

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA LABORAL

Aprobado mediante acta N° 002 del 13 del mes de agosto de 2021

RAD: 20-001-31-05-004-2017-00355-01. Proceso ordinario laboral promovido por ROSA ISABEL MORENO DE CAMARGO contra La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - JANETH DEL CARMEN JOLY HERNANDEZ.
--

1. OBJETO DE LA SALA

En aplicación del decreto 806 del 4 de junio de 2020, en su artículo 15, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ**, **JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ** y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 5 de marzo de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de la referencia.

Por disposición del artículo 279 y 280 del CGP, esta sentencia será motivada de manera breve, en virtud de que la demanda, la contestación y las actuaciones procesales son suficientemente conocidas por las partes del proceso, para iniciar el argumento desde la sentencia de primera instancia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

2.2. HECHOS

2.2.1. La señora **ROSA ISABEL MORENO DE CAMARGO**, promovió demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, para que se declare que tiene derecho a la pensión de vejez, conforme lo señala el decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición.

2.2.2. Que prestó sus servicios personales para el Departamento de la Guajira como maestra desde el 28 de febrero de 1963 al 31 de diciembre de 1975 y del 1 de enero de 1976 al 1 de agosto de 1979.

2.2.3. Cotizo como independiente desde el 1 de septiembre de 2001 hasta el 22 de marzo de 2003.

2.2.4. Como dependiente de la señora JANETH DEL CARMEN JOLY HENRIQUEZ, desde el 1 de abril de 2003 (no señala extremo final)

2.2.5. La empleadora antes mencionada omitió la afiliación y pago de los aportes, para ello se liquidó con calculo actuarial para ser pagado, circunstancia que omitió la empleadora y COLPENSIONES no realizo las actuaciones tendientes al cobro coactivo.

2.2.6. La demandante tiene reconocidas 907 semanas al sistema, si se suman las de la empleadora incumplida serian 1040.

2.2.7. Considera tener derecho a acceder a la pensión de vejez, bajo los postulados de la transición establecidos en la ley 100 de 1993.

2.2.8. La demandante requirió a Colpensiones para el reconocimiento y pago de la prestación referida, a lo cual obtuvo respuesta negativa.

2.3. PRETENSIONES.

2.3.1. Que se declare que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, en consecuencia, se reconozca la prestación social bajo los parámetros del decreto 758 de 1990, a partir del 20 de febrero de 2000, fecha para la cual cumplió 55 años de edad.

2.3.2. Indexación intereses moratorios y costas del proceso.

2.4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

2.4.1. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demandada a través de apoderado judicial, negó los hechos atinentes a las relaciones laborales, acepto como ciertos las reclamaciones de la prestación social, así como la negativa a concederla.

2.4.2. Se opone a las pretensiones a las pretensiones por considerar que la demandante no logró conservar el beneficio de transición, que ni bajo las reglas del decreto 758 de 1990 ni de la Ley 71 de 1988 logra acreditar los requisitos para obtener la prestación reclamada.

Propone excepciones de fondo:

- a) Inexistencia de las obligaciones reclamadas
- b) Cobro de lo no debido
- c) Prescripción
- d) Buena fe
- e) Innominada o genérica.

La vinculada **JANETH DEL CARMEN JOLY HENRIQUEZ**, contesto por intermedio de *curador ad-litem*, manifestando no constarle los hechos. Propuso excepción de fondo prescripción.

2.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

2.5.1. EL Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, con decisión del 05 de marzo de 2020 negó las pretensiones de la demandante argumentando, en síntesis;

- a) La demandante al 1 de abril de 1994, contaba con los requisitos para ser beneficiara del régimen de transición por edad y semanas cotizadas, y lo conservó al 31 de julio de 2005, conservando el régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.
- b) Respecto al tiempo laborado y no cotizado por la omisión de afiliación de la empleadora vinculada. Al respecto el hay una diferencia entre la mora en el pago de los aportes y la falta de afiliación al sistema, pues en el segundo evento las consecuencias recaen sobre el empleador incumplido, se tiene para el caso concreto es imposible endilgarle a COLPENSIONES, el reconocimiento de los periodos de laborados con la vinculada JANETH DEL CARMEN JOLY HENRIQUEZ, puesto que no afilio a la trabajadora.
- c) No encuentra la densidad de semanas necesarias para el reconocimiento pensional.

