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 15 de mayo de 2020

Radicación No. : 66001-31-05-002-2014-00434-01

Proceso : Ordinario Laboral

Demandante : Carlos Alberto Orozco Quiceno

Demandado : Servicio Inmediato Nacional S.A.S. – En Liquidación

Juzgado : Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira

M.P. : Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES / REGULACIÓN LEGAL / CASOS EN QUE PROCEDE VINCULARSE POR SU INTERMEDIO / NO AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES / EFECTOS / PAGO DEL CÁLCULO ACTUARIAL PARA PENSION DE VEJEZ / PAGO DE LA PRESTACION PARA PENSIÓN DE INVALIDEZ Y DE SOBREVIVIENTES.**

De acuerdo a lo previsto en los artículos 71 al 94 de la Ley 50 de 1990, algunas empresas, denominadas de Servicios Temporales (EST), están autorizadas para ayudar de forma temporal en el desarrollo de actividades a otras empresas, y en estos casos el servicio se ejecuta mediante el envío de trabajadores en misión. Es importante destacar que en el artículo 77 de la mencionada ley, el legislador enumeró los servicios temporales de colaboración por los cuales una empresa usuaria podrá acudir a la contratación de una EST…

Es importante tener en cuenta que en estos casos el usuario que acude a los servicios de una empresa temporal no tiene vínculo laboral alguno con el trabajador enviado en misión, ya que es la Empresa de Servicios Temporales (EST) quien ostentará la calidad de verdadero empleador, y, por ende, también será la responsable de todas las acreencias laborales que se generen con ocasión del contrato de trabajo…

Es del caso precisar que la EST no constituye una bolsa de empleo. La contratación con este tipo de empresas es temporal con el fin de atender las eventualidades de que habla el artículo 77 de la ley 50 de 1.990 de modo que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios…

Es bien sabido que 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, sentencia de la C.S.J. SL-14388 (43182), del 12/nov/2015, M. P. Rigoberto Echeverri). (…)

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…

Cosa distinta ocurre frente a la materialización de los riesgos de invalidez y muerte, lo cual impide el saneamiento de la omitida afiliación, toda vez que, del cómputo de semanas cotizadas necesarias para acceder a la cobertura prestacional de estas contingencias, se debe excluir el tiempo de servicios prestados a empleadores que hubieren omitido la afiliación oportuna del trabajador siniestrado. Quiere decir esto, 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 que omitió la afiliación.

**ACLARACIÓN DE VOTO: ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Debo aclarar que en la ponencia que inicialmente presenté a consideración de los demás miembros de la Sala, resalté la importancia de dejar claro que aunque la materialización de los riesgos de invalidez y muerte en este caso impiden el saneamiento de la omitida afiliación…, era necesario resaltar que el actor padece enfermedades degenerativas y por tal razón podría haber exigido, y todavía puede hacerlo, que la fecha de estructuración quedara fijada en la fecha de su última cotización o de la calificación.

#### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

#### **SALA LABORAL**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Acta No. \_\_\_\_

**(15 de mayo de 2020)**

##### **Sistema oral - Audiencia de juzgamiento virtual**

Siendo las 2 p.m. de hoy, 15 de mayo de 2020, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira integrada por las Magistradas y el Magistrado que a continuación se presentan: Dra. OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, Dr. JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, y quien les habla ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, en calidad de Magistrada Ponente, se constituyen en **audiencia pública de juzgamiento virtual** en los términos del Acuerdo PCSJA 20-11549 del 7 de mayo de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en el proceso ordinario laboral instaurado por **CARLOS ALBERTO OROZCO QUICENO** en contra de **SERVICIOS INMEDIATO NACIONAL S.A.S. – EN LIQUIDACIÓN**, **CONATEMPO LTDA.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

**PROTOCOLO PARA LA REALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA VIRTUAL:**

… … … …

… … … …

**Alegatos de conclusión**

Con fundamento en 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: Dte… Dda… el Ministerio Público

Como todos han expresado sus alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público, en este momento les ruego desactivar sus videos y micrófonos. Gracias.

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a resolver las apelaciones promovidas por las codemandadas SIN S.A.S. – en liquidación y CONATEMPO LTDA. en contra de la sentencia emitida por el Juzgado 2do. Laboral del Circuito de Pereira el 19/mar/2019, la cual será igualmente consultada por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, de cuyos recursos es garante la Nación.

**FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico en este caso consiste en determinar si la falta de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones se puede corregir con el pago del título pensional por los periodos en que no hubo afiliación, incluso cuando se ha configurado alguno de los riesgos cubiertos por el sistema. Asimismo, se verificará si CONATEMPO LTDA. fungió como simple intermediaria en los términos del artículo 35 del C.S.T. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

**I – ANTECEDENTES**

El señor **CARLOS ALBERTO OROZCO QUICENO** asegura que el 1º de marzo de 2008 fue llamado por el señor **ERNESTO JAVIER FLÓREZ MORALES** para laborar al servicio de la empresa **SERVICIO INMEDIATO NACIONAL S.A.**; que la vinculación se dio mediante contrato verbal y que las funciones para las cuales fue contratado consistían en realizar mantenimiento y construcción de instalaciones locativas en las oficinas de SERVICIOS INMEDIATO NACIONAL S.A., ubicadas en las diferentes ciudades en el país (Pereira, Cali, Bogotá, Barranquilla, Medellín, Cúcuta, Palmira, Santa Marta); que inicialmente trabajó en Barranquilla y luego fue trasladado a Bogotá, sin solución de continuidad hasta el 30 de abril de 2008, fecha en que finalizó el primer contrato. Agrega que durante tal lapso no fue vinculado al sistema de seguridad social integral y por lo tanto tampoco se efectuaron las cotizaciones respectivas por parte del empleador, quien debió descontar el porcentaje correspondiente al trabajador.

De otra parte, señala que el 15/sep/2008 fue llamado nuevamente a la empresa y volvió a prestar el servicio en las mismas condiciones del anterior contrato, rotando por las diferentes sucursales de la empresa hasta el 30 de diciembre de 2010, fecha en la que fue diagnosticado con *“cardiopatía isquémica – falla bomba-”*, lo que le ha generado incapacidades ininterrumpidas desde aquella fecha. Agrega que el 19/ago/2011 fue calificado por la Comisión Médica del ISS, que determinó en su caso una pérdida de la capacidad laboral del 52,30%, estructurada el 26 de enero de 2011; que el 14 de octubre del mismo año, le practicaron cirugía de corazón abierto en la que fueron implantadas 2 válvulas mecánicas, una mitral y otra aortica. Añade que el 16/sep/ 2011, radicó solicitud pensional ante el ISS (hoy COLPENSIONES), la cual fue denegada mediante Resolución No. GNR 090014 del 10/may/2013, bajo la consideración de que el afiliado no acreditaba el requisito de 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez (esto es, entre el 26/ene/2008 y el 26/ene/2011).

Señala que recibió por fax el 18/abr/2012 un documento remitido por la representante legal de CONATEMPO LTDA., donde le daba instrucciones precisas para que lo diligenciara y devolviera firmado a la empresa, también le informaba que su salario continuaría consignándosele quincenalmente y que debía recibirlo a título de préstamo, con retroactividad desde julio de 2011 (fecha en que elevó solicitud de pensión) y la fecha del pago efectivo de la misma por COLPENSIONES, y además le pedía que manifestara por escrito en el mismo documento que se comprometía a reintegrar los dineros a CONATEMPO LTDA., una vez le fuera reconocida la pensión, autorizando en todo caso que se descontara de su liquidación cualquier saldo pendiente, lo cual terminó obedeciendo, pues su situación económica y de salud no le daba otra opción.

Agrega que entre el 15/sep/2008 y el 30/sep/2010, aparece vinculado al Sistema de Seguridad Social con la Cooperativa de Trabajo Asociado CTA CONENLACE, pese a que nunca fue asociado ni prestó servicios para dicho organismo, pues durante ese lapso trabajaba de manera exclusiva para SERVICIO INMEDIATO NACIONAL S.A. De otra parte, advierte que el 19/ago/2013, en diligencia de conciliación ante el Inspector de Trabajo, el representante legal de CONATEMPO manifestó que continuarían pagando la seguridad social, pero no cancelarían los salarios hasta no llegar a un acuerdo con la empresa usuaria SERVICIO INMEDIATO NACIONAL S.A., y esta, a su vez, manifestó, a través de su apoderado, que estaban cumpliendo con las obligaciones económicas en su totalidad correspondientes con el trabajador en misión. Finalmente, señala que mediante Res. No. 00200 del 28/oct/2013, confirmada mediante Res. No. 00045 del 19/feb/2014, expedida por el Director Territorial del Ministerio del Trabajo –Risaralda-, se negó la autorización de despido elevada por CONATEMPO LTDA., en razón de lo cual sigue legalmente vinculado a dicha empresa, pese a lo cual le suspendieron el pago de sus salarios desde 30/jun/2013.

