

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**

***“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007***

SALA ÚNICA

Radicación:	157593105002-2012-00413-02
Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Demandante:	Esteban De Jesús Machuca
Demandado:	Iss hoy Colpensiones
Decisión:	Confirma
Aprobada	Acta no.032
Magistrado ponente:	Dra. Gloria Inés Linares Villalba Sala 3ª de decisión

PENSIÓN ALTO RIESGO-Pago cotizaciones adicionales

Planteadas así las cosas vale la pena precisar que no es objeto de discusión el régimen aplicable para el reconocimiento del derecho pensional, el cual, en aplicación del régimen de transición es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

En torno a la omisión del aporte del porcentaje adicional sobre la base de cotización, se dirá que de corresponder a la verdad, no tendría la virtualidad para desconocer el derecho reclamado. Lo anterior por cuanto la obligación en el pago de los aportes no está en cabeza del asegurado sino del empleador y tal omisión no puede perjudicar al trabajador, pues la administradora cuenta con los medios judiciales y administrativos para iniciar el cobro a los empleadores deudores.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**

***“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007***

SALA ÚNICA

Radicación:	157593105002-2012-00413-02
Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Demandante:	Esteban De Jesús Machuca
Demandado:	Iss hoy Colpensiones
Decisión:	Confirma
Aprobada	Acta no.032
Magistrado ponente:	Dra. Gloria Inés Linares Villalba Sala 3ª de decisión

Santa Rosa de Viterbo, veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016).

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida el 19 de enero del 2015, a través de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la demandada.

II.- ANTECEDENTES

El 15 de agosto del 2012, el señor ESTEBAN DE JESÚS MACHUCA mediante apoderada judicial presentó demanda contra el Instituto de los Seguros Sociales hoy la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declarara y reconociera que el demandante es beneficiario de la

pensión especial de alto riesgo como trabajador minero bajo tierra desde el 18 de julio de 2005, junto con los reajustes de ley actualizados a la fecha de pago con el IPC, así como las mesadas adicionales de junio y diciembre a partir de la fecha de su causación, el pago de los intereses de mora sobre las mesadas causadas y no canceladas, el reconocimiento de los incrementos a la pensión del 14% por personas a cargo con su respectiva indexación y por último imploró que se condenara a la entidad demandada a pagar los gastos del proceso y agencias en derecho.

Las aspiraciones reseñadas encontraron asidero en los siguientes hechos¹:

El señor ESTEBAN DE JESÚS MACHUCA nació el 18 de julio de 1954 y laboró como minero en socavón bajo tierra al servicio de ACERÍAS PAZ DEL RÍO S.A. por 22 años, 4 meses y 9 días continuos, lo que equivale a más de 1.211 semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones en actividades de alto riesgo, según la Resolución No. 032942 de 2006.

El afiliado es beneficiario del régimen de transición, y puede acceder a la pensión especial de vejez de alto riesgo desde el 18 de julio de 2005 y que durante el desarrollo de su contrato como minero bajo tierra, estuvo afiliado al sistema general en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hoy "Colpensiones", razón por la cual, el día 20 de enero de 2011, radicó derecho de petición ante el I.S.S. con el propósito de que le reactivaran su pensión de vejez y le reconocieran los incrementos pensionales por personas a cargo, requerimiento que fue resuelto por la entidad accionada con resolución 0112422 del 11 de abril de 2011, que fue notificada en el mes de junio de esa misma anualidad negando la prestación reclamada.

Finalmente aduce que él y la señora DOMELINA BALAGUERA PARRA, conviven bajo el mismo techo desde el día 9 de septiembre 1978, época en la que contrajeron nupcias por el rito católico en la iglesia ubicada en el

¹ Fs. 17-22 del Cuaderno principal.

municipio de Duitama, cumpliendo de esta manera con los requisitos exigidos por la ley para acceder a la cancelación de los incrementos a la pensión por personas a cargo.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda se admitió a través de auto del 23 agosto de 2012², en el que se corrió traslado a la entidad demandada, quien contestó oponiéndose a todas las pretensiones argumentado que el demandante no reúne los requisitos legales para ser acreedor de ese derecho y como medios de defensa propuso las excepciones de cosa juzgada y prescripción³.