No se hizo uso de recurso de apelación, por lo cual se concede el grado jurisdiccional de consulta.

2.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante proveído adiado julio 19 de los corrientes se admitió el grado jurisdiccional de consulta y se corrió el traslado de rigor conforme al Decreto 806 de 2020.

Dentro del término de ley, el apoderado judicial de COLPENSIONES intervino argumentando que, no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por la actora, y por ende no existe quebrantamiento de las normas legales expuestas por la parte demandante, toda vez que la entidad al momento de negar el reconocimiento de la pensión lo hizo conforme a las normas vigentes y aplicables al

caso en concreto, y como quiera que la demandante no cumplía con los requisitos exigidos por la ley, no le asiste el derecho a pensionarse.

3. CONSIDERACIONES

Preliminarmente debe expresarse, que verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el grado jurisdiccional de consulta, ante lo cual, se colige que el interés jurídico de la consulta para el presente caso, es la tutela del interés público, y esta desata al fallador de segunda instancia, otorgándole la potestad de revisar la sentencia en su integralidad, despojando de las reglas propias del solo recurso de apelación, en cuanto al principio de consonancia.

Por otro lado, se expresa, que los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo. Además, no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

Examinado el proceso, se establece, que el demandante cumplió con la exigencia del artículo 6 C. P. del T. y de la S. S., porque hizo la reclamación administrativa ante el fondo de pensiones, así misma obra a folio 70 del expediente la notificación que se hiciera a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

3.1. COMPETENCIA.

Se conoce del proceso con el objeto de resolver el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

¿La falta de afiliación del empleador al sistema general de la seguridad social en pensiones excluye los tiempos servidos como cotización para la cobertura de la prestación social de pensión de vejez?

¿Se dieron los presupuestos facticos y legales para determinar que la señora ROSA ISABEL MORENO DE CAMARGO, es beneficiaria de la pensión de vejez?

Así los insumos que se tendrán para evaluar de forma crítica el problema sumido serán los siguientes:

3.3. PRECEDENTE VERTICAL

3.3.1 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

3.3.1.1. Deber de afiliación por el empleador y consecuencias por el incumplimiento (Corte Constitucional, SU226/19, MP Dra. DIANA FAJARDO RIVERA)

*“El desconocimiento de la afiliación por parte del empleador desestructura indebidamente la relación triangular en materia de pensiones, porque imposibilita jurídica y materialmente la vinculación de la entidad administradora correspondiente, y con ello el ejercicio de sus facultades relacionadas con la exigibilidad de los demás deberes pensionales del contratante. **Por ello, la responsabilidad de la omisión de la afiliación recae exclusivamente en el empleador incumplido.**”*

3.3.1.2. Reglas de la jurisprudencia constitucional aplicables al régimen de transición (Corte Constitucional, SU-230 de 2018, MP Dr. CARLOS BERNAL PULIDO)

“... las principales reglas jurisprudenciales, en cuanto al alcance del régimen de transición que estatuyó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, derivadas del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad (Sentencia C-258 de 2013) y del alcance de los derechos fundamentales que involucra, decantadas en las sentencias de unificación antes citadas, son las siguientes:

(i) El régimen de transición no puede caracterizarse como una especie de derecho adquirido sino de expectativa.

(ii) El régimen de transición tenía como fecha final el 31 de julio de 2010, excepto para quienes hubiesen cotizado, al menos, 750 semanas al 25 de julio de 2005, momento en el cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005; para estas personas, dicho régimen se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que pudieran reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de vejez. Para estos últimos efectos, el derecho debía consolidarse hasta el 31 de diciembre de 2014.

