**PENSIÓN DE VEJEZ / MORA PATRONAL / FALTA DE AFILIACIÓN / EFECTOS**

La existencia en la mora patronal en el pago de aportes, se presenta cuando el empleador si bien cumple con la obligación de afiliar al trabajador al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, incumple el deber de realizar los respectivos aportes al sistema por el tiempo efectivamente laborado… En dichos casos la jurisprudencia ha esclarecido que le asiste el deber, a la administradora de pensiones a la cual esté afiliado el trabajador, de cobrar dichos aportes al empleador… Por su parte, la falta de afiliación se genera cuando el empleador omite el deber legal de afiliar al Sistema de Seguridad Social al trabajador, casos en los cuales, como la administradora de pensiones no tiene conocimiento de la existencia del vínculo laboral es imposible exigirle que cumpla con su deber de cobro de aportes al empleador… Frente a tal situación, la responsabilidad recae exclusivamente en el empleador que está obligado a asumir el pago de las cotizaciones correspondientes en los periodos en que no afilió al trabajador, a través del cálculo actuarial o título pensional…

**COSA JUZGADA / FINALIDAD / ELEMENTOS**

Para resolver el primer problema jurídico, se analizará el fenómeno de la cosa juzgada que tiene por finalidad evitar sucesivos pleitos entre las mismas personas, por igual causa y con idéntico objeto. En casos donde convergen tales elementos en un nuevo proceso, las partes pueden alegar la excepción de cosa juzgada o el juez puede declararla de oficio. Así pues, según el artículo 303 del CGP aplicable en virtud del artículo 145 del CPTSS, le corresponderá al juez determinar y declarar la cosa juzgada al advertir la existencia de: (i) identidad de partes, (ii) identidad de objeto e (iii) identidad de causa para pedir.

Proceso: Ordinario Laboral

Radicado: 66001310500320190017501

Demandante: Hernán Tapasco

Demandado: Colpensiones

Vinculado: Maximiliano Arrieta Bustillo y Bastión de los Alpes Ltda.

Asunto: Consulta Sentencia del 24 de agosto de 2023

Juzgado: Tercero Laboral del Circuito

Tema: Pensión de Vejez Acuerdo 049/90 – Mora de aportes

**TRIBUNAL SUPERIOR – SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**



Magistrado Ponente: **GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Pereira, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado por Acta No. 126 del 13 de agosto de 2024

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **HERNÁN TAPASCO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y como vinculados el **MAXIMILIANO ARRIETA BUSTILLO** y **BASTIÓN DE LOS ALPES LTDA.,** cuya radicación corresponde al **66001310500320190017501.**

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, adoptado como legislación permanente por la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la cual se traduce en la siguiente,

**SENTENCIA No. 120**

**ANTECEDENTES**

1.- **Pretensiones.**

**HERNÁN TAPASCO** pretende que se declare que es beneficiario del régimen de transición y tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez aplicando el Acuerdo 049 de 1990, en consecuencia, que se ordene a COLPENSIONES a reconocer la prestación a partir del 06 de marzo de 2013 en cuantía de un salario mínimo. Subsidiariamente, solicita que se declare que es beneficiario de la Ley 100 de 1993 original por tener 1000 semanas y 60 años de edad. En virtud de ello, que se condene a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez a partir del 03 de agosto de 2016, que es el día siguiente a la última cotización, en cuantía de un salario mínimo. Asimismo, que se reconozcan los intereses moratorios o la indexación de las mesadas adeudadas. Finalmente, requiere la aplicación de las facultades ultra y extra petita y condena en costas.

2.- **Hechos.**

En síntesis, relata el demandante que nació el 07 de noviembre de 1949, para el 01 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y que se afilió a COLPENSIONES desde el 17 de noviembre de 1975. Comenta que entre el 01-12-1979 y el 26-01-1980 cotizó al ISS con el empleador MAX ARRIETA BUSTILLO, pero dicho ciclo no fue pagado ni cobrado por el ISS. Que entre el 01-12-1994 y el 31-12-1994 cotizó con el empleador BASTIÓN DE LOS ALPES LTDA, no obstante dicho ciclo no fue pagado ni cobrado por el ISS. Como resultado entre el 17-11-1975 y el 30-11-1994 acredita un total de 517.21 semanas.

Indicó que estuvo realizando aportes en el régimen subsidiado entre el 01-07-1998 y el 20-06-2002 y del 01-12-2004 y el 01-12-2014; sin embargo, en la historia laboral se reporó un “saldo a favor del Estado y del Afiliado” para los ciclos 1998-10, 1998-11, 2005-01, 2005-06, 2007-03, 2007-11, 2008-09, 2008-10, 2010-09, 2010-12, debido a que COLPENSIONES sostiene que en esos mismos periodos se registra una relación laboral bajo el régimen contributivo. Respecto de los ciclos 2002-07 y 2003-04 no fueron cargados en la historia laboral y aparecen con la observación “No Afiliado al Régimen Subsidiado”.

Aclaró que pagó la totalidad de los periodos cotizados bajo el régimen subsidiado por el Estado, acreditando un total de 300 días equivalentes a 42.86 semanas, pero en la historia laboral solo se registran 101 días equivalentes a 14.43 semanas. Aseguró que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el 29 de julio de 2005 cuenta con 774.29 semanas y en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 60 años, tiene más de 500 semanas que exige el Acuerdo 049 de 1990. Adicionalmente, para el 26 de abril de 2011 tiene más de 1000 semanas.

En virtud de lo anterior, el 23 de octubre de 2018 presentó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la validez de los aportes en mora y la pensión de vejez; sin embargo, mediante Resolución SUB 1390 del 04 de enero de 2019 se negó la prestación por falta del cumplimiento de las semanas requeridas. Posteriormente, al resolver el recurso de apelación emitió la Resolución DPI 1336 del 03 de abril de 2019 confirmando la negativa.

3.- **Posición de las demandadas.**

**3.1 COLPENSIONES,** se opuso a las pretensiones e indicó que el actor sí es beneficiario del régimen de transición, pero no cuenta con las 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que tampoco acreditó la densidad para el 31 de julio de 2010, no tiene las 1000 semanas en cualquier tiempo y no cotizó las 1300 que exige la norma actual que regula las pensiones. En ese sentido, no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación que reclama. Como excepciones propuso: *falta de cumplimiento de requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido-intereses moratorios, prescripción, buena fe y declarables de oficio.* (Anexo09)

**3.2. MAX ARRIETA BUSTILLO** por medio de Curador Ad-Litem, contestó indicando que no le constan los hechos de la demanda debiéndose demostrar en el transcurso del trámite judicial. No propuso excepciones.(Anexo23)

**3.3. BASTIÓN LOS ALPES LTDA** por medio de Curador Ad-Litem contestó la demanda indicando que no le constan los hechos y que se atiene a las valoraciones probatorias del juez de primera instancia. Como excepciones propuso: *excepción genérica.*

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante decisión del 24 de agosto de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira dispuso:

*“****PRIMERO:*** *Declarar que el señor HERNÁN TAPASCO en su condición de afiliado al SSS dentro del RPMPD, no cumple con las exigencias establecidas en el Acto Legislativo 01 de 2005 para ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como se explicó precedentemente.*

