

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso Colpensiones presentó los alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, adoptado como legislación permanente por medio de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022.

Pereira, 2 de septiembre de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

Sin necesidad de firma Artículo 2, inciso 2 Decreto Presidencial 806 de 2020 y artículo 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 C.S.J.

Radicación No.:	66001-31-05-001-2019-00104-01
Proceso:	Ordinario Laboral
Demandante:	Gilberto Franco Henao
Demandado:	Colpensiones
Juzgado de origen:	Primero Laboral del Circuito de Pereira
Magistrada ponente:	Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022)
Acta No. 186 del 10 de noviembre de 2022

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, adoptado como legislación permanente por medio de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**, como Ponente, **OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA** y el Magistrado **GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO**, procede a proferir la siguiente sentencia dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **GILBERTO FRANCO HENAO** en contra de **COLPENSIONES**.

AUTO

Téngase a la doctora Dra. Mariluz Gallego Bedoya, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 52.406.928 de Bogotá D.C. y Tarjeta profesional No. 227.045 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos de la sustitución de poder que le hiciera el Dr. Miguel Ángel Ramírez Gaitán, apoderado especial de dicha entidad.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes en contienda en contra de la sentencia proferida el 5 de abril del presente año por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira. Igualmente, se revisará la decisión en sede de consulta al haber sido desfavorable a Colpensiones. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La demanda y la contestación de la demanda

Solicita el aludido demandante que se declare que laboró para la Vidriera de Caldas S.A un total de 2095 semanas, y para Vical Trabajadores durante 53 semanas, en condiciones de Alto Riesgo.

Asimismo, pide que se declare que es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, así como del artículo 8º del Decreto 1281 de 1994, siéndole aplicable el Acuerdo 049 de 1990. En tal sentido, solicita que se condene a Colpensiones a reconocerle retroactivamente la pensión especial de vejez, y a pagarle los intereses de mora y las costas procesales.

Para así pedir, manifiesta que nació el 21 de enero de 1956 y que durante su vida laboral estuvo vinculado a las empresas Vidriera de Caldas S.A., del 25 de abril de 1972 al 22 de diciembre de 1977, y del 15 de febrero de 1978 al 12 de agosto de 2012, y a Vical Trabajadores S.A.S del 28 de agosto de 2015 al 19 de julio de 2016, y del 29 de enero de 2017 al 8 de abril de 2017, lo cual equivale a 2136 semanas laboradas, cotizadas en su totalidad en el régimen de prima media administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.

Refiere que durante los periodos en mención ejecutó labores de alto riesgo, dado que el objeto de las aludidas empresas estaba relacionado con el procesamiento de vidrio, para lo cual se hacía uso de hornos de gas, arena de sílice y asbesto o amianto. Además, estuvo expuesto a altas temperaturas y a la inhalación de óxido de silicio, o dióxido de silicio, de asbesto o amianto.

Agrega que tras la implementación del Sistema General de Riesgos Laborales, la Vidriera de Caldas S.A cotizó en Riesgo Tipo IV a la ARP Seguro Social, de junio de 1994 a julio de 2004, a la ARP Previsora Vida S.A. de septiembre de 2004 a octubre de 2008, y a la ARP Positiva S.A de noviembre de 2008 al 14 de agosto de 2012. Por otro lado, Vical Trabajadores cotizó a AXA Colpatria Seguros en nivel Riesgo V.

Sostiene que día 8 de junio de 2016 elevó solicitud a Vical Trabajadores S.A.S para que cesara con el pago de las cotizaciones, lo cual aconteció a partir del 1º de septiembre de 2016.

Por último, informa que el 16 de septiembre del año 2016 radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento y pago de su pensión especial de vejez, y que dicha entidad denegó su petición mediante Resolución No. GNR 20858 del 17 de enero de 2017, bajo el argumento de que no estaba acreditado que las actividades realizadas por él estuvieran enmarcadas en las descritas en el Decreto 2090 de 2003.

Dentro del término legal **Colpensiones** solicitó que se negaran los pedidos del actor, aduciendo que mediante la Resolución SUB 73158 del 16 de marzo de 2018 le reconoció la pensión de vejez conforme a la normatividad aplicable a su caso en concreto. En tal sentido, propuso las excepciones perentorias que denominó "*Estricto cumplimiento a los mandatos legales*"; "*Inexistencia de la obligación*"; "*Ausencia del derecho reclamado*" y "*Prescripción*".