(iii) El régimen de transición está restringido a tres categorías de trabajadores: (i) mujeres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o más; (ii) hombres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más; y (iii) trabajadores que hubieren acreditado 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 (750 semanas) sin consideración de su edad.

(iv) A los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: (i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y (iii) monto de la pensión.

3.3.2. JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA CASACIÓN LABORAL.

3.3.2.1. Pensión de Jubilación por aportes - Ley 71 de 1988 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL18611-2016 Radicación N° 49881 MP Dr. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS)

“... entre esos regímenes vigentes con anterioridad a la L. 100/1993, al cual se puede acceder en virtud de la referida transición, se encuentra el consagrado en la L. 71 de 1988, cuyo art. 7º estableció que los empleados oficiales y trabajadores que acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los

Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan 60 años de edad o más si es hombre y cincuenta y cinco 55 años o más si es mujer.”

“...Luego, quienes cumplan los requisitos para ser beneficiarios de la transición, pueden acceder igualmente al régimen de la pensión por aportes si hubieren cotizado en entidades de previsión social o prestado servicios oficiales y en el Instituto de los Seguros Sociales, sin que, para tal fin, tenga trascendencia la época del pago o prestación de los mismos.”

3.3.2.2. Diferencias entre “mora” y “falta de afiliación”, Pese a la falta de afiliación del empleador incumplido el sistema debe reconocer el tiempo servido del trabajador, trasladando el cálculo actuarial a cargo del empleador (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL14388-2015 Radicación N° 43182 del 20 de octubre de 2015 MP Dr. RIGOBERTO ECHEVERRY BUENO)

“Por lo anterior, en principio, le asistiría razón al Tribunal y a los opositores, al prohijar una diferencia conceptual entre la «mora» en el pago de los aportes y la «falta de afiliación» al sistema de pensiones, así como al establecer que, en este último caso, el obligado al pago de las prestaciones de la seguridad social es el empleador incumplido.

No obstante, lo anterior, no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Sala ha tenido una evolución, coordinada y concordante con el espíritu de las nuevas disposiciones que ha expedido el legislador para contrarrestar estas hipótesis de falta de afiliación, que afectan la configuración del derecho pensional de los afiliados, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia. En lo fundamental, esa progresión de la jurisprudencia ha estado encaminada a lograr la financiación plena de las prestaciones, así como unidad en su reconocimiento, a través de las entidades de seguridad social.

Concretamente, el sistema de seguridad social y sus desarrollos en la jurisprudencia han tendido a reconocer expresamente tales omisiones de afiliación, dadas en el pasado, así como a buscarles una solución adecuada y suficiente, a través del reconocimiento de la respectiva prestación por parte de las entidades de seguridad social, con el consecuente recobro o integración de los aportes y recursos, por medio de títulos pensionales que deben pagar los empleadores omisos.

Ejemplos claros de la referida evolución y del espíritu del legislador son el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que, para el reconocimiento de pensiones de vejez, legitimó la inclusión del «...tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión...»; y el literal d) de la misma norma, introducido por virtud del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que facultó la inclusión del «...tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador...», los dos con la condición de que «...el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.»

En este punto también es dable mencionar el Decreto 1887 de 1994, que estableció la metodología para el cálculo de los referidos títulos pensionales, y el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que prescribió 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.»

Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adoctrinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva, con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.”

3.3.2.3. Diferencias entre retroactividad y retrospectividad, la norma vigente para la aplicación de los efectos de la falta de afiliación en eventos de invalidez y sobreviviente son las vigentes al momento de la causación, la aplicación del cálculo actuarial solo es aplicable a la pensión de vejez (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL5539-2019 Radicación N° 79261 del 27 de noviembre de 2019 MP Dr. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

*“En efecto, esta Sala ha explicado que las normas llamadas a definir los efectos de la «falta de afiliación», en perspectiva de la consolidación del derecho, «**son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada**, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados» (CSJ SL14388-2015). En este caso, habida consideración que Osman Lozano Osorio falleció en 1981, resulta improcedente la aplicación de las normas sobre convalidación de tiempos de la Ley 100 de 1993 a su situación, sumado al hecho de que el giro del cálculo actuarial previsto en esta normativa solo procede para pensiones de vejez.”*