***SEGUNDO:*** *Declarar que el señor HERNÁN TAPASCO tiene acreditados en el SSS como cotizaciones efectivas, un total de 1.132 semanas en el periodo comprendido entre el año 1975 y el año 2018 respectivamente.*

***TERCERO:*** *Negar como consecuencia de las anteriores declaraciones, las pretensiones principales en torno al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a través del régimen de transición como se indicó precedentemente.*

***CUARTO:*** *Negar las pretensiones subsidiarias, por cuanto no se cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 en cuanto a las semanas de cotización se refiere, para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, como se explicó anteriormente.*

***QUINTO:*** *Declarar probadas las excepciones de mérito que fueron planteadas por la entidad demandada COLPENSIONES y que fueron denominadas falta de cumplimiento de los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez y cobro de lo no debido como se explicó precedentemente.*

***SEXTO:*** *Declarar que los vinculados MAXIMILIANO ARRIETA BUSTILLO y BASTIÓN DE LOS ALPES LTDA. cumplieron con sus obligaciones frente al SSS en cuanto a los aportes respecto de su trabajador como se explicó precedentemente.*

***SÉPTIMO:*** *Condenar en costas procesales a la parte demandante a favor de la entidad demanda COLPENSIONES en cuantía equivalente al 100% de las causadas.”*

Previo a resolver el caso, la *a quo* manifestó que el proceso que adelantó el demandante también contra COLPENSIONES en el Juzgado Segundo Laboral de Pereira, se emitió la sentencia absolutoria el 13 de mayo de 2016 confirmada por el Tribunal de Pereira; sin embargo, no se configura la cosa juzgada porque en el presente el actor adelantó acciones para que se tengan en cuenta cotizaciones de empleadores morosos, además, realizó aportes posteriores a dicho fallo.

Para resolver el fondo del asunto, escuchó al demandante en el interrogatorio de parte y analizó las pruebas documentales que le permitieron concluir que no existen periodos en mora ni falta de afiliación por parte de los empleadores vinculado, pues no logró acreditarse la relación laboral más allá de los ciclos establecidos en la historia laboral expedida por la Administradora. En cuanto a los aportes efectuados en el régimen subsidiado de Colombia Mayor, consideró que dichos tiempos coinciden con los periodos en que el actor laboró como trabajador dependiente, pero el actor suspendió el pago de su obligación por más de 6 meses lo que generó el cese del subsidio. Posteriormente, la Administradora rehabilitó el beneficio con las cotizaciones del trabajador, pero finalizó cuando cumplió la edad máxima. Como consecuencia de lo anterior, la jueza negó la corrección de la historia laboral.

En el estudio de la pensión de vejez, advirtió que el actor es beneficiario del régimen de transición porque tenía más de 40 años al 01 de abril de 1994, empero, no cumple con las semanas requeridas para aplicar el Acuerdo 049 de 1990, pues no tiene 750 semanas al 31 de marzo de 1994 ni al 31 de julio de 2010. Tampoco cotizó las 1000 semanas que exige la Ley 100 de 1993 ni las 1.300 semanas que requiere la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100. En ese sentido, negó la totalida de las pretensiones de la demanda.

**EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

De conformidad a lo consagrado en el art. 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS) la Sala estudiará el fallo del a quo, en grado jurisdiccional de consulta, en favor de la parte demandante.

**ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

Como la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se atienden los alegatos que guarden relación directa con los temas debatidos. Para tal efecto, mediante fijación en lista, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, los cuales obran en el expediente digital. De la presentación de alegaciones en término, se remite a la constancia de la Secretaría de la Sala.

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

**CONSIDERACIONES**

Conforme al anterior panorama, la Sala resuelve el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, por lo que el **problema jurídico** se enmarca en: **1)** Establecer si se configura la cosa juzgada. **2)** Definir si el señor HERNÁN TAPASCO tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 06 de marzo de 2013, aplicando el Acuerdo 049 de 1990. En caso negativo, **3)** determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 03 de agosto de 2016, aplicando lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 en su versión original. En caso positivo, **4)** establecer el monto del retroactivo e intereses moratorios. **5)** Costas.

Para resolver el problema jurídico planteado, resulta oportuno traer a colación los fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables.

**Mora Patronal y la Falta de Afiliación**

La existencia en la mora patronal en el pago de aportes, se presenta cuando el empleador si bien cumple con la obligación de afiliar al trabajador al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, incumple el deber de realizar los respectivos aportes al sistema por el tiempo efectivamente laborado; en otras palabras, se configura una deuda en cabeza del empleador ante el incumplimiento en el pago de aportes a pesar de la existencia de una relación de trabajo. En dichos casos la jurisprudencia ha esclarecido que le asiste el deber, a la administradora de pensiones a la cual esté afiliado el trabajador, de cobrar dichos aportes al empleador, adelantando todas las gestiones buscando obtener los montos correspondientes en los periodos cotizados y no pagados. Como se observa, es deber de la administradora de cobrar y del empleador de pagar, sin que exista obligación en el trabajador de ejercer alguna acción distinta a la de prestar un servicio o actividad que sea remunerada, por ende, cuando se trata de mora en el pago de aportes la carga la deben soportar las partes que incumplen con su deber y el trabajador o sus beneficiarios se exoneran de sufrir las consecuencias que de ello resulta, sin que se le impida acceder a la pensión reclamada que la administradora tiene la obligación de reconocer y pagar.

Precisamente, en estas circunstancias resulta fundamental que el trabajador acredite la efectiva prestación del servicio del vínculo laboral durante los periodos que se pretendan validar como efectivamente trabajados, afiliados al sistema y no pagados por el empleador.

Por su parte, la falta de afiliación se genera cuando el empleador omite el deber legal de afiliar al Sistema de Seguridad Social al trabajador, casos en los cuales, como la administradora de pensiones no tiene conocimiento de la existencia del vínculo laboral es imposible exigirle que cumpla con su deber de cobro de aportes al empleador de los tiempos laborados por el trabajador, dado que, existe una ausencia de comunicación de ingreso al sistema. Frente a tal situación, la responsabilidad recae exclusivamente en el empleador que está obligado a asumir el pago de las cotizaciones correspondientes en los periodos en que no afilió al trabajador, a través del cálculo actuarial o título pensional, según sea el caso concreto.