2. Sentencia de primera instancia

La Jueza de primer grado declaró la existencia de un vínculo laboral entre Gilberto Franco Henao y la extinta Vidriera de Caldas S.A., en los periodos comprendidos entre el 25 de abril de 1972 y el 31 de diciembre de 1985, y del 1º de mayo de 1987 al 30 de noviembre de 2011; y con Vical Trabajadores S.A.S del 1º de

agosto de 2015 al 1º de septiembre de 2016, sociedades en las cuales ejecutó labores de alto riesgo.

Asimismo, declaró que el promotor del litigio es beneficiario del régimen de transición del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, así como del artículo 8º del Decreto 1281 de 1994, y por ello le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990. En ese sentido, determinó que aquel tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez desde el 2 de septiembre de 2016 por parte de Colpensiones, en cuantía de \$849.835 y con 14 mesadas al año.

En consecuencia, ordenó a Colpensiones el reconocimiento y pago del retroactivo pensional correspondiente a las mesadas causadas entre el 2 de septiembre de 2016 y el 1º de enero de 2018, correspondiente a \$17.460.307; al igual que el pago de la diferencia de las mesadas causadas a partir del 21 de enero de 2018, y que a la fecha de la sentencia ascendían a \$7.132.547, autorizando a esa entidad a descontar el porcentaje correspondiente a los aportes al sistema de seguridad social en salud

Igualmente, condenó a la demandada al pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 17 de enero de 2017, y al pago de las costas procesales.

Para llegar a tal determinación la A-quo consideró, en síntesis, que la edad del demandante para acceder a la pensión especial de vejez se disminuyó sustancialmente debido a las 1301 semanas cotizadas con posterioridad a las 750 exigidas por el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, no obstante, él tenía derecho a disfrutar de la prestación a partir del 2 de septiembre de 2016, día siguiente a aquel en el que efectuó su última cotización al sistema.

En cuanto al monto de la pensión, una vez efectuados los cálculos de rigor concluyó que para el año 2016 el señor Franco Henao tenía derecho a una mesada de \$849.835, por lo que el retroactivo causado entre el 2 de septiembre el 2016 y el 21 de enero de 2018, fecha en que Colpensiones concedió la pensión de vejez, ascendía a \$17.460.307. Por otra parte, estimó que la diferencia de las mesadas causadas entre lo percibido a partir del 21 de enero de 2018 y la fecha de la sentencia correspondía a \$7.132.547.

Finalmente, refirió que los intereses moratorios correrían a partir del 21 de mayo de 2017, cuando vencieron los cuatro meses con los que contaba la demandada para conceder la gracia pensional.

3. Recurso de apelación y procedencia de la consulta

La apoderada judicial del demandante atacó el fallo de manera parcial en lo referente al IBL, para que, en segunda instancia se verifique cuál es más favorable para su prohijado.

Por su parte, Colpensiones en su alzada arguyó que el promotor de la litis no es beneficiario del régimen de transición. Además, el Decreto 2090 de 2003 señala y regula las actividades de alto riesgo, así como el régimen pensional aplicable a los trabajadores de dicho ámbito, estableciendo en su artículo 4º los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez, los cuales no se encuentran acreditados en su totalidad por el señor Gilberto Franco, quien disfruta de la pensión de vejez enmarcada en la Ley 797 de 2003.

Finalmente, tal como se advirtiera previamente, la decisión de primer grado se revisará en sede jurisdiccional de consulta al haber sido desfavorable a los intereses de Colpensiones, entidad cuyo garante es la Nación.

4. Alegatos de conclusión

Analizado los alegatos presentados por Colpensiones, mismos que obran en el expediente digital y a los cual nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresará más adelante. Por otra parte, el Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

5. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER

De acuerdo a los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia; los fundamentos del recurso de apelación y los alegatos de conclusión, le corresponde a la Sala absolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Qué norma regula el régimen de transición del demandante?

¿Es procedente conceder al actor la pensión especial de vejez consagrada en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990?, en caso afirmativo, ¿A partir de qué fecha?