3.3.2.4. Reiteración Jurisprudencial respecto a la aplicación del cálculo actuarial, para el empleador incumplido con la obligación de afiliación del trabajador como garantía de acceso al sistema general de la seguridad social, recuento jurisprudencial en la solución del problema jurídico planteado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1505-2020 Radicación N° 78240 del 21 de abril de 2020 MP Dr. OMAR DE JESUS RESTREPO OCHOA)

“El problema jurídico planteado por la recurrente se ha tratado en numerosas decisiones de esta corporación, cuya hermenéutica se recoge, entre otras, en la sentencia CSJ SL5109-2019, así:

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que el empleador, que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017), máxime cuando se trata de períodos en que

aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018) y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019 y CSJ SL1342-2019).

Ello es así, porque el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos períodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, es decir, su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador. (Subrayas al margen).

[...]

Lo anterior, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente, tratándose de periodos realmente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. Por lo anterior, cuando no fue posible la afiliación, lo pertinente es que el empleador pague el título pensional para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez.

Por otra parte, esta Corporación ha explicado que lo dispuesto en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, disposiciones que establecen que las entidades de seguridad social pueden tener en cuenta el tiempo servido como tiempo efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda por los tiempos omitidos, son aplicables a las pensiones que se otorguen en virtud del régimen de transición (CSJ SL9856-2014 y CSJ SL068-2018).

Ahora, la Corte ha precisado que para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 en comento, no es necesario que el contrato de trabajo esté vigente a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, toda vez que dicho aparte es contrario a los postulados de la seguridad social y, por ello, lo ha inaplicado, entre otras, en las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013, CSJ SL646-2013, CSJ SL2138-2016, CSJ SL15511-2017 y CSJ SL3937-2018.

Así las cosas, ante situaciones de trabajadores que tienen tiempos laborados para empleadores que no estaban en la obligación de afiliar a sus trabajadores al ISS, porque para entonces no había cobertura, se debe tener en cuenta el tiempo servido como efectivamente cotizado, para el reconocimiento de la pensión de vejez y, en tales casos, los empleadores deben responder por el título pensional correspondiente (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL14215-2017, CSJ SL9856-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017 y CSJ SL068-2018, entre otras).

En efecto, en la sentencia CSJ SL14388-2015, reiterada en la CSJ SL1358-2018, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia precisó lo siguiente:

No obstante, lo anterior, no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Sala ha tenido una evolución, coordinada y concordante con el espíritu de las nuevas disposiciones que ha expedido el legislador para contrarrestar estas hipótesis de falta de afiliación, que afectan la configuración del derecho pensional de los afiliados, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia. En lo fundamental, esa progresión de la jurisprudencia ha

estado encaminada a lograr la financiación plena de las prestaciones, así como unidad en su reconocimiento, a través de las entidades de seguridad social.

Concretamente, el sistema de seguridad social y sus desarrollos en la jurisprudencia han tendido a reconocer expresamente tales omisiones de afiliación, dadas en el pasado, así como a buscarles una solución adecuada y suficiente, a través del reconocimiento de la respectiva prestación por parte de las entidades de seguridad social, con el consecuente recobro o integración de los aportes y recursos, por medio de títulos pensionales que deben pagar los empleadores omisos.

Así, partir de sentencias como las CSJ SLSL9856-2014 y CSJSL17300-2014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «...en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar... que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Conforme lo anterior, si bien los empleadores de trabajadores que tenían menos de 10 años de servicio al momento en el que el ISS asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados de reconocer esa prestación económica, tal previsión no los exime de su responsabilidad pensional por el lapso en el que no hubo cobertura y, en particular, de contribuir a la financiación de la pensión por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede cotizar hasta obtenerla.