Sobre estos aspectos, la Corte Suprema de Justicia explicó en la SL3707-2017, reiterada entre otras, en las recientes SL116-2022 y SL2723-2022, lo siguiente:

*“Se advierte frente al tema planteado que la Sala ha adoctrinado que* ***para contabilizar períodos registrados en mora en la historia laboral, en caso de duda frente a la duración de la relación de trabajo, es necesario acreditar la existencia del vínculo laboral durante el interregno que se pretende convalidar****, dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones las cotizaciones se causan o se generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (CSJ SL1691-2019, CSJ SL2000-2021). Precisamente, en dicha decisión se indicó:*

*Por otra parte, también el juez plural determinó que* ***para contabilizar las semanas reportadas con mora del empleador, era necesario acreditar que en ese lapso existió un vínculo laboral****,* ***o en otros términos, que aquel estaba obligado a efectuar dichas cotizaciones porque el trabajador prestó servicios en esos periodos.***

*Tal razonamiento tampoco es equivocado y, por el contrario, está acorde con lo adoctrinado por esta Corporación en su jurisprudencia (CSJ SL 34270, 22 jul. 2008, CSJ SL763-2014, CSJ SL14092-2016, CSJ SL3707-2017, CSJ SL5166-2017, CSJ SL9034-2017, CSJ SL21800-2017, CSJ SL115-2018 y CSJ SL1624-2018). Precisamente en la providencia CSJ SL3707-2017, la Sala señaló:*

*“Ahora bien, en cuanto a las alegaciones del censor referentes a la responsabilidad en caso de mora en el pago de aportes a la seguridad social, cumple recordar que la Corte en sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, varió su jurisprudencia y estableció que cuando se presente dicha situación, y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios.*

*Precisó la Corte para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro”.*

*Conforme lo anterior, en el caso de un trabajador dependiente afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, las cotizaciones legalmente se causan o generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas (CSJ SL 34256, 10 feb. 2009, CSJ SL9808-2015 y CSJ SL13276-2015), criterio que se acompasa con lo previsto en el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 17 y 22 de la misma disposición.”* (Negrilla fuera de texto)

Asimismo, en la SL1078-2021 rememoró la distinción entre la falta de afiliación y la mora patronal, aduciendo que:

*“Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema.* ***En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado****, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes,* ***mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido****, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).*

*En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación […].”* (Negrilla fuera de texto)

**Caso Concreto**

Sea lo primero indicar que como aspectos por fuera de debate se encuentran los siguientes: **i)** el señor HERNÁN TAPASCO nació el 07 de noviembre de 1949 (fl.3, anexo3) y **ii)** que en la Resolución GNR 256923 del 11 de octubre de 2013 COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de vejez, decisión que se confirmó con las resoluciones GNR 174689 del 19 de mayo de 2014, VPB14788 del 03 de septiembre de 2014, SUB del 04 de enero de 2019 y la DPE 1336 del 03 de abril de 2019 (fl.31, anexo03).

1. **Análsis de la Cosa Juzgada**

Para resolver el primer problema jurídico, se analizará el fenómeno de la cosa juzgada que tiene por finalidad evitar sucesivos pleitos entre las mismas personas, por igual causa y con idéntico objeto. En casos donde convergen tales elementos en un nuevo proceso, las partes pueden alegar la excepción de cosa juzgada o el juez puede declararla de oficio. Así pues, según el artículo 303 del CGP aplicable en virtud del artículo 145 del CPTSS, le corresponderá al juez determinar y declarar la cosa juzgada al advertir la existencia de: **(i)** identidad de partes, **(ii)** identidad de objeto e **(iii)** identidad de causa para pedir.

Pues bien, en el presente caso el señor Hernán Tapasco interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES el **31 de julio de 2015**, que se adelantó en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito bajo el número de radicado No. 660013105002201500419-00. En dicho proceso la fijación del litigio se centró en determinar si el demandante tenía el número de semanas válidas para la pensión de vejez y si cumplía con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a dicha prestación. Conforme a las pruebas, la *a quo* emitió la sentencia el 13 de mayo de 2016 absolviendo a COLPENSIONES de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora. (fl.86, anexo09)

Una vez se remite el proceso en segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira estudió el recurso de apelación y mediante sentencia del 24 de enero de 2017, confirmó la decisión del juez de primera instancia y condenó en costas a la parte demandante. (fl.97, anexo09)

Analizadas los tres elementos que configuran la cosa juzgada, se encuentra que en este caso no existe identidad de partes porque a diferencia del proceso adelantado en el año 2015, en el presente del 2019 actúa como partes los empleadores MAXIMILIANO ARRIETA BUSTILLO y BASTIÓN DE LOS ALPES LTDA. a efectos de resolver la presunta mora en el pago de aportes al Sistema General de Pensiones, tema que no había sido discutido en el proceso anterior.

Tampoco se evidencia la identidad de objeto ni causa, ya que en el proceso actual el demandante solicita que se analice la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990 y subsidiariamente aplicando la Ley 100 de 1993 en su versión original. Además, el actor efectuó nuevas cotizaciones posteriores a la decisión de primera instancia y se presentaron hechos sobrevinientes que no fueron discutidos en el caso del 2015, específicamente en lo relacionado con la mora en los aportes y las semanas cotizadas en el régimen subsidiado de Colombia Mayor.

Así pues, las anteriores divergencias entre el proceso adelantado en el 2015 y el presente del 2019, resultan suficientes para concluir que no se configuró el fenómeno de cosa juzgada, lo cual habilita para que se estudie y resuelva el fondo del presente asunto.

1. **Semanas válidamente cotizadas**

Previo a determinar el derecho pensional en favor del demandante, resulta necesario resolver la discusión respecto de los periodos que COLPENSIONES no tuvo en cuenta para decidir la pensión de vejez reclamada.

En el escrito de demanda el actor señala que existe discusión respecto de los siguientes peridos.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Desde** | **Hasta** | **Razones de Discusión según el demandante** |
| 01-12-1979 | 26-01-1980 | Mora de empleador MAXIMILIANO ARRIETA BUSTILLO |
| 01-12-1994 | 12-12-1994 | Mora de empleador BASTIÓN DE LOS ALPES LTDA. |
| 01-07-1998 | 20-06-2002 | Aportes con COLOMBIA MAYOR |
| 01-10-1998 | 30-11-1998 | Ciclos con saldo a favor del Estado por supuesta relación laboral. |
| 01-12-2004 | 01-12-2014 | Aportes con COLOMBIA MAYOR |
| 01-07-2002 | 31-07-2002 | Ciclos no cargados en la HL |
| 01-04-2003 | 30-04-2003 | Ciclos no cargados en la HL |
| 01-01-2005 | 31-01-2005 | Ciclos con saldo a favor del Estado por supuesta relación laboral. |
| 01-06-2005 | 30-06-2005 | Ciclos con saldo a favor del Estado por supuesta relación laboral. |
| 01-03-2007 | 31-03-2007 | Ciclos con saldo a favor del Estado por supuesta relación laboral. |
| 01-11-2007 | 30-11-2007 | Ciclos con saldo a favor del Estado por supuesta relación laboral. |
| 01-09-2008 | 30-09-2008 | Ciclos con saldo a favor del Estado por supuesta relación laboral. |
| 01-10-2008 | 31-10-2008 | Ciclos con saldo a favor del Estado por supuesta relación laboral. |
| 01-09-2010 | 30-09-2010 | Ciclos con saldo a favor del Estado por supuesta relación laboral. |
| 01-12-2010 | 31-12-2010 | Ciclos con saldo a favor del Estado por supuesta relación laboral. |

Revisado el material probatorio allegado por las partes esta Sala de Decisión encontró demostrado lo siguiente:

* 1. **Aportes del empleador MAXIMILIANO ARRIETA BUSTILLO.**

Lo relacionado con la discusión de los aportes entre el **01-12-1979 a 26-01-1980** se encuentra en la historia laboral más reciente emitida por COLPENSIONES del 29 de marzo de 2019 (fl.257, anexo9, C01Principal) que dichos tiempos se reportan como un “*Periodo en mora por parte del empleador”*. Igualmente figura en la Relación de Novedades Registradas que la fecha de ingreso fue el **11-11-1979** y el retiro el **26-01-1980** (fl.574, anexo9, C01Principal). Según dichos documentos, no queda duda que se generó una **mora patronal**, pues quedó acreditada la relación laboral y la afiliación al sistema general de pensiones del trabajador hasta el 26-01-1980 que es la fecha de retiro; por ende, ante la falta de pago del empleador por los aportes entre el **01-12-1979** y el **26-01-1980** le correspondía a COLPENSIONES adelantar las gestiones necesarias para obtener las sumas de dinero adeudadas sin afectar al trabajador, pero no lo hizo.

