

TEMA: RETROACTIVO PENSIONAL A CARGO DEL EMPLEADOR- 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./**CÁLCULO ACTUARIAL-** Ante la omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social considerar dicho tiempo como efectivamente cotizado y que en consecuencia, es obligación del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social, que será la encargada de reconocer la prestación./

HECHOS: Pretende el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo con Seguridad Record de Colombia Ltda , y con Seguridad Atempí de Colombia Ltda, así como que dichas empresas omitieron cancelar los aportes al Sistema de Seguridad Social, por el tiempo de vinculación. El Juzgado 3º Laboral del Circuito de Medellín, en audiencia celebrada el 10 de agosto de 2022, declaró que el demandante presenta una pérdida de capacidad laboral de origen común mayor al 50%, con fecha de estructuración del 4 de enero de 2018; que seguridad Atempí Ltda fue omisa en afiliar a su trabajador a la Seguridad Social en Pensiones; declaró que al actor le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común. Corresponde a la Sala determinar: i) si al ser el señor Camilo Antonio Correa pensionado de la Policía Nacional y retornar a laborar a través de diferentes empleadores del sector privado, estos tenían o no la obligación de afiliarlo al sistema de seguridad social en pensiones. ii) En caso afirmativo, al darse una omisión en la afiliación, a quién le corresponde el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; y, iii) si procede la imposición de intereses moratorios o indexación de las condenas.

TESIS: El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, establece que serán afiliados al sistema en forma obligatoria, “Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta Ley”, y el 17 dispone la obligatoriedad de la cotización indicando que “Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los Regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores”, de manera que, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, no existe disposición que excluya la posibilidad de acceder al sistema a aquellas personas que cuenten con contrato de trabajo y, por tanto, su afiliación se predica obligatoria y válida.(...)Ahora, pese a que el artículo 128 de la Constitución Política determina que “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”, tal norma fue objeto de interpretación por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, estableciendo que la prohibición consagrada en dicho artículo recae sobre prestaciones provenientes del “tesoro público”, esto es, la Nación, las entidades territoriales y descentralizadas, cuando se pagan con cargo a tales recursos, como acontece con las pensiones de jubilación en cabeza de un ente de tal naturaleza, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal. Así, en la CSJ SL3226-2020 señaló: El citado artículo 128 superior consagra una clara incompatibilidad, estrechamente relacionada con la remuneración de los servidores estatales: en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, así como la recepción de más de una asignación que provenga del erario, en esa medida son incompatibles en

principio, el pago de dos pensiones a cargo del patrimonio público, salvo las excepciones consagradas en la misma ley.(...) El inciso segundo del artículo 8 del Decreto 1642 de 1995 mediante el cual se reglamentó la afiliación de los trabajadores al sistema general de pensiones compilado en el artículo 2.2.4.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, establece 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”.(...)De acuerdo con dicha preceptiva, si el empleador, que es el llamado a proteger los riesgos propios de la seguridad social a través de las cotizaciones al sistema, no afilia a su trabajador, no puede exonerarse de su responsabilidad en el pago de la pensión, al no haber subrogado el riesgo.(...)De lo anteriormente expuesto, se establece que, al no ser objeto de discusión que el señor Camilo Antonio Correa Mayo laboró al servicio de Atempí Ltda entre el 19 de septiembre de 2015 y el 18 de enero de 2019, y que la Junta Regional de Calificación de Invalidez le determinó una pérdida de capacidad laboral (PCL) del 60,95% estructurada el 4 de enero de 2018, es decir, durante la vigencia del vínculo laboral y ante la inexistencia de la afiliación en pensiones durante dicho lapso, corresponde a ese empleador asumir el riesgo de manera directa y conforme a los términos del estatuto de seguridad social, al no haberse subrogado, por tal, no es posible imputarle responsabilidad alguna a Porvenir SA frente a un trabajador que no fue afiliado, ya que imponerle tal compromiso sería desproporcionado, pues comporta el pago de una pensión frente a la que no tenía conocimiento ni responsabilidad, después de verificado el hecho que da lugar a ella, y sin poder prever, gestionar y administrar el riesgo de invalidez a través de la contratación de aseguradoras.(...) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece que “... en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”, de donde concluye la Sala que son aplicables solo a las entidades administradoras del pago de la pensión, si superan el término establecido por la Ley para resolver las prestaciones, es decir, 4 meses para las pensiones de vejez e invalidez y 2 meses para la de sobrevivientes. Dado que la prestación ha sido reconocida a cargo de Atempí Ltda, entidad que no tiene la connotación de administradora de régimen pensional, para la Sala no resultan procedentes los réditos deprecados.(...)