Con sustento en lo anterior, reclama que mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, se declare que nunca fue asociado de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CTA CONENLACE, y que los pagos que esta efectuó como empleadora suya en COLPENSIONES, lo fueron a nombre de SERVICIO INMEDIATO NACIONAL S.A. – SIN S.A., y que durante tal lapso tampoco fungieron como empleadores suyos ni CARLOS ALBERTO OROZCO QUICENO, ni FERNANDO ESCALANTE ECHEVERRY, ni ALBA GENIT SUÁREZ CARRILLO, y que en todo caso los pagos que estos efectuaron por concepto de cotizaciones a su favor, lo fueron en nombre de su verdadero empleador, SIN S.A.

Igualmente, pide que se declare nulo el contrato celebrado con CONATEMPO LTDA., por no reunir los requisitos señalados por el artículo 1502 del C.C., para que una persona se obligue y que se declare en consecuencia la existencia del contrato de trabajo con SIN S.A., entre el 1º de marzo y el 30 de abril de 2008, y desde el 15 septiembre de 2008 a la fecha, por lo que CONATEMPO solo debe responder como simple intermediaria. En consecuencia, solicita el pago de los aportes pensionales adeudados y del auxilio por enfermedad del 01/jul/2013 y mientras se encuentre vigente el vínculo laboral, lo mismo que las primas, vacaciones y cesantías generadas desde aquella fecha hasta la actualidad, esto es, hasta la fecha de emisión de la sentencia.

En respuesta a la demanda, la codemandada **SERVICIO INMEDIATO NACIONAL S.A.**, niega de manera enfática la existencia de cualquier relación laboral con el demandante e indica que jamás ha celebrado contrato alguno con este, ni ha ejercido subordinación sobre las actividades que ha desarrollado como trabajador en misión de las empresas **COENLACE C.T.A.** y **CONATEMPO LTDA.**, siendo sus funciones, principalmente, efectuar el mantenimiento e instalación de módulos para el funcionamiento de oficinas destinadas al objeto social de la empresa (giros postales a nivel nacional), en diferentes ciudades del país, conforme a las necesidades de la empresa. Agrega que de haber existido otro tipo de vinculación con el actor, esta fue esporádica, mediante contratos de obra civil, en el que el demandante se limitaba a efectuar las reparaciones y adecuaciones contratadas, incluso contratando bajo su cuenta y riesgo trabajadores, los cuales cancelaba con los dineros que recibía como parte del precio. En ese orden de ideas, se opone a la prosperidad de la pretensiones incoadas en su contra y propone como excepciones de mérito las denominadas: *“inexistencia de carga prestacional alguna, ante la no existencia de la relación laboral alegada”*, *“inexistencia de relación laboral y consecuencialmente de obligaciones originadas en la misma”*, *“inexistencia de vínculo alguno entre el demandante y la sociedad Servicio Inmediato Nacional S.A.S.”*, *“prescripción de las obligaciones de índole laboral teniendo como base el término de tres años contados hacia atrás, a partir de la presentación de la demanda”.*