* 1. **Aportes del empleador BASTIÓN DE LOS ALPES LTDA.**

Respecto a las semanas entre el **01-12-1994 a 12-12-1994** se reportó en la historia laboral la observación “*Periodo en mora por parte del empleador”* respecto del ciclo de diciembre de 1994. Asímismo, la Relación de Novedades Registradas establece como fecha de ingreso el 15-03-1994 y “*cambio*” para el 31-12-1994. Las anteriores circunstancias permiten concluir que el empleador sí afilió al demandante al sistema, pero se constituyó en mora por falta de cancelación de los aportes en dicho interregno. De ahí que, era deber de la Administradora cobrar los tiempos adeudados, sin que exista obligación en el trabajador de ejercer alguna acción distinta a la de prestar un servicio o actividad que sea remunerada.

Aquí resulta importante recordar que, según la jurisprudencia, cuando existe mora le corresponde al trabajador demostrar la relación laboral solo en aquellos casos en que exista duda frente a la duración del vínculo, lo que no sucede en este caso, pues como se explicó anteriormente, las conclusiones sobre la prestación efectiva del servicio y su durabilidad se infieren directamente de las historias laborales y el reporte de semanas cotizadas expedidas por la administradora demandada, documentales que reposan en el expediente allegado por COLPENSIONES.

Así las cosas, le asiste razón a la parte demandante cuando insiste en que, ante la existencia de una mora patronal y la falta de cobro de COLPENSIONES la carga la deben soportar las partes que incumplen con sus deberes, exonerando al trabajador de sufrir las consecuencias que de ello resulta, permitiéndole validar las semanas en mora para conformar el derecho a la pensión reclamada.

Como consecuencia del análisis anterior, se tendrán como válidamente cotizadas las semanas entre el **01-12-1979** y el **26-01-1980** laboradas con el empleador MAXIMILIANO ARRIETA BUSTILLO y del **01-12-1994 a 12-12-1994** laboradas con el empleador BASTIÓN DE LOS ALPES LTDA.

* 1. **Subsidio de Colombia Mayor**

Por otra parte, sostiene el demandante que realizó aportes con el beneficio del subsidio de Colombia Mayor, pero COLPENSIONES no tuvo en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas para consolidar el derecho a la pensión de vejez.

Pues bien, revisado el material probatorio, en el certificado del 11 de abril de 2018 expedido por el Fondo de Solidaridad Pensional Consorcio Prosperar Colombia Mayor 2013, se indicó que el señor HERNÁN TAPASCO estuvo afiliado a dicho fondo como trabajador independiente urbano desde **el 01-07-1998 hasta el 20-06-2002**, pero fue suspendido por “*No pago de aportes Cumplidamente”,* según el informe del Seguro Social. Luego le reactivaron el beneficio del **01-12-2004** hasta el **01-12-2014**,fecha última en que fue retirado por motivo de la edad (fl.121, anexo9, C01Principal).

En la Resolución No. 99 del 30 de julio de 2010, el Seguro Social resolvió un recurso de apelación señalando que se contabilizaron ciertos tiempos cotizados a través del Consorcio Prosperar, percatándose de que muchos periodos se cotizaron simultáneamente como trabajador dependiente, trabajador independiente y a través del Consorcio, sin que haya lugar a una doble contabilización de semanas. (fl.202, anexo9, C01Principal).

Finalmente, en el oficio del 11 de octubre de 2017 (fl.276, anexo9, C01Principal), en respuesta a una solicitud del demandante, COLPENSIONES informó lo siguiente:

*“Verificadas las bases de datos de Colpensiones,* ***los ciclos 200106 a 200206, 200501 a 200505, 200507 a 200511, 200601, 200603 a 200701, 200707 a 200710, 200712, 200801, 200803, 200811, 200812, 200902 a 200905, 200907 a 201001, 201003, 201006 a 201008, 201102 a 201106, 201108 a 201111*** *cotizados como subsidiado se encuentran acreditados correctamente en su historia laboral.*

*Además, no se observa registro de pagos a su nombre como afiliado al régimen subsidiado para* ***los ciclos 200103 a 200105, 200305 a 200412, 200512, 200602, 200702, 200802, 200804 a 200806, 200808, 200901, 200906, 201002, 201004, 201005, 201101, 201107, 201112*** *Por tal razón si posee copia legible de los documentos probatorios con que se realizaron los pagos, le sugerimos enviarlos como soporte y radicarlos en una solicitud de corrección de Historia Laboral en uno de nuestros Puntos de Atención al Ciudadano.\nEn atención a solicitud de la referencia, nos permitimos informar una vez validado el pago por parte de nuestra área de aportes y recaudo, y pese a los soportes documentales que nos allega, no es posible cargar el* ***ciclo 200804*** *como independiente, por cuanto dichos registros no se evidencian en nuestras bases de datos ni en los soportes documentales internos, siendo necesario entonces que nos allegue certificación de la entidad bancaria en la cual se efectuó el respectivo pago, con cuyo soporte podremos evaluar nuevamente el caso y determinar la procedencia del cargue de tiempos requerido.\nVerificando la base de datos de Colpensiones y el Consorcio Colombia Mayor, se observa que el estado de su afiliación no es activa para los períodos de cotización 200207 a 200304. Con el fin de solucionar este inconveniente, usted deberá acercarse directamente al Consorcio Colombia Mayor y actualizar el estado de su afiliación.\nLos* ***ciclos 200506, 200703 a 200706, 200711, 200807, 200809, 200810, 201009 a 201012*** *que fueron cotizados como afiliado al Régimen Subsidiado, no se contabilizan en el total de semanas cotizadas de su historia laboral, toda vez que para los mismos registra pagos a su favor efectuados como aportante contributivo con PC PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES 2004, ANGEL OSWALDO ZAPATA, TRUJILLO RAUL DE JESUS, CONSTRUCCIONES Y APLICACIONES TECNI, CARVAJAL CONSTRUIMOS LTDA. Los ciclos en referencia podrán ser reclamados por usted bajo el procedimiento de Devolución de Aportes el cual lo podrá solicitar en cualquier Punto de Atención al Ciudadano.”* (Negrilla fuera de texto)