Ello, porque el derecho a la pensión es de carácter fundamental y, por tanto, se debe garantizar sin afectar la estabilidad financiera del sistema, en la medida que propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores y de las entidades de seguridad social con las cotizaciones sufragadas, situación que no depende de que el empleador sea público o privado, o que sea o no pagador de pensiones. [...].

Por otra parte, es oportuno indicar que, contrario a lo que aduce la censura, la suma de tiempos en los que hubo omisión en la afiliación, estaba establecida por el legislador y por la jurisprudencia desde antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, tal como se ha explicado en diversas providencias, entre otras, en CSJ SL 27475, 24 nov. 2006, CSJ SL9856-2014, CSJ SL14388-2015, SL3937-2018 y SL3110-2019.

En cuanto a la restricción que el casacionista quiere destacar, en el sentido de que el pago del cálculo actuarial está supeditado a que constituya un tiempo necesario para completar la pensión, y que en este caso no opera porque Colpensiones le reconoció la prestación económica de vejez al demandante desde agosto de 2013, como quedó visto, no es un condicionamiento hallado en el precedente jurisprudencial referido.”

4 DEL CASO EN CONCRETO

Para dar orden a la revisión de la sentencia proferida se tomará el segundo problema jurídico planteado

¿Se dieron los presupuestos facticos y legales para determinar que la señora ROSA ISABEL MORENO DE CAMARGO, es beneficiaria de la pensión de vejez?

Dentro del presente asunto es claro que la demandante al momento de entrar en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1 de abril de 1994, contaba con 48 años de edad, y según consta en el expediente (folios 13-46) contaba con más de 750 semanas al inicio de la vigencia del régimen; por tal motivo era beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la norma en cita; sin embargo, con la reforma constitucional introducida por el acto legislativo 01 de 2005, que entró en vigencia el **25 de julio de 2005**, para continuar conservando dicho régimen de transición debía al menos haber cotizado 750 semanas al momento de vigencia del acto legislativo y que el derecho se consolide hasta el 31 de diciembre de 2014.

Se aprecia, que la demandante al momento de entrada en vigencia el acto legislativo 01 de 2005 contaba con las 750 semanas cotizadas en pensión, por tal motivo, **conservo su estatus** de beneficiaria del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha para la cual dicha gracia feneció, sin que pudiese adquirir los requisitos legales para obtener el derecho; siendo este el normado en la ley 71 de 1988, aclarando que esta sería la norma bajo examen puesto que del histórico se observa que la afiliada cotizo de forma híbrida tiempos públicos y privados.

Del histórico final se puede observar que pese a tener consolidado el requisito de la edad no fue posible la consecución de las 1000 semanas en cualquier tiempo como lo exige el artículo 7 del artículo en cita.

Hasta este punto no hay diferencia respecto a la decisión del *a-quo*.

Debe resolverse el problema jurídico faltante.

¿La falta de afiliación del empleador al sistema general de la seguridad social en pensiones excluye los tiempos servidos como cotización para la cobertura de la prestación social de pensión de vejez?

Debe partirse del hecho que el Juez de primera instancia, aunque parte de una fuente verídica y efectiva de cotejo como lo es la sentencia SL14388 de 2015, arriba a una conclusión errada al respecto y debe este Juez Plural resaltar el yerro cometido. La

sentencia aborda múltiples aspectos jurídicos entre ellos la diferencia conceptual entre mora y falta de afiliación, hace alusión a las diferencias entre retroactividad y retrospectividad de la ley; pero el aporte fundamental de dicha sentencia son los efectos de la falta de afiliación del empleador respecto al derecho social del trabajador;

En la edición del 1 de diciembre de 2015 del periódico *Ámbito Jurídico* se resumieron acertadamente las hipótesis de esta sentencia de esta sentencia de la siguiente manera:

“(…)

1. **Falta de afiliación del trabajador por falta de cobertura del sistema de seguridad social:** *A partir del 2014, la Corte definió, entre otras cosas, la responsabilidad de los empleadores frente a sus trabajadores por dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, imponiendo que los lapsos sin cobertura debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional.*