MP: LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

FECHA: 10/09/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



República de Colombia



Sala Quinta de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL – **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 05 001 31 05 **003 2018 00307 01**
DEMANDANTE: CAMILO ANTONIO CORREA MAYO
DEMANDADA: SEGURIDAD RECORD DE COLOMBIA LTDA, SEGURIDAD
ATEMPI DE COLOMBIA LTDA y SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR SA

Medellín, diez (10) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los Magistrados **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN** y **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante, Seguridad Atempí de Colombia Ltda y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA respecto de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022, por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Medellín.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo con Seguridad Record de Colombia Ltda entre el 6 de septiembre de 2013 y el 21 de mayo de 2014, y con Seguridad Atempí de Colombia Ltda del 19 de mayo de 2015 al 28 de febrero de 2018, así como que dichas empresas omitieron cancelar los aportes al Sistema de Seguridad Social, por el tiempo de vinculación. En consecuencia, solicita que se les condene al pago del cálculo actuarial por el tiempo en que no realizaron cotizaciones, lo equivale a un total de 164,85 semanas de aportes. Dichas cotizaciones deben efectuar junto con los intereses moratorios a Porvenir SA.

Asimismo, requiere se declare que cuenta con un total de 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del 75,18%, la cual data del 17 de marzo de 2017, condenándose a Porvenir SA al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de manera retroactiva, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, y ante la omisión de afiliación al sistema, pide se condene a Seguridad Record de Colombia Ltda y Seguridad Atempí de Colombia Ltda, a conceder y cancelar la pensión de invalidez desde el 17 de marzo de 2017, con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, la indexación, las costas del proceso y lo que ultra y extra petita resulte probado (págs. 2 a 4 arch. 001 C01).

Como fundamentos fácticos relevantes, expuso que laboró para distintos empleadores del sector privado de manera interrumpida, siendo afiliado a Porvenir en septiembre de 2013; que cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 75,18%, de origen común, estructurada el 17 de marzo de 2017; que tuvo vinculación laboral con Seguridad Record de Colombia Ltda entre el 6 de septiembre de 2013 y el 21 de mayo de 2014, sumando un total de 37,14 semanas, y con Seguridad Atempí de Colombia Ltda desde el 19 de mayo de 2015 hasta el 28 de febrero de 2018, entidades que omitieron realizar aportes a pensiones durante el tiempo en que estuvo vinculado a las mismas, tal y como se advierte en la historia laboral; que en los tres años anteriores al 17 de marzo de 2017 debe reportar una densidad superior a 50 semanas; que el 5 de abril de 2017 presentó solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez, la cual no ha sido resuelta (págs. 1, 2 arch. 001 C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda fue admitida mediante auto del 12 de junio de 2018 ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (pág. 8, arch. 007 C01), quienes contestaron dentro del término legal oportuno.

Atempí Ltda se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que el actor omitió o disimuló el hecho de que está disfrutando de una “asignación mensual de retiro” que viene siendo pagada por la Policía Nacional, razón por la

cual dicha pensión resulta incompatible con cualquier otra prestación, según lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución. Además, afirmó que el demandante, en los términos de la ley, no era cotizante obligatorio. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de pagar bono o título pensional, inexistencia de la obligación de pagar pensión de invalidez, incompatibilidad entre la asignación por retiro que percibe el actor y la pensión de invalidez solicitada, enriquecimiento indebido, prescripción y pago.

En cuanto a los hechos, manifestó que no es cierta la fecha de ingreso y terminación del contrato de trabajo, aclarando que el actor estuvo vinculado entre el 19 de septiembre de 2015 y el 18 de enero de 2019, y que durante dicho período no le asistía la obligación legal de cotizar, al estar pensionado por la policía (pág. 24 y 25 arch. 007; pág. 1 a 8 arch. 008 C01).