Esta Sala acudió a la historia laboral de COLPENSIONES (fl.257, anexo9, C01Principal) donde evidenció que en los aportes efectuados por el demandante a través de Colombia Mayo varios ciclos se reportaron con observaciones así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Ciclo o periódo** | **Anotación en la Historia Laboral** | **Análisis de la Sala** | **Conclusión** |
| 1998-101998-112005-012005-022005-062007-032007-042007-052007-062007-112008-072008-092008-102010-092010-102010-12 | *Saldo a favor del Estado y del Afiliado.* | Se reportaron cotizaciones simultáneas con empleador. | **No** se pueden tener en cuenta como aporte en el Régimen subsidiado. Únicamente se cuenta los aportes como trabajador dependiente. |
| 1999-031995-051999-061999-071999-081999-101999-112000-042000-052000-062000-072000-082000-092000-102000-112000-122001-012001-022004-122005-122006-022007-022008-022009-012009-062011-07 | *Valor del subsidio devuelto al Estado por Decreto 3771.* | Colpensiones no explicó la razón de la omisión. | **Sí** se cuentan como aportes en el subsidiado. |
| 2002-072002-082002-092002-102002-112002-122003-012003-022003-032003-04 | *No afiliado al Régimen Subsidiado.* | Coincide con la certificación del Fondo sobre suspensión del subsidio. | **No** se pueden tener en cuenta como aporte en el Régimen subsidiado por la suspensión del beneficio. |
| 2014-122015-01 | *Registra pagos con edad superior a 65 años* | Literal b), art.24 del Decreto 3771 de 2007, se pierde el beneficio a los 65 años. | **No** se pueden tener en cuenta como aporte en el Régimen subsidiado porque cumplió 65 el 07-11-2014 y sobrepasa la edad límite. |

Respecto de este tipo de anotaciones (tales como “*saldo a favor del Estado y del Afiliado”*, “*Valor del subsidio devuelto al Estado por Decreto 3771”* y “*No afiliado al Régimen Subsidiado”*) presentes en la historia laboral de afiliados al régimen subsidiado, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado el criterio según el cual para no contabilizar las semanas que figuran con esas observaciones se debe tener certeza de las razones que sirvieron de base para la suspensión o pérdida del beneficio subsidiario, pues las causales que conllevan a la pérdida o suspensión del subsidio Colombia Mayor no operan en forma automática y de pleno derecho, sino que deben ajustarse a alguna de las circunstancias dispuestas en el artículo 24 y 27 del Decreto 3771 de 2007. En ese sentido, le correspondería a COLPENSIONES demostrar no solo que el afiliado incursó en alguna de las sanciones legales que generaron la pérdida o suspensión del subsidio, sino también probar que notificó la decisión a las partes interesadas, en los términos dispuestos por la norma.

Esta posición ha sido explicada por la Corte en sentencias como la SL1556/2022, donde dijo:

*“[…] en cuanto a los períodos en los que figura la observación “Valor del subsidio devuelto al Estado por Decreto 3771” y “no afiliado al régimen subsidiado”, considera la Corte que la acusación de la recurrente no es suficiente para derruir la providencia definitiva de instancia. Ello es así, en la medida en que no resulta suficiente con que en la historia laboral aparezcan esas leyendas para descartar automáticamente la validez de tales tiempos para efectos pensionales, sino que era necesario tener la certeza de por qué se devolvió el subsidio, y por qué la accionante perdió la condición de afiliada, información que no emerge de las pruebas singularizadas por la censura.*

*Lo anterior, porque el artículo 27 del Decreto 3771 de 2007 prevé tres causales de devolución del subsidio, así:*

*“Artículo 27. Devolución del subsidio. La entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional deberá controlar y hacer exigible la devolución de los subsidios, a las entidades administradoras de pensiones, cuando se presente alguno de los siguientes eventos:*

*1. Cuando el afiliado que haya recibido subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional, exceda de los sesenta y cinco (65) años de edad y no cumpla con los requisitos mínimos para acceder a una pensión de vejez, excepto en los casos en que continúe cotizando hasta obtener la misma.*

*2. Cuando se reconozcan indemnizaciones sustitutivas de la pensión de vejez o la devolución de aportes.*

***3. Cuando el afiliado pierda su condición de beneficiario por la causal de pérdida del derecho al subsidio definida en el literal e) del artículo 24 del presente decreto.***

*Desde luego, si lo que aduce la recurrente es que no podían tenerse en cuenta los tiempos en los que se registró la devolución del aporte, entonces debía acreditar en el proceso cuál de estas causales se produjo, pero no lo hizo.*

*Esto es importante relievarlo, porque, por ejemplo, la causal tercera consiste en que el afiliado haya perdido su condición de beneficiario en los términos del literal e) del precepto 24 ibidem, pero esta preceptiva contiene tres eventos que pueden dar lugar a la pérdida de este derecho, (el beneficiario ha suministrado datos falsos para obtener el subsidio; que se encuentra afiliado a un fondo de pensiones voluntarias, o que posee capacidad económica para pagar la totalidad del aporte), sin que se sepa en el sub judice cuál fue el que se verificó. Por lo tanto, es lógico comprender que la pérdida del derecho al subsidio no procede de manera automática y de pleno derecho. Así lo dijo la Corte en la sentencia CSJ SL13542-2014:*

*….*

*En concreto, en lo que a la subcuenta de solidaridad concierne, el objeto del Fondo de Solidaridad Pensional es subsidiar las cotizaciones al sistema de pensiones de trabajadores subordinados o independientes de los sectores rural y urbano de los grupos de población más desprotegidos, que por su especial situación de insuficiencia de recursos no pueden realizar íntegramente el aporte.*

*Es uno de los desarrollos del principio de solidaridad, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y se encuentra regulado por el Decreto 3771 de 2007, en cuyo precepto 13 consagra los requisitos para hacerse merecedor de los beneficios de la subcuenta de solidaridad, a saber: (i) Ser mayor de 35 años y menor de 55 si se encuentran afiliados al ISS; o menores de 58 años si se hallan en los fondos de pensiones, siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima y contar con doscientas cincuenta (250) semanas, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del régimen al que pertenezcan. (ii) Ser mayores de 55 años si se encuentran afiliados al ISS o de 58 si lo están a los fondos de pensiones, siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima y contar con quinientas (500) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del régimen al que pertenezcan y (iii) Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

*El artículo 23 del mismo Decreto, consagra la posibilidad de suspender la condición de beneficiario cuando, durante un tiempo, adquiera capacidad para sufragar el aporte completo o «cuando suspenda voluntariamente la afiliación por no contar con recursos para realizar el aporte», pero podrá reactivar su calidad, avisando a la entidad que administra los recursos del Fondo.*

*Según el artículo 24 ibidem, se pierde el derecho al subsidio, cuando se adquiere capacidad para pagar íntegro el aporte, cuando cese la obligación de cotizar, se cumpla el plazo máximo para devengar el subsidio, o se deje de cancelar durante 6 meses el aporte correspondiente, caso en el que «la administradora de pensiones correspondiente, tendrá hasta el último día hábil del sexto mes para comunicar a la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional sobre tal situación, con el fin de que esta proceda a suspender su afiliación al programa. En todo caso, la administradora del Fondo de Solidaridad Pensional deberá verificar que no se haya cobrado el subsidio durante este período».*

