

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-007-2017-00403-01
DEMANDANTE:	LUZ MARINA CALAMBAS
DEMANDADO:	PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE NECESARIO	GRUPO AS EMPRESARIAL S.A.S
ASUNTO:	Apelación de la Sentencia N° 31 del 22 de febrero de 2018
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Pensión de Invalidez

**APROBADO POR ACTA No. 25
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 173**

Hoy, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **LUZ MARINA CALAMBAS** contra **COLPENSIONES**, con radicado **76001-31-05-012-2017-00212-01**. Al presente trámite fue integrado como litisconsorte necesario a GRUPO AS EMPRESARIAL S.A.S.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 172

1) ANTECEDENTES

La señora **LUZ MARINA CALAMBAS**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A., con el fin de que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 22 de diciembre de 2015, con fundamento en los arts. 38 a 41 y 69 de la Ley 100 de 1993, o en subsidio, atendiendo el art. 39 original de la Ley 100 de 1993, así como los principios constitucionales de favorabilidad y condición más beneficiosa, adicional, pretende el pago de los intereses de mora causados desde la misma data, y las costas del proceso.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 3-8 demanda, 72-88 contestaciones de la demanda Porvenir SA y 160-168 contestación de litisconsorte necesario Grupo A.S. Empresarial S.A.S, (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, decidió la primera instancia mediante sentencia N° 31 del 22 de febrero de 2018, en la que resolvió: **1)** Declarar no probadas las excepciones formuladas por la demandada; **2)** Condenar a PORVENIR S.A. al reconocimiento de la pensión de invalidez en favor de la demandante, a partir del 22 de diciembre de 2015, en cuantía del SMLMV con la mesada adicional de diciembre, liquidando como retroactivo causado hasta el 30 de enero de 2018, la suma de \$19.506.287, y autorizando el descuentos en salud; así mismo impuso condena por intereses moratorios causados a partir del 16 de julio de 2017 y hasta que se haga efectivo el pago; **3)** Condenar en costas a Porvenir S.A.; **4)** Absolvió al Grupo A.S. Empresarial S.A.S de las pretensiones de la demandante, y **5)** Advirtió que quedaba a salvo el derecho de Porvenir S.A. de hacerse pagar del Grupo A.S. Empresarial S.A.S, los intereses de mora en los que haya incurrido por el no pago oportuno de las cotizaciones de noviembre de 2014 a febrero de 2015.

El *a quo* para fundamentar la decisión, y en lo que interesa al recurso de apelación, señaló que quedó establecido en el proceso que la demandante laboró para la empresa Grupo A.S. Empresarial S.A.S desde el 13 de noviembre de 2014, situación que señaló se deduce de la confesión realizada por la misma empresa en la contestación allegada, además con las constancias de afiliación a Riesgos Laborales y a Salud, precisó que la citada empresa inició las cotizaciones desde el mes de marzo de 2015, conforme al folio 247; añadió que la demandante está afiliada al RAIS desde 1999 y que si bien estuvo como inactiva en un periodo de tiempo, es sujeto de derechos en tanto la afiliación se da por una sola vez al sistema de pensiones.

Señaló que, si bien Porvenir S.A. señaló que las cotizaciones de noviembre de 2014 a febrero de 2015 se efectuaron de forma morosa, los recibió y no demostró haber requerido al empleador, y en todo caso tomó como fecha de afiliación marzo de 2015, concluyendo que se deben contabilizar los periodos que no fueron pagados en forma oportuna por la litisconsorte, precisando que queda a salvo el derecho de la demandante de cobrar los intereses de mora en los que pudo haber incurrido la empresa.

2) RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado judicial de Porvenir S.A., solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia, y en su lugar se condene a la integrada en litis Grupo A.S. EMPRESARIAL S.A.S. a que reconozca la pensión de invalidez, argumentando que no se trata de aportes en mora, pues en ningún momento se reportó la afiliación a la AFP, sino que se trata de la omisión de la afiliación de las vigencias septiembre de 2014 hasta febrero de 2015 con el supuesto empleador citado, periodos que señaló fueron reportados y pagados a la AFP después de la calificación de invalidez del afiliado, y 45 días antes de la reclamación de la pensión, lo que considera un hecho relevante, reiterando que no se puede asimilar dicha situación a una mora

pues no hubo afiliación y tampoco, la posibilidad de hacer gestiones de cobro, resalta que aceptar tal situación puede generar fraude al sistema.