Por su parte, **CONATEMPO LTDA.**, indica que suscribió contrato de trabajo bajo la modalidad por obra o labor contratada con el actor el 1º de octubre de 2010. Agrega que el contrato se suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, con el objeto de que este se desempeñara como trabajador en misión en la empresa usuaria SERVICIO INMEDIATO NACIONAL S.A., con quien la empresa suscribió un contrato comercial de suministro de personal, en razón de lo cual desconoce cualquier otro vínculo laboral del demandante con la empresa usuaria o con cualquier otra con anterioridad al 1º de octubre de 2010 y aclara que realizó el pago de salarios, aportes y demás prestaciones a su cargo mientras este se encontraba laborando, esto es, hasta el 30 de diciembre de 2010, fecha en que dejó de laborar, inicialmente por encontrarse incapacitado y posterior a ello por haber sido calificado como invalido. Reconoce igualmente que, en calidad de préstamo, la empresa le giró al demandante la suma correspondiente al auxilio por incapacidad, entre el 15 de junio de 2011 y el 30 de junio de 2013, que la AFP se negó a pagar a partir del día 180 de incapacidad, con la promesa escrita del trabajador de reembolsar dichos dineros una vez fuera incluido en la nómina pensional, esto para no dejarlo desprotegido y sin sustento. Aclara igualmente, que la pensión de invalidez nunca fue reconocida al actor, toda vez que los empleadores anteriores a CONTEMPO incumplieron su obligación de realizar los aportes respectivos y por eso este no cumplió los requisitos de cotización mínima. En ese orden de ideas, se opone a las pretensiones incoadas en su contra y propone como excepciones las denominadas: *“abuso del derecho y aplicación indebida de normas sustanciales”, “facultad de compensar valores sin autorización del trabajador cuando existan pagos por períodos de tiempo no laborados”, “pago de incapacidades exclusivamente por parte de las entidades pertenecientes al sistema de seguridad social integral”, “prescripción”, “inepta demanda” “inexistencia de la obligación” “falta de causa para pedir”, “carencia de norma jurídica”, “falta de causa” y “buena fe”.*

Cabe agregar que en acatamiento de la decisión de nulidad dictada en segunda instancia, el juzgado de primer grado, mediante auto del 6 de diciembre de 2016 (Fl. 634), ordenó la vinculación de COLPENSIONES al proceso, quien oportunamente dio respuesta a la demanda, señalando que este caso no hubo mora del empleador sino falta de afiliación, por lo que no podría radicarse en cabeza del Fondo de Pensiones alguna obligación respecto del eventual derecho pensional del demandante, conforme se desprende del inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798. En ese orden, propuso como excepciones las denominadas “inexistencia del derecho reclamado”, “cobro de lo no debido”, “prescripción” y “buena fe”.

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza de 1ra. instancia accedió a declarar la existencia del contrato de trabajo entre **CARLOS ALBERTO OROZCO** y la empresa **SERVICIO INMEDIATO NACIONAL S.A.S. – EN LIQUIDACIÓN** desde el 15/sep/2008 y aún vigente. Igualmente declaró que **CONATEMPO LTDA.** ha fungido como simple intermediaria desde 1º/oct/2010 y declaró la ilegalidad e ineficacia de los contratos de prestación de servicios suscritos entre ésta y SIN S.A.S. Consecuencia de las anteriores declaraciones, condenó a la empleadora a pagar al demandante *“todos los salarios”*, calculados con base en porcentaje que le hubiera correspondido a la EPS por concepto de incapacidades, debiendo calcular dicho porcentaje con base en la suma de $960.000, monto que en ningún caso podrá ser inferior al SMLMV, conforme al art. 227 del CST, e igualmente ordenó la liquidación de las prestaciones sociales con base en la misma suma. Asimismo, condenó al pago de $888.333 por concepto de vacaciones, por el tiempo de prestación efectiva del servicio por parte del demandante y delimitó la responsabilidad solidaria de CONATEMPO LTDA. a las acreencias generadas a partir del 1º/oct/2010.

De otra parte, en lo que es materia del litigio, condenó a la empresa **SERVICIO INMEDIATO NACIONAL S.A.S.** a pagar título pensional con base en el cálculo actuarial que realice COLPENSIONES a favor del actor por los aportes en pensiones generados entre el 15 de septiembre de 2008 y el 30 de septiembre de 2010, liquidados como “título pensional” debido a la omisión de afiliación, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la providencia; y en sentencia complementaria ordenó a COLPENSIONES reintegrar a la empleadora lo que pagó por concepto de aportes pensionales en mora por el lapso transcurrido entre el 15 de septiembre de 2008 y el 30 de septiembre de 2010.

En lo que interesa al recurso, señaló que la sociedad **SIN S.A.** – hoy S.A.S. – incumplió la obligación de afiliar al demandante al Sistema General de Seguridad en pensiones entre el 15/sep/2008 y el 30/sep/2010, consecuencia de lo cual debe pagar el título pensional correspondiente a ese periodo, conforme se desprende al art. 9 de la Ley 797/2003, modificatorio del art. 33 de la Ley 100/1993, en el que se establece que, previo pago del bono o título pensional, se computaran para efectos pensionales el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

**III – RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la anterior decisión interpusieron recurso de apelación las codemandadas **SERVICIOS INMEDIATO NACIONAL S.A.S. - EN LIQUIDACIÓN** y **CONATEMPO LTDA**. La primera indica que los aportes pensionales que pagó en acatamiento de la sentencia anulada en 2da. instancia dentro de este mismo proceso, no deben ser devueltos sino aceptados y compensados como semanas cotizadas en COLPENSIONES, pues se cumplen los requisitos para ello. Además se opuso al pago de las vacaciones, pues considera que operó el fenómeno extintivo de la prescripción, ya que transcurrieron más de 6 años desde que se hicieran exigibles.