Porvenir SA, se opuso a las pretensiones que guardan relación con la entidad y no efectuó pronunciamiento frente a las demás, presentando las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción y afectación del sostenimiento financiero del sistema general de pensiones. Con respecto a los hechos, indicó que no es cierto que el demandante haya solicitado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, ya que lo que pidió el 5 de abril de 2017 fue la valoración de la pérdida de capacidad laboral, siendo remitida la misma al grupo interdisciplinario de calificación de Seguros de Vida Alfa, entidad que realizó la evaluación y le determinó una merma del 31,25% de origen común, estructurada el 6 de marzo de 2017, experticia frente a la cual no se emitió objeción. Además, señaló que no se puede tener en cuenta la pericia aportada con la demanda, ya que no fue realizada por una entidad del Sistema General de Pensiones (págs. 24, 25, arch. 008, 1-25, arch. 009, C01).

SegurCol LTDA resistió las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación por activa y por pasiva, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y compensación. Expresó que suscribió contrato a término fijo con el señor Camilo, el cual se desarrolló entre el 6 de septiembre de 2013 y el 5 de enero de 2014, prorrogándose hasta el 21 de mayo de 2014, lapso durante el cual se afilió a pensiones a Porvenir (págs. 19-25, arch. 011; págs. 1-3, arch. 012, C01)

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3º Laboral del Circuito de Medellín, en audiencia celebrada el 10 de agosto de 2022, profirió sentencia en la que declaró que el demandante presenta una pérdida de capacidad laboral de origen común mayor al 50%, con fecha de estructuración del 4 de enero de 2018; que seguridad Atempí Ltda fue omisa en afiliar a su trabajador a la Seguridad Social en Pensiones; declaró que al actor le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común a partir del 4 de enero de 2018, la cual está a cargo de Atempí Ltda y será administrada por la AFP Porvenir SA, entidad a la cual estaba afiliado el demandante; ordenó a Porvenir SA que dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, elabore el cálculo actuarial con base en el salario mínimo, contando Seguridad Atempí Ltda con dos meses a partir de que se le notifique dicha actuación para cancelar el valor; estableció que Porvenir debe cancelar la pensión previa la cancelación del título, reconociendo un retroactivo entre el 4 de febrero de 2018 y el 31 de agosto de 2022 en la suma de \$51.446.845, si dentro del término establecido Atempí Ltda no realiza el desembolso, Porvenir debe efectuar el cobro judicial y si no ejecuta la liquidación del título en el plazo fijado correrá la prestación a su cargo; declaró próspera la excepción de inexistencia de la obligación frente a SegurCol Ltda; absolvió a Porvenir SA de la pretensión de pago de la prestación, con las declaraciones antes anotadas; e impuso costas a cargo de Atempí Ltda.

Mencionó que la seguridad social en pensiones tiene como propósito constitucional central proteger al trabajador mediante un ingreso básico que cubra sus necesidades primarias cuando ya no puede laborar, ya sea por vejez, invalidez o fallecimiento. Asimismo, destacó que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 establece excepciones en la aplicación de dicha ley, como para los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, entre otros grupos específicos. Sin embargo, aclaró que estos regímenes exceptuados han cambiado desde el Acto Legislativo 01 de 2005, determinando que, aunque los beneficiarios de asignaciones de retiro de la Policía Nacional están exceptuados de la Ley 100 en ciertos aspectos, no están exentos de la obligación de cotizar a la seguridad social si vuelven a trabajar. Además, los artículos 13 y 15 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, establecen que todos los trabajadores deben cotizar aportes si ingresan a la fuerza laboral.

Determinó que, si un empleador no afilia al trabajador al fondo de pensiones o no paga las cotizaciones correspondientes, asume la obligación de cubrir la pensión de invalidez de origen común del trabajador. En caso de que el empleador afilie al empleado pero no realice las cotizaciones, y el fondo no ejerza el cobro activo, es la AFP quien debe cubrir las prestaciones. Adicionalmente, señaló que, en cumplimiento del artículo 363 de la Constitución Política y la Ley 100 de 1993, las AFP tienen la obligación de colaborar con el Estado en la prestación de servicios públicos esenciales, como la administración del sistema pensional, considerado un derecho social fundamental. Por ello, tienen la responsabilidad de asegurar el pago de la pensión de invalidez de origen común, independientemente de la supervivencia o estabilidad de la empresa empleadora omisa, pues considerar que la AFP no tiene ningún deber resultaría perjudicial para el empleado. Por lo tanto, la AFP debe intervenir para garantizar que la persona reciba su pensión, incluso si la empresa incumple sus obligaciones.

