



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecinueve (19) de julio de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE:	LUIS ALBERTO MENESES VELÁSQUEZ.
DEMANDADA:	COMPAÑÍA DE GALLETAS NOEL SAS Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE Y CONFIRMA.

En la fecha, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, se reunió para resolver el Recurso de Apelación interpuesto por las Partes demandante y demandada Noel SAS; y el Grado Jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, en el Proceso Ordinario Laboral adelantado por el Señor **LUIS ALBERTO MENESES VELÁSQUEZ** en contra de la **COMPAÑÍA DE GALLETAS NOEL SAS y de COLPENSIONES**, frente a la decisión adoptada por el Juzgado de instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA:

NOEL SAS: En resumen informa el empleador que el demandante fue efectivamente afiliado al SGP, por ende se subrogó por parte de NOEL S.A.S. el riesgo de la vejez en el entonces ISS hoy COLPENSIONES, entidad esta última quien debe en virtud de la subrogación atender las pretensiones de la demanda.

Que respecto de los supuestos periodos dejados de cotizar por parte del empleador a pensión, el ISS y/o COLPENSIONES, jamás iniciaron las respectivas acciones de cobro en favor del demandante; razón por la que, ante tal omisión y de conformidad a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, las entidades a cargo de las acciones deben asumir las consecuencias de su omisión. Que en caso de no prosperar la presente argumentación se debe estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción y la excepción de inaplicabilidad del cálculo actuarial.

COLPENSIONES: Que no es procedente el reconocimiento del reajuste de la pensión de vejez solicitada por el demandante en la medida que la misma está supeditada a que se declare si realmente la compañía de galletas Noel debe reconocerle al demandante mediante título, bono o calculo actuarial por el tiempo comprendido entre el 04/05/1988 y el 19/10/1990 el cual equivale a 885 días es decir 126.42 semanas, tiempo con el cual lograría acreditar un total de 739.01 semanas antes del 1 de abril de 1994, es decir que

no cumpliría con los 15 años de servicios que equivalen a 771.42 semanas requisito establecido para ser beneficiario del régimen de transición para acceder a lo pretendido dentro de la demanda.

La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por la Ponente, el cual se traduce en la siguiente decisión:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

ANTECEDENTES:

PRETENSIONES:

Declarar que el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Consecuencialmente se condene a Colpensiones a pagarle el reajuste de su pensión de vejez con base en lo dispuesto en el Decreto 758/1990 y los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100/1993 o la indexación. En subsidio, solicita se condene a la Compañía de Galletas Noel SAS al reconocimiento y pago del Bono pensional, título pensional o cálculo actuarial a favor de Colpensiones; y en consecuencia dicha entidad deberá cancelarle el reajuste de la pensión de vejez con base en el citado Decreto y los intereses moratorios o la indexación.

HECHOS:

1. Que nació el 27/09/1954 cumpliendo los 60 años de edad para el mismo día y mes del año 2014.
2. Que comenzó a laborar para la Compañía de Galletas Noel SAS desde el 27/02/1978 hasta el 05/02/2017 mediante contrato a término indefinido; habiendo sido despedido sin justa causa por su empleadora el 03/03/1987, y reintegrado por orden judicial confirmada por el Tribunal Superior de Medellín.
3. Que el empleador omitió el pago de los aportes al SGP del 03/03/1987 al 19/10/1990; no obstante realizó pago de cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 03/03/1987 y el 03/05/1988, adeudando el pago de aportes del 04/05/1988 al 19/10/1990.
4. Que Colpensiones mediante Res. 9424 del 13/01/2017 le reconoció pensión de vejez con los requisitos del artículo 33 de la ley 100/1993 modificado por la ley 797/2003.
5. Que sumadas las semanas dejadas de pagar por el empleador, el actor es beneficiario del régimen de transición pensional, al tener más de 15 años de servicios al 01/04/1994, lo cual lo hace beneficiario del Decreto 758/1990, por lo que tiene derecho a que su mesada sea reliquidada con una tasa de reemplazo del 90%.
6. Y que el 05/12/2018 solicitó a Colpensiones la reliquidación de su mesada pensional, sin que se haya realizado pronunciamiento alguno.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