Por su parte, **CONATEMPO LTDA.** defiende su calidad de empleadora y refuta el calificativo de simple intermediaria, pues considera que el contrato con el actor se suscribió de buena fe para que ejecutara actividades laborales como trabajador en misión de SIN S.A.S. y apenas llevaba menos de 2 meses cuando se incapacitó y no ha sido posible finalizar su contrato por cuanto tiene la condición de invalido, pero no ostenta la calidad de pensionado por no reunir el mínimo de semanas cotizadas para acceder a tal prestación.

**IV – CONSIDERACIONES**

**4.1. NATURALEZA JURÍDICA Y OBJETO DE LAS EMPRESAS TEMPORALES DE SERVICIOS**

De acuerdo a lo previsto en los artículos 71 al 94 de la Ley 50 de 1990, algunas empresas, denominadas de Servicios Temporales (EST), están autorizadas para ayudar de forma temporal en el desarrollo de actividades a otras empresas, y en estos casos el servicio se ejecuta mediante el envío de trabajadores en misión. Es importante destacar que en el artículo 77 de la mencionada ley, el legislador enumeró los servicios temporales de colaboración por los cuales una empresa usuaria podrá acudir a la contratación de una EST, los cuales se ejecutan a través de trabajadores en misión, así: ***1)*** *cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo* [*6º del Código Sustantivo del Trabajo*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html)*,* ***2)*** *cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad y* ***3)*** *para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis meses prorrogable hasta por seis meses más.*

Es importante tener en cuenta que en estos casos el usuario que acude a los servicios de una empresa temporal no tiene vínculo laboral alguno con el trabajador enviado en misión, ya que es la Empresa de Servicios Temporales (EST) quien ostentará la calidad de verdadero empleador, y, por ende, también será la responsable de todas las acreencias laborales que se generen con ocasión del contrato de trabajo, en los términos del artículo 71 de la Ley 50 de 1990. De modo que en tales eventos, la empresa usuaria le paga a la EST el valor que corresponde al contrato celebrado, el que debe contener además el valor de la prestación efectiva del servicio temporal de colaboración contratado y ésta, a su vez, asume la obligación de proveer a la empresa usuaria el personal requerido.

Es del caso precisar que la EST no constituye una bolsa de empleo. La contratación con este tipo de empresas es temporal con el fin de atender las eventualidades de que habla el artículo 77 de la ley 50 de 1.990 de modo que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios. De esto se sigue, por oposición, la prohibición de contratar los servicios de un EST para cubrir necesidades permanentes de la empresa o para sustituir personal permanente.

**4.2. Diferencias entre mora patronal y omisión de afiliación**

Es bien sabido que 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, sentencia de la C.S.J. SL-14388 (43182), del 12/nov/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-2) (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 un fondo de pensiones 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).**

**Cosa distinta ocurre frente a la materialización de los riesgos de invalidez y muerte, lo cual impide el saneamiento de la omitida afiliación, toda vez que, del cómputo de semanas cotizadas necesarias para acceder a la cobertura prestacional de estas contingencias, se debe excluir el tiempo de servicios prestados a empleadores que hubieren omitido la afiliación oportuna del trabajador siniestrado. Quiere decir esto, 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 que omitió la afiliación. 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”*. Y asimismo del art. 8 del Decreto 1642 de 1995, en el que advierte que *“los empleadores del sector privado que no hubiesen afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, deberán asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegasen a causar durante el periodo en el cual el trabajador estuvo desprotegido*”.