Descendiendo al caso, advirtió que no se discutía la obligación relacionada con la pensión de invalidez del señor Camilo Antonio Correa Maya, quien cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 60%, determinada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, con una fecha de estructuración del 4 de enero de 2018. Asimismo, señaló que fue trabajador de Seguridad Atempí entre 2015 y 2018, y que dicha empresa no realizó cotizaciones al fondo de pensiones al considerar que era beneficiario de una asignación de retiro de la Policía Nacional, interpretación que determinó como incorrecta, dado que dicha prestación es compatible con la pensión de invalidez de origen común cuando se trabaja en el sector privado. Por lo tanto, consideró que la empresa incumplió lo dispuesto en la ley y la Constitución al no afiliar y cotizar por el trabajador, y debe asumir el costo de la pensión de invalidez. Además, indicó que, aunque Porvenir no era responsable de la omisión de vinculación por parte de Seguridad Atempí Ltda., tiene la obligación de calcular el valor actuarial de la pensión de invalidez y cobrarlo. Si el pago no se realiza por parte de la sociedad dentro de los dos meses posteriores a la notificación, debe iniciar un cobro coactivo judicial y de no acreditar tal responsabilidad de liquidación dentro del lapso fijado, debe asumir el pago de la pensión de invalidez de origen común del trabajador a partir del 4 de enero de 2018, utilizando su propio patrimonio.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Atempi Ltda se mostró inconforme con la decisión, argumentando que no se vulneran los principios de eficacia, solidaridad, cobertura, universalidad ni irrenunciabilidad al defender la incompatibilidad entre las pensiones de invalidez y vejez. Según su posición, otorgar ambas pensiones resultaría en una duplicidad de beneficios. Además, sostuvo que el principio de solidaridad se encuentra satisfecho con la asignación mensual que se le reconoce al actor por parte de la Policía Nacional, la cual posee todas las características de una pensión de vejez; y que, el Consejo de Estado ha determinado la incompatibilidad entre dichas prestaciones.

Porvenir SA, solicitó a la Sala la revisión de las consecuencias de la sentencia, ya que, si bien se presentó una omisión injustificada por parte del empleador Atempi Ltda., también considera necesario acoger el criterio actual establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el cual determina que, en casos de no vinculación, la responsabilidad del pago y la administración de la prestación corresponde única y exclusivamente a la empresa que omitió tal deber y no a la AFP. Explicó que la realización del cálculo actuarial es aplicable únicamente a pensiones de vejez, y que esta suma no cubriría adecuadamente el retroactivo pensional generado desde el 4 de enero de 2018 hasta la fecha de la providencia, lo que agrava su situación.

El Demandante indica que, a pesar de que comparte la conclusión del juez, la cual tiene respaldo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que para el caso se debe aplicar lo dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ofrece una solución diferente, esto es, que en casos de omisión del deber de afiliación, la responsabilidad por el reconocimiento de la prestación económica de pensión de invalidez recae sobre el empleador, por lo que dicha entidad deber cumplir con esta obligación, junto con su respectivo retroactivo. Adicionalmente, señala que dicha entidad también debe asumir el pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dado que han transcurrido más de cuatro meses desde la notificación y contestación del proceso sin que se haya cancelado la prestación; en su defecto la indexación, a fin de corregir la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, en virtud de la inflación.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante providencia del 8 de noviembre de 2022 se admitieron los recursos de apelación concedidos por el juez de instancia; y, en providencia emitida el 12 de abril de 2023 se corrió traslado a las partes por el término de 5 días para presentar alegaciones (archs. 2, 3 C02).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, corresponde a la Sala determinar: *i)* si al ser el señor Camilo Antonio Correa pensionado de la Policía Nacional y retornar a laborar a través de diferentes empleadores del sector privado, estos tenían o no la obligación de afiliarlo al sistema de seguridad social en pensiones. *ii)* En caso afirmativo, al darse una omisión en la afiliación, a quién le corresponde el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; y, *iii)* si procede la imposición de intereses moratorios o indexación de las condenas.