*Significa lo anterior que ni la suspensión, ni la pérdida del derecho al subsidio operan en forma automática y de pleno derecho, sino que es indispensable que el Instituto informe a PROSPERAR sobre la supuesta falta de pago del demandante de la parte del aporte que le correspondía cancelar.*

*Para la Sala es claro, especialmente en situaciones que involucran la afectación de un derecho de una connotación esencial como el de acceder a la pensión de una persona de la tercera edad, la necesidad de brindar la posibilidad de ponerse al día en el pago de la fracción de la cotización a su cargo, lo cual impone que la eventual falta de pago sea puesta en conocimiento del interesado para que adopte la conducta que estime pertinente en perspectiva de no comprometer su condición de beneficiario del esquema solidario y no poner en riesgo el acceso a la pensión de vejez. En todo caso, para que ejerza su derecho de contradicción y defensa, que en esta ocasión fue menoscabado por la enjuiciada, en la medida en que no adelantó alguna diligencia para notificar al demandante de la supuesta irregularidad en el pago de sus aportes; es decir, le aplicó una sanción sin enterarlo sobre las razones que la inspiraron.*

*Se revela, entonces, palmaria la indebida aplicación del artículo 24 del Decreto 3771 de 2007, en tanto le hizo producir efectos sin detenerse a verificar si se había cumplido el trámite que supone la adopción de una medida sancionatoria de tal significancia que podía llevar a la pensión de una persona de la tercera edad, en manifiesta situación de precariedad económica.*

*[…] Asimismo, en cuanto a los períodos en los que figura la anotación de devolución del subsidio, era la impugnante quien tenía el deber de verificar si se había cumplido el trámite que supone la adopción de una medida sancionatoria de tal significancia, y acreditarlo en el juicio, pero lo cierto es que así no procedió”.*

Aplicando la anterior línea jurisprudencial al caso concreto, esta Corporación concluye que los ciclos donde se reportó con *“****Saldo a favor del Estado y del Afiliado****”* no se contabilizarán como aportes en el régimen subsidiado porque cuentan con aportes simultáneos de otros empleadores y la doble cotización no se puede tener en cuenta para incrementar el número de semanas. Situación que se notificó al demandante en el oficio del 11 de octubre de 2017 por parte de COLPENSIONES (fl.276, anexo9, C01Principal). Ello cobra mayor certeza debido a que en el reporte del Fondo de Solidaridad (fl.121, anexo09) se certificó que el señor HERNÁN TAPASCO estaba afiliado como *“TRABAJADOR INDEPENDIENTE URBANO”*; por ende, al ostentar la condición de independiente no es razonable que pretenda hacer valer aportes como trabajador dependiente beneficiario del subsidio, pues contraría la finalidad del programa de asistencia para adultos mayores sin recursos.

Tampoco se pueden tener en cuenta los periodos en que se anotó en la historia laboral como “***No afiliado al Régimen Subsidiado****”*, dado que, según lo comunicado por el propio Fondo de Solidaridad Pensional, el demandante fue retirado temporalmente desde el 21-06-2002, por el no pago del porcentaje de los aportes que tenía a su cargo, pero posteriormente se reactivó el subsidio el 01-12-2004. En ese sentido, los aportes que figuran entre el 2002-07 al 2003-04 no son válidos para la conformación de la pensión de vejez, por falta de afiliación del programa de subsidios.

Finalmente, sobre los ciclos donde se anotó “***Valor del subsidio devuelto al Estado por Decreto 3771***” sí deberán contabilizarse para construir el derecho pensional, ya que COLPENSIONES no especificó las razones por las cuales efectuó la devolución del subsidio y de la simple anotación en la historia laboral no se puede concluir que el afiliado se vio incurso en cualquiera de las causales de suspensión del beneficio o que fue el afiliado quien incumplió con el pago del porcentaje de la cotización para generar el reintegro. Pues de estar inmerso dentro de alguna de aquellas circunstancias, la administradora debía dejar consignada dicha situación y notificarla a las partes, pero no demostró haberlo hecho; por lo tanto, se tendrán como válidos dichos aportes.

Así las cosas, se colige que COLPENSIONES debía definir el derecho a la pensión de vejez del señor HERNÁN TAPASCO teniendo como válidamente cotizadas las semanas entre el 01-12-1979 a 26-01-1980 y del 01-12-1994 a 12-12-1994. Asímismo, contabilizar los aportes realizados a través del Fondo de Solidaridad en los ciclos 1999-03, 1995-05, 1999-06, 1999-07, 1999-08, 1999-10, 1999-11, 2000-04, 2000-05, 2000-06, 2000-07, 2000-08, 2000-09, 2000-10, 2000-11, 2000-12, 2001-01, 2001-02, 2004-12, 2005-12, 2006-02, 2007-02, 2008-02, 2009-01, 2009-06 y 2011-07.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala pasa a analizar el derecho pensional sumando las semanas cotizadas en los interregnos antes descritos y las demás que no se discutieron y reposan en la historia laboral de COLPENSIONES.

1. **Analisis de la pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990**

A fin de establecer la densidad de semanas del demandante, resulta imperioso advertir que esta Corporación se acoge a la nueva tesis de la Sala de Casación Laboral definida en la sentencia **SL138-2024**, según la cual, **las semanas se deben contabilizar en días calendario**. En esa providencia precisó:

*“De esa forma, la cotización se calcula en relación con el salario mensual o el ingreso percibido en el mismo período, sin perjuicio de que el período mensual de trabajo que cubre la cotización se contabilice en 28, 30 o 31 días, según corresponda, para ser transformados en semanas cotizadas mediante la división por siete, es decir, para efectos de establecer el número de semanas cotizadas el año debe tomarse según el calendario, esto es, 365 o 366 días, según corresponda”. (Negrilla fuera de texto)*

Una vez aclarado lo anterior, se tiene que el señor HERNÁN TAPASCO es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que, para la entrada en vigencia de dicha norma, esto es, el 01 de abril de 1994, contaba con 44 años –*nació el 07-11-1949*-, lo que permite analizar la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, siempre y cuando, cumpla todas las condiciones normativas **antes del 31 de julio de 2010.** Dichos requisitos son tener *(60) o más años de edad si se es varón* y un *mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.*