¿Fue acertado el monto de la mesada pensional y el retroactivo calculados por la Jueza de primer grado? y,

¿A partir de qué fecha se debe ordenar el pago de los intereses moratorios?

6. Consideraciones

6.1. Pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo

A efectos de tener un derrotero que guíe la decisión de la Sala, resulta oportuno reproducir lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1353-2019, respecto a la teleología de esta clase pensiones:

[...] la pensión anticipada por trabajos de mayor riesgo ampara a las personas que por su actividad, oficio o profesión se encuentran expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud al punto de generar una menor expectativa de vida o estar expuestas a un mayor nivel de siniestralidad.

Por ello, la exigencia de requisitos para obtener una pensión especial de vejez, son inferiores a los consagrados en términos generales para quienes no se encuentran expuestos en forma superlativa a riesgos de carácter laboral y justifica con suficiencia que se consagren en proporción a la actividad que los trabajadores desarrollan en su espacio laboral, en cuanto están sujetos a una mengua de sus expectativas de vida saludable.

Esas son las razones por las que el régimen especial de pensiones por actividades de alto riesgo, prevé la posibilidad de disminuir la edad para acceder a la prestación bajo ciertas condiciones excepcionales e inferiores a las del régimen general, e incluso precedido de una carga contributiva superior que no amenace el equilibrio financiero del sistema pensional, a lo que se agrega que la reducción de la edad solo es posible cuando se ha superado la base mínima de cotizaciones exigida en el sistema general de pensiones.

Tan ciertas son las afirmaciones anteriores, que el constituyente secundario al introducir reformas al artículo 48 Superior y al régimen pensional transitorio de la Ley 100 de 1993 con el Acto Legislativo 01 de 2005, dejó a salvo las reglas especiales para la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, tal como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-651 de 2015 al señalar que «el Decreto 2090 de 2003 no consagra un régimen especial de pensiones, sino un esquema normativo de pensiones de alto riesgo que se inscribe en el régimen de prima media con prestación definida, dentro del sistema general de pensiones»; ello, bajo «una interpretación integral de la Constitución que [tiene] en cuenta su vocación igualitaria, expresada ante todo en su artículo 13, incisos 2 y 3, que consagra una “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”».

Es factible concluir de lo anterior que las pensiones especiales de vejez se encuentran instituidas en el ordenamiento colombiano con el fin de dar un trato diferenciado a un grupo de trabajadores que, en ejercicio de sus labores, están expuestos durante un tiempo considerable de su vida a situaciones que suponen un riesgo para su integridad. Asimismo, se puede afirmar que como el sistema normativo que regula esta clase de pensiones cohabita y, en ocasiones, se remite a las disposiciones del régimen de prima media, la interpretación de las normas debe ser armónico y consecuente con la protección pretendida, pues de lo contrario se caería en el absurdo de exigir los mismos requisitos que regentan a los demás trabajadores.

Debe recordarse igualmente que la exposición a altas temperaturas, al no desprenderse de una prueba solemne o *ad substantiam actus*, permite a la jueza o al juez formarse el criterio, como quiera que en materia laboral no están sujetos a la tarifa legal de pruebas y, por lo tanto, deben formar libremente su convencimiento atendiendo las circunstancias relevantes del pleito. Sobre el tema, la Sala de Casación Laboral en sentencia del 20 de noviembre de 2007, M.P. Eduardo López Villegas, indicó:

“Estima la Sala que dicha disposición como tampoco el artículo 2° del Decreto 1281 de 1994 corregido por el artículo 1° del Decreto 745 de 1995 que regularon el tema posteriormente, establecieron una tarifa especial de prueba para el juez laboral, quien conforme lo dispone el artículo 61 del C. P. del T., por regla general “...no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.”.

Como se desprende del texto legal transcrito y de las disposiciones citadas que lo reemplazaron posteriormente, la exigencia está encaminada a que la demostración de la exposición a los factores de riesgo se hiciera ante las dependencias de salud ocupacional del ISS o la Dirección Técnica de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, respectivamente, lo que no impide que el tema se debata ante la jurisdicción del trabajo, en procura del reconocimiento de una pensión especial derivada de la exposición a tales factores, por tratarse de un asunto evidentemente sometido a su competencia, conforme al artículo 2° del C. P. del T..