No es objeto de discusión en esta instancia que el señor Camilo Antonio Correa se encuentra disfrutando de asignación mensual de retiro por cuenta de la Caja de Retiros de la Policía Nacional (pág. 13 arch. 008 C01); que laboró al servicio de Atempí Ltda desde el 19 de septiembre de 2015 y el 18 de enero de 2019, lapso en el que no fue afiliado a pensiones (págs. 16-19 y 22-23 arch. 08, C01); que el 13 de julio de 2018 fue valorado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez con una pérdida de capacidad laboral del 60,95% estructurada el 4 de enero de 2018, cuyo origen fue accidente, experticia en que se basó el juez para tomar la decisión (pág. 24-25 arch. 13 y 1-3 arch 14, C01)

Afiliación Obligatoria al Sistema de Seguridad Social.- El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, establece que serán afiliados al sistema en forma obligatoria, *“Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta Ley”*, y el 17 dispone la obligatoriedad de la cotización indicando que *“Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los Regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores”*, de manera que, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, no existe disposición que excluya la posibilidad de acceder al sistema a aquellas personas que cuenten con contrato de trabajo y, por tanto, su afiliación se predica obligatoria y válida.

Ahora, pese a que el artículo 128 de la Constitución Política determina que “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”, tal norma fue objeto de interpretación por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, estableciendo que la prohibición consagrada en dicho artículo recae sobre prestaciones provenientes del “tesoro público”, esto es, la Nación, las entidades territoriales y descentralizadas, cuando se pagan con cargo a tales recursos, como acontece con las pensiones de jubilación en cabeza de un ente de tal naturaleza, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal. Así, en la CSJ SL3226-2020 señaló:

El citado artículo 128 superior consagra una clara incompatibilidad, estrechamente relacionada con la remuneración de los servidores estatales: en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, así como la recepción de más de una asignación que provenga del erario, en esa medida son incompatibles en principio, el pago de dos pensiones a cargo del patrimonio público, salvo las excepciones consagradas en la misma ley.

De acuerdo con ello, el artículo 128 de la Constitución Política prevé la regla general de incompatibilidad entre dos prestaciones provenientes del tesoro público en cabeza de un solo beneficiario. Sin embargo, dicho precepto admite expresamente excepciones legales, como la contenida en el literal b) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, que dice:

Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

[...]

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

[...]

Disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-133 de 1994, donde señaló:

[...] Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc. [...].

Sobre el contenido de dicha norma también se pronunció la Sala Laboral, de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia CSJ SL654-2024, indicando:

De tal suerte que no todas las pensiones del personal miembro de la fuerza pública son compatibles con otras prestaciones pensionales con cargo al tesoro público. Solo lo son, por una excepción legal, las «asignaciones de retiro» y las «pensiones militares» o «policiales».

Definiendo más adelante dicha Sala, y luego de analizar el caso del personal civil o no uniformado que es considerado parte de la fuerza pública y que se beneficia de lo regulado en el Decreto Ley 1214 de 1990, que estos NO están comprendidos dentro de tal excepción del literal b) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, así:

Recapitulando, esta Sala concluye que el régimen pensional previsto en el Decreto 1214 de 1990 del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, si bien se exceptuó del régimen de la Ley 100 de 1993, según su artículo 279, solo lo fue respecto de quienes se habían vinculado antes de la referida ley y lo fue para salvaguardar los derechos adquiridos frente a un régimen pensional especial.

En tal contexto, es claro que el personal uniformado de la fuerza pública se beneficia de la compatibilidad respecto de otra prestación financiada con dineros del erario, conforme al art. 19 de la Ley 4 de 1992, dadas las características de sus labores y el régimen especial que los gobierna, pero no sucede lo mismo con el personal civil de ese sector.

La pensión de jubilación del personal civil de la Fuerza Pública, al no ser concedida en el marco del régimen especial y exceptuado del que gozan los primeros, dado que no desempeñan actividades militares o de policía, no gozan de la compatibilidad con otra prestación que provenga del tesoro público y, por ende, la excepción prevista en el literal b) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992 no los cobija.

Con fundamento en todo lo anterior, con sustento en los arts. 128 de la Constitución; el literal b del art. 19 de la Ley 4 de 1992; 98 del DL 1214 de 1990; 1 del D. 2743 de 2010 y 279 de la Ley 100 de 1993, la Sala define en la presente sentencia la incompatibilidad entre las pensiones de jubilación otorgadas al personal civil de la Fuerza Pública con fundamento en el D. 1214 de 1990 y cualquier otra prestación proveniente del tesoro público, con la aclaración de que el interesado puede elegir la prestación que le resulte más favorable.” Destacados fuera del texto original.