Citó los arts. 17 y 22 de la Ley 100 de 1993, relativos a las obligaciones de los empleadores de reportar la relación laboral ante la AFP, y señaló que las consecuencias de no reportar la afiliación hacen responsable únicamente al empleador respecto de la pensión de invalidez o sobrevivencia, como en el presente asunto, conforme al art. 39 del Decreto 1406 de 1999. Precisó que el art. 53 del citado decreto establece que el empleador puede realizar en cualquier momento las cotizaciones dejadas de hacer, con la correspondiente mora, pero, si el siniestro ya se generó no se puede hacer.

Adicional citó las sentencias proferida por la Corte Constitucional C-617 de 2001, así como por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL19610 del 4 de marzo de 2010, relativas a la omisión de cotización, señalando que ello constituye un delito conforme a la Ley 828 de 2013. Reiteró que en el proceso quedó probado que la afiliación del empleador solo la reportó en tiempo a partir de marzo de 2015 y que solo dos años después, justo cuando ya estaba la calificación de la invalidez, se hace unas cotizaciones en el mes de enero de 2017, reportando siete meses aproximadamente, con los cuales se pretende hacer valer el derecho, sin embargo, señala que esos aportes de septiembre a diciembre de 2014 y enero a febrero de 2015 no son oponibles a Porvenir, para el reconocimiento de la pensión, en tanto no se trata de mora sino de omisión de afiliación.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 13 de agosto del 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la demandada Grupo A.S. Empresarial S.A.S. sostiene que cumplió con el deber de afiliar a la trabajadora al Sistema General de Seguridad Social desde el momento de su vinculación laboral. Sin embargo, por inconvenientes económicos las cotizaciones del mes de septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2014 y enero y febrero de 2015, se pagaron de forma extemporánea junto con los intereses moratorios entre los días 18 y 26 de enero de 2017 y la AFP Porvenir S.A. aceptó dichos pagos. Además, no realizó ninguna de las acciones de cobro que habla el artículo 24 de la L.100/93. Por lo anterior, no se puede alegar falta de afiliación, pues la misma tiene carácter permanente.

Por su parte, Porvenir S.A. adujo que la solicitante no cumple con los requisitos para acceder a la prestación económica, además, reitera la existencia de pagos extemporáneos que resultan improcedentes para reconocer la pensión, por tratarse de ausencia de afiliación al SSGS, más cuando a la fecha del pago no existía el vínculo laboral ni reporte de novedad de ingreso, cuya responsabilidad es exclusiva del empleador y solo a partir de la afiliación del empleado nace la obligación de cobro coactivo para la AFP.

La parte demandante, no presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia apelada debe **CONFIRMARSE** son razones:

Sea lo primero precisar que no está en discusión: i) la pérdida de capacidad laboral de la demandante en 61.70%, estructurada el 22 de diciembre de 2015, mediante dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, el 24 de octubre de 2016 (fl.11-18); ii) las cotizaciones efectuadas a Porvenir SA, como trabajadora del Grupo A.S. Empresarial SAS a partir del mes de marzo de 2015 hasta agosto de 2017 (fl.145 y ss); y iii) el vínculo laboral que unió a la demandante con la citada empresa desde el 13 de noviembre de 2014 (fl.171 y 172).

El motivo de discrepancia de la administradora de fondos de pensiones demandada radica en que no le compete el reconocimiento de la pensión de invalidez en favor de la demandante, por considerar que dicha obligación le corresponde a la litisconsorte necesaria Grupo A.S. Empresarial SAS, aduciendo la omisión de la afiliación de la trabajadora para los periodos comprendidos entre septiembre de 2014 hasta febrero de 2015.