Pues bien, el actor cumplió los 60 años el 07 de noviembre de 2009. Para determinar si tenía las 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores a los 60 antes del 31 de julio de 2010, esta Sala contabilizó del **07-11-2009 al 07-11-1989**, de lo que se obtuvo **590,86 semanas válidamente cotizadas**, como se evidencia en el siguiente cuadro.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Fecha inicio** | **Fecha Final** | **Días** | **Semanas** |
| 26-dic-89 | 28-feb-91 | 430 | 61,43 |
| 26-jun-91 | 31-oct-91 | 128 | 18,29 |
| 22-jul-92 | 22-oct-92 | 93 | 13,29 |
| 21-feb-94 | 22-mar-94 | 30 | 4,29 |
| 15-mar-94 | 30-nov-94 | 261 | 37,29 |
| 1-dic-94 | 12-dic-94 | 12 | 1,71 |
| 1-feb-95 | 15-ago-95 | 196 | 28,00 |
| 1-sep-95 | 30-nov-95 | 91 | 13,00 |
| 1-may-97 | 2-may-97 | 2 | 0,29 |
| 1-jun-97 | 8-jun-97 | 8 | 1,14 |
| 1-jul-98 | 30-sep-98 | 92 | 13,14 |
| 1-oct-98 | 4-oct-98 | 4 | 0,57 |
| 1-nov-98 | 8-nov-98 | 8 | 1,14 |
| 1-dic-98 | 28-feb-99 | 90 | 12,86 |
| 1-mar-99 | 1-abr-99 | 32 | 4,57 |
| 1-may-99 | 30-ago-99 | 122 | 17,43 |
| 1-sep-99 | 1-sep-99 | 1 | 0,14 |
| 1-oct-99 | 28-feb-01 | 517 | 73,86 |
| 1-mar-01 | 11-mar-01 | 11 | 1,57 |
| 1-abr-01 | 4-may-01 | 34 | 4,86 |
| 1-jun-01 | 30-jun-02 | 395 | 56,43 |
| 1-dic-04 | 31-dic-04 | 31 | 4,43 |
| 1-ene-05 | 17-ene-05 | 17 | 2,43 |
| 1-feb-05 | 28-feb-05 | 28 | 4,00 |
| 1-mar-05 | 1-jun-05 | 93 | 13,29 |
| 1-jul-05 | 28-feb-07 | 608 | 86,86 |
| 1-mar-07 | 24-mar-07 | 24 | 3,43 |
| 1-abr-07 | 10-jun-07 | 71 | 10,14 |
| 1-jul-07 | 1-nov-07 | 124 | 17,71 |
| 1-dic-07 | 31-mar-08 | 122 | 17,43 |
| 1-jun-08 | 3-jun-08 | 3 | 0,43 |
| 1-jul-08 | 13-sep-08 | 75 | 10,71 |
| 1-oct-08 | 11-oct-08 | 11 | 1,57 |
| 1-nov-08 | 7-nov-09 | 372 | 53,14 |
|  | **Días IBL** |  4.136  | **590,86** |

Así las cosas, el señor HERNÁN TAPASCO cumplió con las exigencias de edad (60 años) y semanas (500) antes del **31 de julio de 2010**; por lo tanto, contrario a lo estimado por la *a quo,* tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, conforme a lo estipulado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. En ese sentido, se revocará la totalidad de la sentencia que negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se accederán a ellas.

1. **Fecha de causación y disfrute de la Pensión de vejez.**

Aquí resulta necesario hacer la **distinción entre la causación y el disfrute** de la pensión, pues la primera surge el derecho a solicitar el reconocimiento al reunir las exigencias en cuanto a semanas y edad; y el disfrute, como regla general, se da a partir de la desafiliación al sistema, como momento en el cual el aspirante a la pensión dispone de su voluntad en que le sea reconocida y pagada la prestación. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica en señalar que, para el disfrute de la pensión, si bien es necesaria la desafiliación formal del sistema general de pensiones, el retiro también se puede inferir de cualquier expresión inequívoca de su voluntad de no continuar en el sistema de pensiones por contar con los requisitos necesarios para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez. Además, el juez debe analizar cada caso concreto para determinar si se presentan circunstancias especiales que obligan a los afiliados a continuar cotizando a pesar de su intención de desafiliarse.

Así en sentencias como la **SL-3156 de 2022** la Alta Corporación explicó:

“*si bien la regla general es que se requiere la desafiliación formal del sistema para el disfrute de la pensión, lo cierto es que «****existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia, , y que permiten concluir que pese a que el afiliado continúo cotizando, el reconocimiento de la pensión será a partir de la data en que se cumplen con los requisitos que la ley exige para acceder a la prestación y no la calenda de la desafiliación****»*.” (Negrilla fuera de texto).

Igualmente, en sentencia **SL4540 de 2021** se rememoró lo explicado en sentencia SL2607-2021, reiterada en la SL3245-2019, entre otras, donde indicó que:

“*en aquellos eventos en que concurre un actuar negligente* ***o errado de la entidad encargada de reconocer la prestación de vejez, a la que el afiliado tenía derecho de tiempo atrás cuando cumplió con los requisitos exigidos para obtener la pensión, es menester entrar a estudiar las particularidades de cada caso.***

***En efecto, tiene dicho esta Corporación, que ante situaciones que presentan ciertas circunstancias excepcionales, estando satisfecha la totalidad de las exigencias consagradas en los reglamentos del ISS, debe reconocerse y pagarse la pensión de vejez al afiliado en su oportunidad desde que elevó la correspondiente solicitud con requisitos cumplidos, así no haya operado en rigor la mencionada desafiliación al sistema.”*** (Negrilla del texto)

En el caso del señor HERNÁN TAPASCO se recuerda que elevó la primera reclamación administrativa el **11 de octubre de 2013** que fue resuelta negativamente mediante la Resolución GNR 256923 del 11 de octubre de 2013 (fl.303, anexo09), calenda en la cual ya cumplía con los requisitos para pensionarse porque la misma se **causó el 07 de noviembre 2009**, fecha en quecumplió con las 500 semanas contadas en el cuadro del punto 3, y con ello surgió el derecho a reclamarla.

En cuanto a la fecha de disfrute de la pensión, se tiene que el demandante realizó su **última cotización el 12 de mayo de 2018** (fl.265, anexo09), de lo cual, en principio, se podría concluir que el disfrute pensional sería desde el 13 de mayo de 2018 que corresponde al día siguiente en que el trabajador dejó de cotizar; sin embargo, aplicando los lineamientos jurisprudenciales antes expuestos, en el caso del demandante a pesar de contar con los requisitos para pensionarse desde el 07 de noviembre de 2009, continuó efectuando cotizaciones hasta mayo de 2018 como producto de la inducción al error y la incertidumbre que ocasionó Colpensiones sobre el derecho pensional, al no tener en cuenta en debida forma los aportes en mora por parte de los empleadores y las semanas válidamente cotizadas a través del Fondo de Solidaridad y negar la prestación reclamada.

De modo que, **la fecha de disfrute de la pensión de vejez se asignará para el** **11 de octubre de 2013**, por ser el momento en que el actor elevó la primera reclamación solicitando el reconocimiento de la pensión ante la Administradora, pues a partir de esa acción se concluye su voluntad inequívoca de retirarse del sistema pensional.

1. **Excepción de Prescripción**

Para el caso, es de mencionar que la sentencia SL944-2023, memoró que el derecho pensional, junto con las acciones encaminadas a la estructuración del mismo, son imprescriptibles, pues solo tienen vocación de verse afectadas por el fenómeno extintivo las mesadas pensionales, dado que no existe un plazo específico para solicitar la definición de los estados jurídicos que acompañan a los sujetos de derecho; en cambio, en relación con cada una de las mesadas pensionales sí puede sostenerse su exigibilidad, para, a partir de allí empezar a contar el término trienal de prescripción.