Atendiendo lo expuesto, y considerando que el actor recibe una asignación de retiro, se tiene que ésta no se encuentra enmarcada dentro de la incompatibilidad general prevista en el artículo 128 de la Constitución, como lo pregonó insistentemente la empresa demandada Atempí Ltda, en tanto, le es aplicable la excepción consagrada en el literal b) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992, el cual predica la compatibilidad frente al personal militar y de policía uniformado. Por lo tanto, la prestación recibida no le impedía que en ejercicio de una actividad laboral, se le efectuaran aportes pensionales, dado que el hecho generador de las contribuciones al sistema pensional es la relación de trabajo,

en otras palabras, el aporte es la consecuencia inmediata de la prestación del servicio (CSJ SL514-2020, CSJ SL579-2018). Por lo tanto, era obligación del empleador, en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, afiliar al demandante, para que éste pudiera disfrutar, incluso, de otra pensión de vejez por aportes privados, así como la de invalidez.

Cubrimiento de la contingencia de invalidez por falta de afiliación a la seguridad social.- El inciso segundo del artículo 8 del Decreto 1642 de 1995 mediante el cual se reglamentó la afiliación de los trabajadores al sistema general de pensiones compilado en el artículo 2.2.4.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, establece 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”*.

De acuerdo con dicha preceptiva, si el empleador, que es el llamado a proteger los riesgos propios de la seguridad social a través de las cotizaciones al sistema, no afilia a su trabajador, no puede exonerarse de su responsabilidad en el pago de la pensión, al no haber subrogado el riesgo.

En sentencia CSJ SL3619-2022, se citó la CSJ SL 30 abr. 2013, rad. 38587, en la que sobre el particular se señaló.

Ahora bien, contrario a lo que sostiene el censor, esta Sala de la Corte, de tiempo atrás ha sostenido que cuando el empleador no ha cumplido su obligación de afiliar al sistema, lo que apareja que no haya efectuado el pago de las cotizaciones en pensiones, y acontezca el riesgo que aquellas protegen, le corresponde asumir la pensión, pues no es posible que se pierda el derecho pensional por la incuria de quien estaba obligado a aportar a la seguridad social integral.

En efecto, si quien estando llamado a proteger los riesgos propios de la seguridad social, a través de las cotizaciones al sistema, ni siquiera afilia al empleado, no puede exonerarse de su responsabilidad en el pago de la pensión y eso es precisamente lo que concluyó el juzgador de segundo grado al resolver la controversia, esto es, que ante la inexistencia de la afiliación en pensiones, le correspondía asumir el riesgo, dado que no lo había subrogado, y por ello no advierte esta Sala el dislate jurídico al que se hace referencia.

Sobre el particular, también en las sentencias CSJ SL3133-2023, CSJ SL2400-2023, CSJ SL4698-2020, se insiste en que los empleadores del sector privado que no hubiesen afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones deben asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes por riesgo común que se causen durante el lapso de desprotección.

Ahora, resulta relevante aclarar, atendiendo lo decidido por el juez de instancia, que la orientación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la cual se plantea que, ante la omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social considerar dicho tiempo como efectivamente cotizado y que en consecuencia, es obligación del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social, que será la encargada de reconocer la prestación (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL2731-2015, CSJ SL14388-2015), aplica en el caso del riesgo de vejez, dado que estos derechos están en formación y requieren un período considerable para su consolidación. Supuesto disímil al de la pensión de sobrevivientes o invalidez, que presentan características y principios distintos relacionados con la solidaridad, financiación y aseguramiento, y no se basan en la acumulación de capital o aportes, por lo que el criterio mencionado no es aplicable en estos casos (CSJ SL4698-2020), sino el que se expuso, esto es, que es el empleador el que debe asumir por su cuenta la prestación cuando se presenta omisión en la afiliación y/o pago de aportes y se produce el riesgo de invalidez o sobrevivencia.

De lo anteriormente expuesto, se establece que, al no ser objeto de discusión que el señor Camilo Antonio Correa Mayo laboró al servicio de Atempí Ltda entre el 19 de septiembre de 2015 y el 18 de enero de 2019, y que la Junta Regional de Calificación de Invalidez le determinó una pérdida de capacidad laboral (PCL) del 60,95% estructurada el 4 de enero de 2018, es decir, durante la vigencia del vínculo laboral y ante la inexistencia de la afiliación en pensiones durante dicho lapso, corresponde a ese empleador asumir el riesgo de manera directa y conforme a los términos del estatuto de seguridad social, al no haberse subrogado, por tal, no es posible imputarle responsabilidad alguna a Porvenir SA frente a un trabajador que no fue afiliado, ya que imponerle tal compromiso sería desproporcionado, pues comporta el pago de una pensión frente a la que no tenía conocimiento ni responsabilidad, después de verificado el hecho que da lugar a ella, y sin poder prever, gestionar y administrar el riesgo de invalidez a través de la contratación de aseguradoras.