ORDENÓ a Colpensiones liquidar el valor de las cotizaciones o aportes dejados de pagar por la empresa Noel SAS, relacionados con el tiempo laborado por el demandante para esta última, de acuerdo con el salario que devengaba el actor en los periodos comprendidos entre el 04/05/1988 y el 19/10/1990, con los respectivos intereses; y

notificarle el resultado de tal liquidación. ORDENÒ a la empresa Noel SAS pagar a Colpensiones el valor de la suma liquidada por esta, en un término no mayor a 30 días después de la notificación, y a ésta última a recibirlo. DECLARÓ que el demandante fue beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100/1993, en concordancia con el Decreto 758/1990, y que por lo tanto, le asiste el derecho a que su mesada pensional recibida hasta el momento de su muerte, esto es, hasta el 28/07/2020, sea reliquidada teniendo en cuenta para ello el IBL que resulte, después del pago de las cotizaciones al SGP, con una tasa de reemplazo del 90%; valores que serán pagados a la masa sucesoral del fenecido debidamente indexados. ABSOLVIÒ del pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100/1993. Y Condenó en Costas a la entidad demandada Noel SAS, y a favor del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN:

PARTE DEMANDANTE: Manifiesta que es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100/1993, no solo frente al no pago de la pensión de vejez, sino también frente al pago incompleto de las mesadas pensionales, lo cual ocurrió en el presente caso, dado que la mesada pensional le fue reconocida aplicando una tasa de reemplazo del 79.16% y no del 90% como era su derecho.

PARTE DEMANDADA NOEL SAS: Que frente a la sentencia que emitió el Tribunal y que dio lugar al reintegro, no se dijo nada de la solución de continuidad del demandante y mucho menos de los aportes al SGP, por ende al tratarse de un tema discutible, sí se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Que la empleadora no solo afilió al actor al SGP, sino que cumplió con el pago de dichos aportes derivados del contrato de trabajo, aunado a que en el presente caso aplica la teoría del allanamiento a la mora de Colpensiones, dado que esta entidad nunca inició las acciones de cobro respectivas en favor del demandante, dando lugar con tal omisión a que sea ella la que asuma las consecuencias de dicha omisión.

Y que no está de acuerdo con la absolución de las Costas del proceso a Colpensiones, en la medida que la parte demandada es una sola, y solo se condenó a Noel SAS, y al ser una condena conjunta, las Costas deben seguir la misma suerte.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

- **Objeto:** Determinar si en el caso a estudio, la empresa Noel SAS está obligada al pago de los aportes del actor al SGP por el periodo comprendido entre el 04/05/1988 y el 19/10/1990 por mora en su cancelación; y si dichos aportes se encuentran prescritos. Aunado a ello, se debe establecer si el actor es beneficiario del régimen de transición pensional, y si procede la reliquidación de su mesada pensional aplicando una tasa de reemplazo del 90%, los extremos de pago y si proceden o no los intereses moratorios. Veamos:

PAGO APORTES AL SGP:

El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 establece que las cotizaciones al Sistema General de Pensiones son obligatorias durante la vigencia de la relación laboral por parte de los afiliados, empleadores y contratistas:

“Obligatoriedad de las cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen”.

De otro lado, el artículo 22 de la misma Ley preceptúa que el empleador será el responsable de la parte proporcional a su aporte y de realizar el descuento del aporte de los trabajadores a su servicio, debiendo responder por la totalidad del mismo en el evento de no haber efectuado el descuento al trabajador, veamos:

“Obligaciones del empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. ...

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”.

A su vez, el artículo 23 de la referida Ley establece como sanción por el no pago de los aportes, un interés moratorio a cargo del empleador:

“ART. 23.—Sanción moratoria. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso. ...”.