Al respecto, se hace necesario aclarar que, pese a que Porvenir SA señala en su defensa que no existe novedad de ingreso reportada por la sociedad Grupo A.S. Empresarial SAS como empleador de la demandante, lo cierto, es que tuvo como válidas y aceptó las cotizaciones que esa empresa efectuó a partir del mes de marzo de 2015, situación que se infiere de la información que suministró la AFP al juzgado de primera instancia (fl.227) y de la misma manifestación realizada en el recurso de apelación, en consecuencia, no se puede entender una omisión de afiliación como lo pretende hacer ver el recurrente, sino en principio, como una afiliación tardía.

Lo anterior, por cuanto no se evidencia alguna actuación desplegada por la administradora de fondos de pensiones para convalidar el pago de los periodos que recibió a partir del mes de marzo de 2015, situación que le dio la posibilidad de indagar respecto de la novedad de ingreso con dicho empleador y adelantar gestiones de cobro, de ser necesario.

Ahora, en lo relativo a las cotizaciones de los periodos de noviembre de 2014 a febrero de 2015, que fueron pagados en el año 2017, considera esta Corporación que la mora o el pago extemporáneo de esos aportes por parte del empleador, contraría lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 100 de 1993 conforme a los arts. 22 y 23 de la misma norma, sin embargo, los efectos de esa situación recaen en la entidad de la seguridad social por la omisión en la responsabilidad en el ejercicio de las acciones de cobro que consagra el art. 24 de la ley en cita, si se tiene en cuenta, que esa empresa ya venía

haciendo aportes con antelación y la AFP no aclaró la novedad de ingreso, se reitera, por ende, no se acepta la manifestación del recurrente, relativa a la imposibilidad de gestionar los cobros.

Ahora, para esta colegiatura contraria a las afirmaciones de la alzada, no constituye un fraude al sistema, el pago de las cotizaciones tardías por parte de la litisconsorte necesaria, pues quedó evidencia la existencia del vínculo laboral con la demandante desde noviembre de 2014, con las correspondientes afiliaciones a salud y riesgos laborales (fl.171-172) por parte del Grupo Jiménez Osorio SAS, razón social que correspondía en precedencia a la aquí integrada, según se corrobora con el certificado de existencia y representación legal allegado a folio 211 y ss., por ende, se trata de un vínculo real y no ficticio.

En todo caso, se estima que el empleador Grupo A.S. Empresarial SAS, subrogó el riesgo de pensión desde el momento en que realizó los aportes a la AFP desde marzo de 2015 y los mismos ingresaron a la cuenta de ahorro individual de la demandante, por ende, no resulta válida la manifestación que hace la censura, en cuanto a que es el empleador quien debe responder por la pensión de invalidez.

Lo anterior expuesto, atendiendo además lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencia SL13128 de 2014:

[...] no es que la única forma de acceder a la pensión sea por el cumplimiento de tiempos efectivamente cotizados, sino que también resulta admisible que se tome en cuenta el tiempo de servicio, sin importar que no se hubiere hecho con aportes al sistema, como ocurría especialmente con los empleados públicos. Ello no significa que se deban reconocer pensiones sin que existan las cotizaciones, pues como ya se anotó, la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado, por lo que el hecho de que exista mora en su pago, no implica la inexistencia del aporte

Además, de lo expuesto en sentencia SL 14388-2015, cuando precisó:

Así las cosas, la Corte reitera que respecto de prestaciones causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, tanto en su redacción original, como con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, las omisiones del empleador en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, deben tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial.

Y si bien en el presente caso, no se puede predicar el pago de un cálculo actuarial, en tanto, el empleador ya efectuó el pago de las cotizaciones a la AFP, lo cierto, es que el juez de primera instancia reiteró la posibilidad que

tiene de cobrar los intereses de mora, por los periodos que se pagaron de forma extemporánea.

Así las cosas, no resulta válidos los argumentos expuesto por la pasiva para derruir la decisión adoptada en primera instancia, por lo tanto, y conforme lo señaló la Corte *“es la entidad de seguridad social la llamada a responder, sin que pueda oponerse a ello, el argumento según el cual, las cotizaciones fueron efectuadas con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez”*¹.

Como la apelación de la parte demandada se centró exclusivamente en que era deber de la litisconsorte necesaria el reconocimiento de la pensión de invalidez, no quedan otros aspectos pendientes de resolver, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP recurrente, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

Los Magistrados,


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL3133 de 2019