En consecuencia, se revocará parcialmente el numeral tercero de la sentencia de instancia y, de manera total, los numerales quinto, sexto y octavo,

para, en su lugar, absolver a Porvenir SA de todas y cada una de las obligaciones que le fueron impuestas, es decir, liquidar el cálculo actuarial y reconocer la pensión de invalidez.

Asimismo, se absolverá a Atempí Ltda del pago del cálculo actuarial y, en su lugar, se le condenará a reconocer y pagar la pensión de invalidez desde 4 de enero de 2018, en cuantía de un salario mínimo, cuyo retroactivo a 31 de agosto 2022, según liquidación efectuada por el juez de instancia, ascendía a la suma de \$51.466.845,00, supuestos estos que no fueron objeto de reparo.

Intereses moratorios e indexación.- El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece que “... *en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago*”, de donde concluye la Sala que son aplicables solo a las entidades administradoras del pago de la pensión, si superan el término establecido por la Ley para resolver las prestaciones, es decir, 4 meses para las pensiones de vejez e invalidez y 2 meses para la de sobrevivientes. Dado que la prestación ha sido reconocida a cargo de Atempí Ltda, entidad que no tiene la connotación de administradora de régimen pensional, para la Sala no resultan procedentes los réditos deprecados.

No obstante, si es dable ordenar el pago de la indexación frente al retroactivo pensional, en aras del restablecimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales, depreciado por el fenómeno inflacionario, lo que encuentra sustento en el artículo 53 de la Constitución Política y en criterios de justicia y equidad, pues no se puede admitir el pago liberatorio en relación con una suma cuyo valor se ha envilecido por el transcurso del tiempo, teniendo el deber el juez de trabajo, incluso, de manera oficiosa de disponer la actualización de las condenas.

Así las cosas, se condenará Atempí Ltda a cancelar debidamente indexadas a la fecha de su pago, las mesadas pensionales adeudadas, con la aplicación de la siguiente fórmula: $VA = VH \times (IPCF/IPCI)$, en la cual VA es igual al Valor actualizado, VH, es cada una de las mesadas pensionales, IPC Final, es, el índice de precios al consumidor correspondiente al mes en el que se efectuará

el pago, y el IPC Inicial, es el índice de precios al consumidor correspondiente al mes de causación de cada mesada (véase, entre otras, las sentencias CSJ SL2421 de 2021 y CSJ SL359-2021.), punto en el que se adiciona la sentencia al salir avante el recurso de apelación presentado por el actor.

Costas en esta instancia a cargo de Atempí Ltda a quien se desata adversamente el recurso. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a favor del demandante.

Sin costas a cargo de Porvenir S.A. y el actor al salir avante las impugnaciones presentadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral TERCERO de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Medellín, para en su lugar **ABSOLVER** a **PORVENIR SA** de la responsabilidad de administrar la pensión de invalidez del señor Camilo Antonio Correa Mayo y **ADICIONAR** en el sentido de indicar que el valor a reconocer por retroactivo pensional entre el 4 de enero de 2018 y el 31 de agosto de 2022 en cuantía de \$51.466.485,00 corre a cargo de ATEMPI LTDA.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales CUARTO, QUINTO, SEXTO y OCTAVO de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a ATEMPI LTDA y PORVENIR SA de las declaraciones y condenas allí proferidas, acorde con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia para **CONDENAR** a ATEMPI LTDA a indexar las mesadas retroactivas adeudadas y las que se sigan causando, atendiendo a la fórmula expuesta en la parte motiva.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de Atempí Ltda. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a favor del demandante. Sin costas a cargo de PORVENIR SA y el actor en esta instancia.

QUINTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada


DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/ConsultaExpediente/05001310500320180030701>

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala 017 Laboral

Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 1db7a9ea329296801da8894a20e921e5b47f250670394419ded1fd4cef71636b

Documento generado en 10/09/2024 08:25:35 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>