Así mismo, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo señala: “*Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código* ***prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde la respectiva obligación se haya hecho exigible****”.* A su turno, el artículo 489 del mismo Código, en concordancia con el artículo 151 del CPTSS, dispone: “*El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el (empleador), acerca de un derecho debidamente determinado,* ***interrumpe la prescripción por una sola vez****,* ***la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente****.”*

En el caso bajo análisis, se reitera que el demandante elevó reclamación administrativa el **11 de octubre de 2013,** la cual fue negada mediante la Resolución GNR 256923 del 11 de octubre de 2013 COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de vejez, decisión que se confirmó con las resoluciones GNR 174689 del 19 de mayo de 2014, VPB14788 del 03 de septiembre de 2014, SUB del 04 de enero de 2019 y la DPE 1336 del 03 de abril de 2019 (fl.31, anexo03). Finalmente, presentó la demanda ordinaria laboral el **26 de abril de 2019** (anexo4).

De lo anterior, se concluye entonces que se encuentran prescritas las mesadas causadas desde el **07 de noviembre de 2009 hasta el 26 de abril de 2016** puesto que entre la fecha de reclamación y la presentación de la demanda trancurrieron más de los 3 años.

Una vez calculado el retroactivo causado desde el **26 de abril de 2016 al hasta el 30 de junio de 2024**, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y con derecho a 14 mesadas, por haberse causado el derecho el 07-11-2009, esto es, antes del 31 de julio de 2011, conforme lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, resulta un monto de **$104.212.519**.

|  |  |
| --- | --- |
| **RETROACTIVO**  |   |
| **AÑO**  | **VALOR MESADAS**  | **No. MESADAS** | **TOTAL** |
| 2016 |  $ 689.455  | 10,16 |  $ 7.004.863  |
| 2017 |  $ 737.717  | 14 |  $ 10.328.038  |
| 2018 |  $ 781.242  | 14 |  $ 10.937.388  |
| 2019 |  $ 828.116  | 14 |  $ 11.593.624  |
| 2020 |  $ 877.803  | 14 |  $ 12.289.242  |
| 2021 |  $ 908.526  | 14 |  $ 12.719.364  |
| 2022 |  $ 1.000.000  | 14 |  $ 14.000.000  |
| 2023 |  $ 1.160.000  | 14 |  $ 16.240.000  |
| 2024 |  $ 1.300.000  | 7 |  $ 9.100.000  |
| **TOTAL** |  **$ 104.212.519**  |

Por otra parte, se autorizará a Colpensiones para que descuente del retroactivo pensional adeudado, lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva de vejez debidamente indexada, según el monto dispuesto en la Resolución GNR 103911 del 13 de abril de 2015 y lo correspondiente a los aportes a salud. (Artículo 143 inciso 2 de la Ley 100/1993, en concordancia con el artículo 42 inciso 3, Decreto 692/94)

1. **Intereses moratorios**

Sobre el tema de intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que el concepto de buena o mala fe o las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, no pueden tomarse en cuenta a la hora de establecer la condena moratoria, pues lo que busca tal normativa es resarcir económicamente al acreedor y disminuir los efectos desfavorables que producen la tardanza en el pago de las mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor.

Al respecto, de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia aplicó la tesis según la cual los intereses moratorios del artículo 141 de 1993 únicamente proceden cuando se trata de pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones; es decir, se excluyó aquellas prestaciones reconocidas con normas como la Ley 71 de 1988. (Sentencia CSJ SL, 28, nov. 2002, rad. 18273, reiterada en CSJ SL, 11 feb. 2003, SL1851-2014, SL13649-2015, SL4959-2016, SL12962-2017, SL4404-2018, entre otras)

Conforme con lo anterior, se tiene que Colpensiones contaba con **cuatro (4) meses** para reconocer la pensión después de la reclamación, según lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En este caso, se dijo que la reclamación fue la presentada el 11 de octubre de 2013 y la administradora negó la prestación con la Resolución GNR 256923 del 11 de octubre de 2013, por lo que tenía hasta febrero de 2014 para conceder la pensión; no obstante, debido a la prescripción de las mesadas, se condenará al pago de intereses desde el **26 de abril de 2016,** que es la fecha en que se reconoció la pensión.

1. **Costas**

Debido a que la sentencia de la juez de primer grado fue revocada en su totalidad, se condenará a COLPENSIONES a las costas de la primera instancia en favor de la parte demandante. Sin costas en esta instancia por el grado jurisdiccional de consulta que se surtió en favor del demandante.

**DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO**: **REVOCAR** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

**SEGUNDO: DECLARAR** que el señor HERNÁN TAPASCO tiene derecho a que COLPENSIONES contabilice dentro de la historia laboral como semanas válidamente cotizadas entre el 01-12-1979 a 26-01-1980 y del 01-12-1994 a 12-12-1994 así como los aportes realizados a través del Fondo de Solidaridad en los ciclos 1999-03, 1995-05, 1999-06, 1999-07, 1999-08, 1999-10, 1999-11, 2000-04, 2000-05, 2000-06, 2000-07, 2000-08, 2000-09, 2000-10, 2000-11, 2000-12, 2001-01, 2001-02, 2004-12, 2005-12, 2006-02, 2007-02, 2008-02, 2009-01, 2009-06 y 2011-07.

**TERCERO: DECLARAR** que el señor HERNÁN TAPASCO es beneficiario del régimen de transición y, como consecuencia de ello, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a los parámetros establecidos por el Acuerdo 049 de 1990, modificado por el Decreto 758 de 1990.

**CUARTO: DECLARAR** que el señor HERNÁN TAPASCO tiene derecho a la pensión de vejez a partir del 07 de noviembre de 2009, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, modificado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de un smlmv, la cual deberá ser incrementada anualmente conforme lo determine el Gobierno Nacional, con derecho a 14 mesadas pensionales al año.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la demandada COLPENSIONES, excepto la de prescripción que se declara parcialmente probada respecto de las mesadas causadas desde el 07 de noviembre de 2009 hasta el 26 de abril de 2016.

**SEXTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del señor HERNÁN TAPASCO el retroactivo pensional, correspondiente a las mesadas pensionales causadas a partir del 26 de abril de 2016 y hasta que se haga la inclusión en nómina, lo que, al 30 de junio de 2024, asciende la suma de **104.212.519**, sin perjuicio de los incrementos futuros y las mesadas que se continúen causando.

**SÉPTIMO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar al señor HERNÁN TAPASCO los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre cada una de las mesadas causadas, a partir del 26 de abril de 2016 y hasta que se verifique el pago de la suma que se ha reconocido como retroactivo, conforme a lo dicho en la parte motiva.

**OCTAVO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva de vejez debidamente indexada y lo correspondiente a los aportes en salud, según lo dispuesto en el artículo 143 inciso 2 de la Ley 100/1993, en concordancia con el artículo 42 inciso 3, Decreto 692/94.

**NOVENO: COSTAS** de primera instancia a cargo de COLPENSIONES, las cuales se liquidarán por parte del juzgado de origen.

**DÉCIMO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Quienes integran la Sala,

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

Ausencia justificada