IV.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Superado el trámite de rigor, en audiencia de juzgamiento del 19 de enero de 2015, se profiere sentencia, en la cual la juez de conocimiento resolvió: **i)** Condenar a COLPENSIONES a reconocer a favor del demandante la pensión especial de vejez, a partir del 15 de agosto de 2009, con fundamento en el art 15 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, tras considerar que el actor es beneficiario del régimen de transición y laboró en actividades catalogadas como de alto riesgo, que lo hacen beneficiario de los preceptos normativos del Acuerdo 049 de 1990. **ii)** Declarar que se debe realizar el pago a partir del 15 de Agosto del 2009 con los reajustes legales y mesadas adicionales a que haya lugar, **iii)** condenar al pago del incremento pensional del 14% por personas a cargo debidamente indexadas, **iv)** reconocer los intereses moratorios, **v)** declarar parcialmente probada la excepción de prescripción y no probada la excepción de cosa juzgada, **vi)** por último condenó en costas a la parte demandada y a favor de la demandante incluyendo como agencias en derecho la suma de 3 s.m.l.m.v..

² F. 24 del Cdo. De Primera Instancia.

³ F. 26-36 íd.

V.- EL RECURSO

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Sus argumentos:

- Dentro del proceso se tuvieron probados diferentes soportes probatorios, pero no se verificó si el empleador cotizó al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, los puntos adicionales por alto riesgo, lo que imposibilita el pago de tales porcentajes pues actuar de manera contraria atentaría contra lo previsto en la ley 100 de 1993 y la sostenibilidad del sistema financiero de seguridad social en salud y pensiones.

V.- ALEGATOS

5.1 Parte Demandante

La apoderada judicial del extremo activo se ratifica en la sustentación presentada al interponer la apelación y solicita se confirme la sentencia.

CONSIDERACIONES

Como los llamados presupuestos procesales concurren a plenitud en este proceso, y como no se observa causal de nulidad que deba ser declarada de oficio o puesta en conocimiento de las partes para su saneamiento, la decisión será de fondo.

Atendiendo entonces al principio de consonancia establecido en el artículo 66ª del C.P. del T., que hace referencia a la congruencia y al respecto de los derechos mínimos fundamentales del trabajador, la Sala se limitará a despachar los puntos apelados y sustentados, vale decir los relacionados con el marco de la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Según el planteamiento del recurrente, corresponde a la Sala en éste evento determinar si la falta de cotización adicional por la actividad especial en alto riesgo imposibilita el reconocimiento y pago de la prestación pensional.

1.- De las cotizaciones adicionales.

Lo que reprocha el recurrente es que no se verificó por parte del A quo si se realizaron las cotizaciones adicionales para reconocer y ordenar el pago de la pensión especial por alto riesgo.

Planteadas así las cosas vale la pena precisar que no es objeto de discusión el régimen aplicable para el reconocimiento del derecho pensional, el cual, en aplicación del régimen de transición es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

Aclarado lo anterior, en aras de dar respuesta al interrogante planteado en el recurso de alzada en torno a la omisión del aporte del porcentaje adicional sobre la base de cotización, se dirá que de corresponder a la verdad, no tendría la virtualidad para desconocer el derecho reclamado, pues debe recordarse como en reiteradas veces lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, que:

“Es dable agregar que en relación con el tiempo trabajado en actividades de alto riesgo, a partir de la vigencia de tales disposiciones, debe decirse que las consecuencias de que el empleador no hubiese efectuado las cotizaciones adicionales no pueden recaer sobre el trabajador, por cuanto los fondos de pensiones cuentan con mecanismos legales para exigir el pago de las cotizaciones, y su incuria en la utilización de los mismos no tiene por qué ser asumida por el afiliado.