Al respecto ha señalado la C. 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 esa 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 mismo tema señaló el tratadista y exmagistrado Eduardo López V., 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). En el mismo sentido, ya de antaño se ha pronunciado la Sala Laboral de la C.S.J., al señalar, en la sentencia 15660, del 29/jun/2001, que *“admitir la posibilidad de que con el pago de cotizaciones realizado después de haberse presentado el riesgo o la contingencia respectiva, el sistema de seguridad social en pensiones deba otorgar las prestaciones señaladas en la ley, iría en contra de uno de los principios de la seguridad social como es el de la solidaridad y afectaría gravemente su estabilidad financiera, además de significar el absurdo de amparar riesgos ya presentados”.*

Cabe agregar que permitir el pago de un cálculo actuarial o de las cotizaciones en mora junto a sus intereses para cubrir el pago de un pensión de invalidez o muerte, fomenta la irresponsabilidad patronal, como ya se ha advertido en la jurisprudencia, pues los empleadores encontrarían más conveniente no afiliar a sus trabajadores ni pagar sus obligaciones con el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, si ninguna sanción se deriva para ellos, pues podrían trasladar el riesgo a la entidad de seguridad social respectiva al verificar la ocurrencia de un siniestro, mediante el sencillo procedimiento de pagar los aportes cuyo pago omitió en su momento (ver al respecto la sentencia 13818 del 20 de agosto de 2000).

En este orden de ideas, es evidente que la afiliación del trabajador y el consecuente pago de los aportes pensionales causados en vigencia de la relación laboral, debe operar con antelación al hecho causante de la prestación, que en el caso de la pensión de sobrevivientes es la muerte y en el de invalidez la fecha de estructuración de tal estado, puesto que la seguridad social no asume culpas patronales irremediables, salvo para el riesgo de vejez, cuyo tratamiento legal es diferente por cuanto esta prestación se financia con la acumulación de cotizaciones y/o capital, según sea el caso.

**4.3. CASO CONCRETO**

En primer término, se advierte que **SIN S.A.S.** –hoy en liquidación- incumplió el deber legal de afiliar al demandante a Seguridad Social en Pensiones, en razón de lo cual el prestador del servicio no registra ni una sola semana cotizada entre el 15/sep/2008 (fecha de inicio del contrato de trabajo) y el 30/oct/2010 (fecha a partir de la cual fue vinculado a través de CONATEMPO LTDA.). Y solo a partir de esta última fecha, estando todavía laborando para SIN S.A.S.,registra cotizaciones a su nombre en COLPENSIONES, a través de la citada Empresa de Servicios Temporales (EST), como se indicó en precedencia, quien ha venido efectuado cotizaciones ininterrumpidamente hasta la fecha, las cuales, sin embargo, resultan insuficientes para que el actor acceda a la prestación económica por invalidez, pues pese a padecer una arteriopatía coronaria progresiva del miocardio (enfermedad degenerativa) e insuficiencia aórtica crónica, según dictamen de pérdida de capacidad laboral, la estructuración de su estado de invalidez se fijó el 26/ene/2011, esto es, en fecha anterior al dictamen de pérdida de la capacidad laboral, y, dentro de los tres (3) años anteriores a esta fecha, registra mucho menos de 50 semanas cotizadas, que es la densidad mínima de cotizaciones para acceder a tal derecho (Art. 46 Ley 100 de 1993).

En estas condiciones, es evidente que la inoportuna afiliación del actor al Sistema General de Pensiones por parte de SIN S.A.S., que sigue siendo su actual empleador, impidió la consolidación del derecho a la pensión de invalidez, por lo tanto, en este caso, dado que el siniestro de invalidez se produjo antes del intento de saneamiento de la deuda pensional, lo que procedería es el pago de la obligación pensional al empleador que incumplió la orden legal de subrogar oportunamente el riesgo de invalidez y muerte en el Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, como el pago al que fue condenado el empleador corresponde a obligaciones en mora para el riesgo de invalidez y muerte (título pensional), se modificará la decisión de 1ra. instancia y en su defecto se absolverá de todas las pretensiones a la AFP, como quiera que dicho pago no puede efectuarse cuando ya ha tenido lugar el siniestro que da lugar al pago de la prestación de invalidez.

Ahora bien, como las pretensiones de la demanda no se encauzaron a condenar al empleador al pago de la pensión invalidez, ni ello fue analizado en primera instancia, y ni siquiera fue pedida tal cosa en contra de COLPENSIONES, no puede esta Sala tomar decisión alguna al respecto.