6.2. Decreto 2090 de 2003 – Régimen de transición

En la actualidad el Decreto 2090 de 2003 establece en su artículo 4° las exigencias que deben cumplir los trabajadores que pretenden acceder a una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo. Esta norma, atendiendo al principio

de progresividad, dispuso un régimen de transición para aquellas personas que, al momento de entrar en vigencia, se hallaban en las siguientes circunstancias:

Artículo 6.º. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 (texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-1056-2003).

Con relación a este parágrafo, en la citada sentencia SL1353-2019 se fijó una postura crítica que toma distancia de la exigencia en él contenida, al no acompañarse a la finalidad del aludido régimen transicional. Así lo expresó el Alto Tribunal:

“Luego, para la Sala, el parágrafo del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003 no acompasa con la regulación de la pensión especial de vejez por alto riesgo y, desde esa perspectiva implica que para ser beneficiario de las prerrogativas transitorias, es necesario acreditar las exigencias del inciso primero de dicho artículo, en cuanto las dispuestas en su parágrafo consagran las requeridas para obtener la pensión ordinaria de vejez en el régimen general, toda vez que como se indicó, una y otra son diferentes; interpretación que en virtud del principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, es más adecuada con el propósito teleológico de la normativa.”

Esta hermenéutica permite inferir que para ser beneficiario del régimen de transición a que se viene haciendo referencia, únicamente se requiere contar con 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo a la fecha de su entrada en vigencia (28 de julio de 2003), sin que sea necesario acreditar los requisitos contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ahora, importa precisar que la Corte Constitucional en la sentencia C-663 de 2007, dispuso que era suficiente acreditar que los aportes se derivan de la prestación de servicios calificados como de alto riesgo y, por tanto, no es necesario convalidarlos a través de cotizaciones especiales. Igual postura asumió la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 398 de 2013, en la cual se señaló:

“Es cierto como lo afirma el casacionista, que los artículos 4º y 5º del Decreto 1281 de 1994 -que si bien fue derogado por el Decreto 2090 de 2003 era el aplicable a esta controversia-, prescriben que para acceder a la pensión especial de vejez por actividades que impliquen alto riesgo para la salud del trabajador, resulta menester cotizar en forma

especial, es decir, con un porcentaje adicional de 6 puntos, que están a cargo del empleador.

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado el alcance de estos preceptos, en el sentido de que si está demostrado en el proceso que la actividad cumplida por el trabajador corresponde a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, no puede ser el afiliado quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe reconocer la pensión especial de vejez.

Lo anterior, sin perjuicio de que la administradora pueda reclamarle al empleador que no satisfizo la obligación del aporte especial, el cubrimiento de ese faltante en los términos que prevea la ley, o que el juez lo imponga por tratarse de una obligación legal. Pero esto será un asunto distinto, que no puede perjudicar el derecho irrenunciable que tiene el trabajador a la cobertura de la seguridad social, máxime que por la clase de labor ejercida implicó para él un sacrificio adicional en desgaste físico y mengua de su salud.

Esta obligación de la administradora de pensiones de cubrir la pensión especial de vejez cuando no se ha verificado el porcentaje de cotización adicional, no se deriva en estricto rigor del incumplimiento del deber de cobro de las cotizaciones en mora, que como está suficientemente decantado le asiste por mandato legal, sino de la circunstancia de que por ser el riesgo de vejez único y por la unidad también de la prestación, al haberse realizado la afiliación y pagado las cotizaciones ordinarias, el empleador estaba subrogado en el riesgo de vejez, independientemente de la modalidad que éste adopte.

En esa medida resulta intrascendente, para efectos de liberar de responsabilidad al Instituto en este caso, frente al pago de la pensión especial de vejez, el hecho de que la empresa Bavaria no hubiere reportado al demandante como trabajador en actividad de alto riesgo. Esto, sin perjuicio, se itera, de las consecuencias que le quepan como empleador por el incumplimiento de sus deberes frente a la seguridad social, pero que de ninguna manera pueden afectar al afiliado que ha prestado sus servicios en actividades riesgosas para su salud y su integridad, concretamente, expuesto a temperaturas anormales, como lo asentó el Tribunal y no se discute en estos cargos de orientación jurídica.”

