo para que el sistema asuma el riesgo de la vejez, porque no se acredita el número de semanas mínimas que exige la ley para la causación de tal derecho. Y es que, como es bien sabido, la obligación de afiliar al Régimen de Seguridad Social en Pensiones a un trabajador dependiente es responsabilidad del empleador, acorde con la legislación vigente sobre el particular. Es por eso que 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 vinculado por su empleador al Sistema General de Pensiones, también se ha precisado que 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 para efectos de la acreditación de los requisitos para obtener una pensión de vejez.

De lo que viene de decirse, queda claro que la **falta de afiliación al sistema de pensiones implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, 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).**

**Es importante subrayar, finalmente, que la materialización del riesgo (esto es, la muerte del trabajador o la declaración de invalidez) impide el saneamiento de la omitida afiliación, toda vez que del cómputo de semanas cotizadas necesarias para acceder a la cobertura prestacional de los citados riesgos, se debe excluir el tiempo de servicios prestados a empleadores que hubieren omitido la afiliación oportuna del trabajador siniestrado. Esto quiere decir, en palabras más sencillas, y tomando como ejemplo el presente asunto, que si dentro de los tres (3) años anteriores al siniestro, el trabajador no hubiere sido afiliado o inscrito al Sistema Pensional por su empleador y, por ausencia de dicho acto, no pudiere completar las semanas cotizadas necesarias para acceder a la prestación económica por invalidez o muerte, la obligación de pagar la pensión recaerá de manera exclusiva sobre el empleador. Así se desprende del Decreto 1406 de 1999, que establece el régimen de obligaciones y deberes formales de** las personas naturales o jurídicas con trabajadores dependientes, en los siguientes términos: *“los aportantes (empleadores) deberán cumplir las obligaciones y deberes formales establecidos en la ley o el reglamento, personalmente o por medio de sus representantes”.* Y agrega que *“las consecuencias derivadas de la no presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes o de errores u omisiones en ésta, que afecten el cubrimiento y operatividad del Sistema de Seguridad Integral o la prestación de los servicios que él contempla con respecto a uno o más de los afiliados, serán responsabilidad exclusiva del aportante”*.

Al respecto ha señalado la Corte que Constitucional, que el régimen de la pensión de sobrevivientes e invalidez no se inspira en la acumulación de un capital que permita financiarla, como si ocurre con la pensión de vejez, sino en el aseguramiento del riesgo de deceso o invalidez del afiliado, y ha concluido, con sustento en dicha premisa, *“que los empleadores que incumplen con la obligación legal y reglamentaria de afiliar a sus trabajadores al sistema pensional vulneran el derecho a la seguridad social y deben responder por las pensiones y prestaciones periódicas a las que tendrían derecho de haber sido afiliados”*.

Frente al tema señaló el tratadista y exmagistrado Eduardo López Villegas, en su obra “Seguridad Social. Teoría Crítica” que si *“la afiliación tiene como consecuencia la subrogación de los riesgos y de las prestaciones, la falta de afiliación acarrea como consecuencia directa o que el empleador asuma la responsabilidad por las prestaciones que habría otorgado el sistema, si se hubiere satisfecho el requisito de afiliación, o la financiación de las mismas para que responda por ellas el sistema*” (López, 2011, p. 377).

Finalmente se debe aclarar que la *ratio decidendi* de la sentencia a la que alude el apelante, no encuadra en el eje temático de la presente demanda, pues en ese asunto, como se puede leer, la entidad recurrente alegaba que no tenía la obligación de trasladar un título pensional al ISS para cofinanciar una pensión de vejez, pues no existía omisión patronal sino imposibilidad jurídica de afiliación por falta de cobertura.

En vista de lo anterior se confirmará la decisión atacada, pues las semanas que pretende el demandante que se le tengan en cuenta para efectos de acreditar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, fueron sufragadas por el empleador en fecha posterior al siniestro (o a la calificación del estado de invalidez, en este caso) sin que para ello hubiese mediado una afiliación válida al sistema por parte de este aportante, entendida esta, en los términos del artículo 11 de Decreto 692 de 1994, como el *“proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia”.*

Corolario de lo anterior y teniendo en cuenta que el demandante tan solo acredita 40 días válidamente cotizados dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez (que equivale a 5,72 semanas), que corresponden a las cotizaciones efectuadas por el señor JOSÉ OMAR GONZALEZ PINEDA entre octubre y diciembre de 2014, se confirmará decisión de primera instancia, en la medida que estas cotizaciones son insuficientes para acceder a la pensión de invalidez, como quiera que para ese efecto se exige, según el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por lo menos cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez. Consecuencia de las resultas de la apelación, se condenará en costas procesales de segunda instancia a la parte actora y a favor de la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala Laboral No. 1**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** la sentencia de la referencia

**SEGUNDO.**: **CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante.

**Notificación surtida en estrados.**

La Magistrada ponente,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrados

1. La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 28 de junio de 2002, se refirió a la afiliación, así: “la afiliación es un acto condición, mediante el cual una persona natural se incorpora al sistema general de pensiones por la aceptación del ente gestor de la solicitud de inscripción y queda sometida en sus derechos y obligaciones al conjunto normativo contemplado en la extensa regulación de ese componente de la seguridad social” (sentencia 8 de junio de 2000, Corte Suprema de Justicia, 2000). [↑](#footnote-ref-1)