En lo que atañe al recurso impetrado por CONATEMPO S.A., cabe recordar que las EST tienen prohibido vincular personal en misión para cubrir necesidades permanentes de las empresas usuarias y mucho menos para sustituir personal permanente, pues tiene el deber de verificar en cada caso que la necesidad del servicio contratado encaje en alguna de las eventualidades enumeradas en el art. 77 de la Ley 50/1990, como por ejemplo, un incremento en la producción o prestación de servicios, pero lo que se acreditó en este proceso es que el actor prestaba servicios a la empresa usuaria antes de su vinculación como trabajador en misión, y adicional a ello, por el largo tiempo que llevaba vinculado con aquella (más de dos años), es evidente que su cargo tenía un carácter permanente y que con su vinculación no se buscaba cubrir alguna de las eventualidades señaladas en el precitado precepto normativo, al punto que el mismo representante legal de SIN S.A.S., aceptó que fue él quien le indicó a la EST el nombre de los trabajadores que debía enviarle en misión, entre lo que estaba el demandante.

En este escenario, se confirmará la decisión de primera instancia, pues se considera la contratación como fraudulenta y se debe catalogar a la empresa temporal de servicios como un empleador aparente que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador y la supuesta EST sería un verdadero intermediario que pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales que soporte la presunta Empresa Usuaria (ver sentencia 9435 de 1997). Por las resultas del proceso, se condenará a la codemandadas al pago de las costas procesales de segunda instancia, liquídense por la secretaría del juzgado de origen.

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**.- **MODIFICAR** el numeral **SEXTO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que el título pensional a cuyo pago se condena a la codemandada SIN S.A.S. – EN LIQUIDACIÓN, que se deriva de la falta de afiliación del señor **CARLOS ALBERTO OROZCO**, se computará como semanas cotizadas para el exclusivo riesgo de vejez, pero no podrán contabilizarse para el reconocimiento de pensiones por los riesgos de invalidez y muerte.

**SEGUNDO.**: **CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás

**TERCERO.: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la codemandadas **SERVICIOS INMEDIATO NACIONAL S.A.S. – EN LIQUIDACIÓN** y **CONATEMPO LTDA**. Liquídense por la secretaría del juzgado de origen.

Notificación surtida en estrados. Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado.

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Aclara voto

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

Magistrada Magistrado

Radicación No: 66001-31-05-002-2014-00434-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Carlos Alberto Orozco Quiceno

Demandado: Servicio Inmediato Nacional S.A.S. – En Liquidación-

Juzgado: Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira

M.P.: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Debo aclarar que en la ponencia que inicialmente presenté a consideración de los demás miembros de la Sala, resalté la importancia de dejar claro que aunque la materialización de los riesgos de invalidez y muerte en este caso impiden el saneamiento de la omitida afiliación, lo que implica que se deba descontar del cómputo de las semanas cotizadas necesarias para acceder a la cobertura prestacional de estas contingencias (invalidez y muerte) el tiempo de servicios prestados a empleadores que hubieren omitido la afiliación oportuna del trabajador siniestrado, era necesario resaltar que el actor padece enfermedades degenerativas[[2]](#footnote-3) y por tal razón podría haber exigido, y todavía puede hacerlo, que la fecha de estructuración quedara fijada en la fecha de su última cotización o de la calificación.

Considero que las acciones afirmativas en favor de las personas en situación de discapacidad están encaminadas precisamente a garantizar y visibilizar en todo contexto público sus derechos y prerrogativas, como en este caso el eventual derecho a la pensión que surge de la posibilidad de que en sede administrativa o judicial se modifique su fecha de estructuración en la forma prevista en los casos en que la persona calificada con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral igual o superior a 50% padece de enfermedades degenerativas, progresivas y crónicas.

En estos términos dejo aclarado mi voto en este asunto.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

1. La C.S. de J., S.L., en sentencia del 28 de junio de 2002, dijo: “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” (S. del 8 de junio de 2000, C.S. de J., 2000). [↑](#footnote-ref-2)
2. Arteriopatía coronaria progresiva del miocardio (enfermedad degenerativa) e insuficiencia aórtica crónica, según dictamen de pérdida de capacidad laboral, la estructuración de su estado de invalidez se fijó el 26/ene/2011, esto es, en fecha anterior al dictamen de pérdida de la capacidad laboral, y, dentro de los tres (3) años anteriores a esta fecha, registra mucho menos de 50 semanas cotizadas, que es la densidad mínima de cotizaciones para acceder a tal derecho (Art. 46 Ley 100 de 1993). [↑](#footnote-ref-3)