2. **Declaración de contratos realidad en los que no hubo inscripción al sistema de pensiones.** *Por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, el máximo tribunal laboral optó por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social.*

3. **No afiliación por omisión pura y simple del empleador.** *Finalmente, ante estas situaciones, la Sala ha dado cabida al reconocimiento de las prestaciones por las respectivas entidades de seguridad social con el consecuente recobro e integración de las cotizaciones y recursos, a través de cálculos actuariales.”*

Tomado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/laboral-y-seguridad-social/identifique-diferencias-entre-mora-en-pago-de-aportes-y>

Resumiendo las citas jurisprudenciales traídas como insumo se puede decir En sentencias CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado su jurisprudencia consistente en que ante la omisión en la afiliación del trabajador por parte de su empleador al sistema general de pensiones, es deber de las entidades que conforman el sistema tener en cuenta los periodos servidos como tiempos efectivamente cotizados, generándose como consecuencia en contra del empleador el desembolso del respectivo título pensional a satisfacción de la correspondiente entidad y no el reconocimiento directo de la prestación económica.

No obstante lo anterior, la Alta Magistratura en providencia SL4103 de 22 de marzo de 2017 radicación N° 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 bastante largo 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; sin embargo, indicó, que no se puede dar el mismo tratamiento cuando se busca el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes e invalidez, ya que estas dos 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 “... *prever razonablemente la realización de los riesgos, gestionarlos y adoptar medidas para la financiación de las prestaciones, a través de las reservas respectivas o de la contratación de los seguros correspondientes (artículo 6 del Decreto 832 de 1996). Contrario sensu, si el trabajador no ha estado afiliado y no se tiene noticia de la prestación de sus servicios, ni se ha adelantado algún trámite de convalidación de tiempos, los riesgos se tornan imprevisibles para la aseguradora, imposibles de gestionar y, a la postre, de financiar, por no haberse podido conservar reservas o contratar seguros*”.

Con base en lo expuesto, concluyó la Corte, que cuando en este tipo de eventos se ha configurado el riesgo y el trabajador no ha sido debidamente afiliado por su empleador, ni éste hizo los trámites pertinentes para la convalidación de esos tiempos antes de la ocurrencia del siniestro, no es posible que el sistema a través de sus entidades asuma el pago de esas prestaciones económicas –invalidez y sobrevivientes–, quedando dicha carga en cabeza del empleador omisivo.

De tal surte que la afirmación realizada por el Juez en este caso no resulta apropiada, pues la omisión del empleador en la afiliación, **NO LA EXCLUYE DEL DEBER DE ACREDITAR LOS TIEMPOS SERVIDOS, previa la carga a través de bono pensional a cargo del empleador incumplido conforme a calculo actuarial de los saldos dejados de pagar.**

Pese a la errada aplicación de la jurisprudencia citada por el *a-quo*, el fallo debe prevalecer incólume, pues para fijar en hombros de la entidad la aplicación de los aportes dejados de pagar derivados de la falta de afiliación del empleador, **es necesario acreditar la existencia de la relación laboral**, la forma en que el demandante trata de vincular a la señora **JANETH DEL CARMEN JOLY HENRIQUEZ**, no es la apropiada ni podría surtir efecto, pues es necesaria la declaración del contrato de trabajo, con lo que ello implica, extremos, remuneración y demás, a fin de poder calcular los aportes dejados de realizar.

Es por ello que la sentencia debe confirmarse, pero no por las razones del juez de primera instancia, sino por las expuestas en el desarrollo de esta sentencia.

Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida el 05 de marzo de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ROSA ISABEL MORENO DE CAMARGO contra La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS, por las razones expuestas por esta Sala.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Notifíquese por secretaria.

Esta decisión se adoptó en Sala virtual de la fecha, en atención a la medida que el Consejo Seccional de la Judicatura dispuso en Acuerdo PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, relativa al trabajo en casa, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, ante la presencia de la enfermedad denominada COVID – 19.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
MAGISTRADO PONENTE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
MAGISTRADO

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ
MAGISTRADO