Lo anterior dado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes, adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador, así mismo, según el

artículo 8º del Decreto 1161 de 1994, deben constatar la conformidad de los valores aportados con las exigencias legales e informar a los depositantes las inconsistencias que se presenten con el fin de que éstos efectúen las correcciones pertinentes, lo que se refuerza con lo dispuesto en el artículo 53 de la citada ley y con lo preceptuado en el Decreto 2633 de 1994, sobre el término para los requerimientos, la constitución en mora y la elaboración de la liquidación para iniciar los trámites del proceso ejecutivo.”⁴

Lo anterior por cuanto la obligación en el pago de los aportes no está en cabeza del asegurado sino del empleador y tal omisión no puede perjudicar al trabajador, pues la administradora cuenta con los medios judiciales y administrativos para iniciar el cobro a los empleadores deudores.

En sustento de lo anterior, en torno a la sostenibilidad financiera del sistema, por la omisión en el pago del porcentaje adicional requerido por la actividad especial, la Corte Suprema de Justicia puntualizó:

“... no es extraña la sostenibilidad y estabilidad financiera que debe tener el sistema integral de seguridad social en pensiones, concebidas bajo un régimen contributivo que lo caracteriza, que supone el pago oportuno por parte de sus vinculados de las cotizaciones establecidas por ley, con la finalidad de que la entidad de seguridad social que tiene a su cargo la administración, cuente con los recursos necesarios para atender la cancelación de las distintas prestaciones que se causen; más sin embargo para el sub lite se ha de considerar que la obligación de cotizar el 6% adicional de que trata el artículo 5º del Decreto 1281 de 1994 para ese riesgo especial, no radica en cabeza del trabajador demandante, por cuanto aquella está a cargo del empleador, y por tanto al modificarse el valor del aporte, éste es quien debe cumplir con la ley y el ISS a su vez exigirle su pago pertinente.

Por consiguiente, si el empleador no cubre a tiempo esa cotización especial, tal proceder no puede perjudicar al afiliado promotor del proceso, que como se dijo en sede de casación, está cobijado por el régimen de transición y satisface el requisito de las 750 semanas en actividades que implican exposición a altas temperaturas exigidas por el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de igual año, y por ende el Instituto de Seguros Sociales para estos casos debe asumir la obligación pensional, quedando desde luego una relación por resolver entre la entidad de seguridad social y el responsable de la cotización, con

⁴ CSJ, sentencias 35595 de 2009, donde reitera su posición.

*respecto a lo que se quede debiendo por concepto del aporte de marras de los seis (6) puntos porcentuales adicionales*⁵

Significa lo anterior, que las administradoras no pueden desconocer el reconocimiento y pago en tiempo de las pensiones especiales, bajo el argumento de no encontrarse acreditado el aporte adicional, por cuanto no es aquel el obligado a realizarlo sino directamente el empleador, caso en el que la administradora de pensiones cuenta con los elementos jurídicos y administrativos necesarios para lograr que esos valores retornen a sus cuentas y no se vea afectado el sistema financiero de seguridad social como lo aduce el apelante.

Por las anteriores razones, la sentencia apelada será confirmada.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión de la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no haberse causado

La decisión que precede queda notificada por estrados. No siendo otro el propósito de esta diligencia pública, ella se declara surtida y evacuada. Una vez que fue leída y aprobada la correspondiente acta por quienes en ella tomaron parte.

⁵ CSJ, sentencia del 21 de noviembre de 2007 radicado 30830, reiterada en sentencia 38558 del 6 de julio del 2011.

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada Ponente

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

LUZ PATRICIA ARISTIZABAL GARAVITO
Magistrada

RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS
Secretaria