6.3. Decreto 1281 de 1994 – Régimen de transición

Además de ser factible acudir a las disposiciones del Decreto 1281 de 1994 cuando se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 6º del Decreto 2093 de 2003, aquella norma estableció igualmente, en su artículo 8º, un régimen de transición en los siguientes términos:

“La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga treinta y cinco (35) o más años de edad

si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.”

En virtud de lo anterior, en caso de que se dé uno de los dos requisitos antedichos, de edad o tiempo de servicios, hay lugar a remitirse a lo dispuesto en la norma anterior que regulaba lo concerniente a las pensiones especiales de vejez, esto es, el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, que en su primer inciso dispone:

“La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad: (...)”

Frente a la aplicación sistemática de las normas anteriores y las vigentes, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL833-2018, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, sostuvo:

“Ahora bien, la demandante al momento de la expedición del Decreto 1281 de 1994, satisfacía las exigencias previstas en el artículo 8º, para ser beneficiaria del régimen de transición que le permitía acceder a la pensión especial de vejez a la edad, con el tiempo de servicios o semanas de cotización y el monto previstos en el régimen anterior, esto es, el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese año, toda vez que a 24 de junio de 1994, fecha de entrada en vigencia de dicho Decreto, tenía más de 35 años de edad, pues nació el 27 de febrero de 1954.

De la misma manera quedó cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, que fue consagrado en los siguientes términos:

(...)

Esto por cuanto a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, tenía más de 500 semanas de cotización en la actividad de alto riesgo –en los términos de la sentencia CC C-663/07 que declaró condicionalmente exequible el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003-, y más de 35 años de edad cuando entró a regir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994. Además, a la entrada en vigencia de esa preceptiva, que lo fue el 29 de julio de 2003, cumplía el número mínimo de semanas exigido en ese momento por la Ley 797 de 2003 para la pensión de vejez, esto es, 1000 semanas de aportes.

Y aunque la Corte Constitucional en la sentencia que acaba de citarse, afirmó que «para los trabajadores cobijados por regímenes de transición precedentes, los decretos que regulaban esas actividades perdieron su vigencia con la derogatoria consagrada en el Decreto 2090 de 2003, artículo 11, salvo en lo que tiene que ver con los derechos adquiridos que se hubiesen consolidado bajo esas normas», en criterio de esta Sala de Casación Laboral, la actora estaba amparada por

ambos regímenes de transición y podía escoger de entre ellos aquel que le resultara más favorable.

Lo anterior, porque si bien la asegurada no consolidó su derecho a la pensión de vejez especial durante la vigencia del Decreto 1281 de 1994, por lo que no tenía un derecho adquirido susceptible de protección, -y ese carácter de derecho adquirido no ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Sala al régimen de transición en sí-, lo cierto es que esa normatividad le creó una expectativa legítima respecto del régimen de transición que le permitía acceder al derecho especial, con las exigencias en ella previstas, lo cual igualmente es susceptible de protección y no podría ser desconocido por el legislador, porque tal entendimiento resultaría regresivo y contrariaría el ordenamiento superior, concretamente los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta que entroniza a la seguridad social como un derecho irrenunciable y tiene en el principio de progresividad uno de sus báculos. (Ver sentencia CSJ SL5470-2014).

Lo hasta aquí reseñado permite concluir que para poder aplicar las disposiciones consagradas en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, en vigencia del Decreto 2090 de 2003, se debe acreditar **-como primera medida-** 500 semanas laboradas en trabajos de alto riesgo al 28 de julio de 2003, cuando entró en vigencia dicha norma; y **además**, que al 23 de junio de 1994¹ se contaba con 35 o 40 años de edad, en caso de mujeres u hombres, respectivamente, o 15 años de servicios.

6.4 Causación y cálculo de la pensión especial de vejez del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990

Una vez cumplido lo anterior, se procederá a identificar si el trabajador cuenta con la cantidad de semanas exigida en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y, en caso afirmativo, se disminuirá un año a la edad mínima señalada en dicho canon -60 años-, por cada 50 semanas laboradas en actividades de alto riesgo, después de las primeras 750 desplegadas con las mismas características. Así, al descontarse los años proporcionales a las semanas adicionales se encontrará la edad en la que se causó el derecho pensional, que no corresponderá necesariamente a la del disfrute, como quiera que este último depende del retiro efectivo del sistema (o la manifestación expresa de la voluntad de hacerlo), según las voces del artículo 13 del mencionado acuerdo.

El IBL se calculará atendiendo lo estipulado en el segundo inciso del artículo 8º del Decreto 1281 de 1994, el cual reza:

¹ Fecha en que entró a regir el Decreto 1281 de 1994.

El ingreso base para liquidar la pensión especial de vejez referida en el inciso anterior a quienes les faltase menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida al DANE.

En tal sentido, si una persona causó el derecho entre el **23 de junio de 1994 y el 23 de junio de 2004**, la IBL se calcula con el promedio de lo devengado entre el 23 de junio de 1994 y el tiempo que le hiciere falta -SEGÚN LA EDAD OBTENIDA- o el de toda la vida laboral. En caso de darse por fuera de dicho interregno, el aludido guarismo se obtendrá acudiendo a las disposiciones generales contempladas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años laborados, o con los de toda la vida, en caso de que se superen las 1250 semanas cotizadas.

Por último, para la obtención de la tasa de reemplazo habrá de acudirse a lo estipulado en artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, con la totalidad de las semanas que aparezcan en la historia laboral del afiliado.

El anterior análisis emerge igualmente de lo decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4330-2021², M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez.

6.5 Caso concreto

A fin de dar respuesta a los problemas jurídicos esbozados es menester, como primera medida, remitirse al contenido de las certificaciones expedidas por las empresas empleadoras del demandante, el reporte de semanas cotizadas y las certificaciones expedidas por las ARL a las que estuvo vinculado, obrantes en el expediente administrativo allegado por Colpensiones; pruebas que fueron analizadas pormenorizadamente por la Jueza de primer grado y que, revisadas en sede de apelaciones, permiten a esta judicatura llegar a misma conclusión, esto es, que en los periodos en que el actor laboró a favor de la Vidriera de Caldas S.A. (del 25 de abril de 1972 al 31 de diciembre de 1985, y del 1º de mayo de 1987 al 30 de noviembre de 2011), y con Vical Trabajadores S.A.S. (del 1º de agosto de 2015 al 1º de septiembre

² Proferida el 25 de agosto de 2021

de 2016), ejerció funciones en condiciones de alto riesgo, desplegando actividades en las que estuvo expuesto prolongadamente a espacios donde las temperaturas extremas fueron siempre una constante.

En efecto, los distintos cargos desempeñados a lo largo de su trayectoria laboral como operario de planta, implicaba que estuviera expuesto a una temperatura catalogada como de alto riesgo, lo cual conllevaba colateralmente la inhalación de los gases derivados de dicho proceso y el contacto con materiales de connotada peligrosidad.

Para corroborar tal situación, el gestor de la litis llamó como testigo a José William Morales Restrepo, compañero de trabajo del demandante desde 1972, en la vidriera de Caldas, quien aseguró que el señor Franco Henao operó como cortador de obra grande; y que la temperatura de trabajo era alta debido a que trabajaban de 8 a 10 metros cerca del horno de fundición; que las pinzas de la máquina para el corte iban forradas con asbesto y que la contaminación por la temperatura del vidrio era muy fuerte ya que el vapor de las canecas se les venía a la cara y al cuerpo, habiendo una fuerte contaminación por el oxígeno por el gas y el bórax de sílice.

Añadió que en el proceso se utilizaba el asbesto cuando la pieza estaba terminada; que la persona que la recibía lo hacía con una pinza forrada en ese producto. También había una mesa metálica en donde descargaban la obra, esta tenía un pedazo de tela en asbesto, en el fondo. Tenían mamparas, pero estas no servían de nada, ya que al tirar el vidrio con los químicos se esparcía por toda la producción.

Sostuvo que el señor Gilberto estuvo trabajando en la vidriera de Caldas hasta que terminó la empresa, en 2012, y que en ese tiempo siempre hizo la función de recortador, luego trabajó en Vical, cumpliendo un total de 40 años en dicha producción.

Señaló que estaban organizados en grupos de 12 personas, que se les denominaban plaza, había 4 plazas, cada una sacaba un artículo diferente, en un turno había de 48 a 50 personas por cada boca del horno, eran cuatro bocas a una temperatura alta. Indicó que para el desempeño de sus funciones se colocaban una manga de tela, gafas, tapones auditivos, guante de cuero y llevaban un mitón de asbesto para protegerse la mano del calor, sin utilizar mascarillas.

Explicó que Cortando una pieza se demoraba un minuto, entre cada pieza no podían ventilarse, tenían a lo último dos descansos de 10 minutos en los turnos de 8 horas, cuando salían de la jornada laboral pasaban al comedor y a un lado estaba el Vestidor, había una parte que tenía techo y otra no, entonces si estaba lloviendo se tenían que pasar acalorados, mojándose.

Aseguró que había unas turbinas altas hacia las personas que soplaban las piezas, pero se encerraba el calor y el aire circulaba caliente, había un ventilador pequeño que medio les refrescaba la cara.

También compareció a rendir declaración el señor Never Olmedo Morales García, quien adujo haber sido compañero del demandante desde 1968 o 1969, constándole que cuando aquel empezó a laborar lo hizo de archero, pero al poco tiempo comenzó a recortar. Que estaba en una máquina que quedaba a 10 o 15 metros del horno, que irradiaba 1200 grados de temperatura, nunca se apagaba y tenía 4 bocas por un lado y 4 bocas por el otro, cada una con 800 grados de temperatura aproximadamente.

Señaló que el vidrio se cortaba con gas y oxígeno, lo cual también irradiaba mucho calor; además, los quemadores esparcían un polvo blanco, y el asbesto soltaba un polvo, cuando cargaban el horno con vidrio para derretirlo. Añadió que eran 7 clases de químicos que se quedaban en el aire del lugar de trabajo, sin que la fábrica hubiera dispuesto una protección para aislarlos de los mismos.

Explicó que los elementos de protección que utilizó el señor Gilberto Franco eran los guayos, colainas, protección para los oídos, mangas. Había un comité para la salud, antes del comité no daban elementos de protección. En el caso de los recortadores, el que tuviera modo, compraba un ventilador de los que se usan en la casa.

Refirió que había 12 personas por plaza, por cada boca era 60 por un lado y 60 por el otro lado, todas las plazas estaban cerca, eran 130 trabajadores, todos estaban cerca del horno por los productos, los recortadores estaban más cerca del horno, a 10 metros.

Finalmente, manifestó que cuando salían del turno de trabajo, sonaba un pito y nadie tenía en cuenta desacalorarse, la empresa tenía el Vestier, allí se tomaban 5 minutos para lavarse con agua caliente.

6.5.1 Procedencia de los regímenes de transición

Los dichos de estos testigos, adquiridos por haber presenciado personalmente la actividad del actor, permiten a la Sala establecer que él hace parte del grupo de trabajadores cobijados por el Decreto 2090 de 2003 -, norma que, en principio, regenta el caso de marras al ser la vigente al momento en la que se alega que cumplieron los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez. No obstante, como quiera que se solicita la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento de dicha prestación, cumple verificar si es beneficiario de los regímenes de transición aludidos en precedencia.

Como primera medida, conviene acotar que el señor Franco Henao supera ampliamente las 500 semanas exigidas al 28 de julio de 2003, pues la relación de semanas cotizadas que aparece reflejada en la Resolución SUB 73159 de 2018³, refleja un total de 1523,42, **siendo entonces beneficiario de las prerrogativas transicionales del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003.** |

Lo antedicho da paso al estudio de la **transición enmarcada en el artículo 8º del Decreto 1281 de 1994**, frente a la cual conviene referir que si bien el gestor del pleito no contaba con 40 años o más al 23 de junio de 1994⁴, tenía en su haber más de 15 años de servicios, en concreto, 1071 semanas que equivalen a 20 años y 9 meses, según se extrae de la misma Resolución SUB 73159 de 2018; **alcanzando las 1000 semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990 en enero de 1993.**

El mismo documento permite concluir que de las 2047 semanas cotizadas, 1987 corresponden a las actividades de alto riesgo llevadas a cabo en la Vidriera de Caldas y Vical Trabajadores, por lo que aquellas 1237 adicionales a las 750 que refiere el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, le otorgaban el derecho a pensionarse, en un principio, el **21 de enero de 1992**, esto es, 24 años antes de la fecha en que cumplió los 60 años de edad, el 21 de enero de 2016. No obstante, tal como se señalara previamente, dado que llegó a las 1000 semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 en enero de 1993, tendría derecho a la gracia pensional a partir de febrero de la misma anualidad.

³ Por medio del cual se le reconoció la pensión de vejez consagrada en la Ley 797 de 2003 a partir del 21 de enero de 2018. FI 83 y s.s. del archivo 11ContestacionDemanda.

⁴ Nació el 21 de enero de 1956.

Dicho lo anterior, la Sala comparte la determinación de la Jueza de instancia, según la cual el disfrute de la prestación corresponde al día siguiente a aquel en el que se efectuó la última cotización, es decir, el 2 de septiembre de 2016, sin que mesadas alguna se haya visto afectada por la prescripción, habida consideración que entre dicha fecha y la presentación de la demanda no transcurrieron más de 3 años.

En cuanto al IBL calculado por la jueza de instancia, es del caso indicar que haberse causado la pensión **por fuera del interregno comprendido entre el 23 de junio de 1994 (fecha en que entró a regir el Decreto 1281 de 1994) y el 23 de junio de 2004 (10 años después)**, la formula se rige por las disposiciones del artículo 21 de la Ley 100 de 1993. En tal sentido, dado que el actor supera las 1250 semanas cotizadas, era dable calcular dicha cifra con el promedio de los salarios devengados en toda su vida, así como en los últimos 10 años; última fórmula que el juzgado de instancia tuvo en cuenta para calcular el retroactivo y que la Sala comparte en su integridad, pues revisada pormenorizadamente la liquidación que milita en el expediente digital (archivo 10Liquidación), se advierte que la célula judicial tuvo en cuenta la totalidad de los salarios plasmados en las historias laborales obrantes en el infolio. De manera que el retroactivo calculado hasta el 21 de enero de 2018 se estima ajustado a derecho y, por ende, será confirmado.

Con relación al retroactivo de la diferencia pensional, una vez efectuados los cálculos de rigor al 31 de octubre de 2022, este cuerpo colegiado obtuvo una diferencia de \$7.220.562, sin perjuicio de las diferencias que se causen con posterioridad y los descuentos de ley.

AÑO	IPC	DESDE	HASTA	CAUSADAS	MESADA RELIQUIDADA	MESADA ANTERIOR	DIFERENCIA A CANCELAR
2018	3,18%	22/01/2018	31/12/2018	13,3	\$ 935.458	\$ 821.740	\$ 1.512.449
2019	3,80%	1/01/2019	31/12/2019	14	\$ 965.206	\$ 847.871	\$ 1.642.685
2020	1,61%	1/01/2020	31/12/2020	14	\$ 1.001.884	\$ 880.090	\$ 1.705.110
2021	5,62%	1/01/2021	31/12/2021	14	\$ 1.018.014	\$ 908.526	\$ 1.532.832
2022		1/01/2022	31/10/2022	11	\$ 1.075.226	\$ 1.000.000	\$ 827.486
Total							\$ 7.220.562

Con relación a los intereses moratorios, se dirá que al haberse reclamado la pensión especial el 16 de septiembre de 2016, hecho probado con el expediente digital allegado en medio magnético por la demandada, cuando el actor tenía derecho a la

prestación, es claro que dichos emolumentos correrían a cargo de Colpensiones a partir del 17 de enero de 2017, día siguiente a aquel en el que vencieron los 4 meses con los que contaba esa entidad para conceder la prestación.

Las costas en primera instancia se mantendrán incólumes. En esta sede no se causaron al no haber prosperado ninguno de los recursos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda), Sala de Decisión Laboral No. 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del circuito de Pereira, dentro del presente proceso, en el sentido de que la diferencia de las mesadas causadas a partir del 21 de enero de 2018 y el 31 de octubre de 2022, corresponde a una suma de \$7.220.562, sin perjuicio de las diferencias que se causen con posterioridad y los descuentos de ley.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada Ponente,

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Con firma digital al final del documento

La Magistrada y el Magistrado,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Con firma digital al final del documento

GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO
Con firma digital al final del documento

Firmado Por:

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco
Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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: **9316c00da85861219b2b840eecfeaa6f2fc30661f180f4d877385641eb1dfae0**
Documento generado en 11/11/2022 10:06:36 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>