Ahora, el Tribunal Superior de Medellín en sentencia proferida el 28/06/1991 (folios 22 a 31) en la cual se ordenó el reintegro del actor a la empresa Industrias alimenticias Noel SA hoy COMPAÑÍA DE GALLETAS NOEL SAS, se dijo lo siguiente:

“En virtud del acto administrativo que se acaba de reseñar y frente a lo estatuido en los artículos 40 del decreto 2351 de 1965 y 39 del decreto 1469 de 1978, el vínculo jurídico continúa vigente y por consiguiente la parte empleadora se encuentra en la obligación de satisfacerle al señor Meneses Velásquez los salarios dejados de percibir mientras permanezca cesante, vale decir, entre la fecha en que fue desvinculado del servicio activo y aquella en que real y efectivamente sea reinstalado en el empleo, conforme lo prevé el artículo 140 del CST”.

Como puede verse, dicha Sentencia no se refirió expresamente a los aportes al SGP desde cuando se dio por terminado el contrato laboral del actor hasta la fecha de su reintegro, esto es, del 03/03/1987 al 19/10/1990; pese a que se trataba de una prestación consecencial necesaria o implícita a la orden de reintegro; no obstante la empleadora COMPAÑÍA DE GALLETAS NOEL SAS omitió el pago de tales aportes al SGP; pero mediante comprobante de pago del 30/06/2015 (folios 19 a 21), canceló a Colpensiones cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 03/03/1987 y el 03/05/1988, adeudando el pago de aportes al SGP por el actor entre el **04/05/1988 y el 19/10/1990** (126.428 semanas), los cuales deberán ser cancelados a plena satisfacción de Colpensiones, con sus respectivos intereses moratorios, como bien lo dedujo el A quo. **CONFIRMA.**

Y en cuanto a lo expuesto en el recurso de apelación sobre el cobro coactivo de dichos aportes que debió hacer Colpensiones en contra del empleador moroso, considera la Sala que de todas formas este último no puede ser exonerado del pago de los mismos ni de sus intereses, en la medida que los aportes a favor del afiliado no prescriben, porque están dirigidos a conformar el derecho pensional del afiliado, el cual es imprescriptible, siendo improcedente su declaración, como bien lo dedujo el A quo. Así lo sostuvo la CSJ

Sala de Casación Laboral en SL5041 del 18/08/2021, Rad. 82738, M.P IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ entre otras:

"En esa perspectiva, la Corte ha indicado que el derecho pensional no prescribe porque las semanas en el esquema de prima media o el capital necesario para financiar la prestación en el régimen de ahorro individual son aspectos esenciales para consolidar el derecho; de modo que tampoco están afectadas con dicho fenómeno extintivo las acciones que tienen las personas para reclamar los aportes no cubiertos por el empleador durante el lapso que tuvo a su cargo la obligación pensional, así no hubiera cobertura del ISS, y a través de cálculo actuarial o bono (CSJ SL 6 may. 2010, rad. 35083, CSJ SL 22 nov. 2011, rad. 40250; SL 8 may. 2012, rad. 38266; SL 27 feb. 2013, rad. 42530 y CSJ SL2944-2016)".

5

Y es que las AFP están obligadas a realizar todo el trámite administrativo establecido en el Decreto 2633 de 1994, tendiente a adelantar las acciones de cobro, no solo de los aportes pensionales sino también de los intereses que éstos causan por la mora en que hubieren incurrido los empleadores. **CONFIRMA.**

PENSION DE VEJEZ.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es del siguiente tenor:

"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 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**".

El Acto Legislativo 01 de 2005, preceptúa:

"Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse **más allá del 31 de julio de 2010;** excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas **al menos 750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales **se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014**".

Y el Decreto 758/90 en su Art. 12, consagra los requisitos de la pensión por vejez.

"Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón ... y,
- b) **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.**

El aquí demandante para el 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el sector privado, al cual se encontraba vinculado el mismo según la Historia Laboral de fls. 32 a 42, contaba con un total de 871.248 semanas cotizadas, lo cual equivale a 16.94 años, superando así el límite requerido (15 años de servicios) lo que al tenor de lo dispuesto en el antes citado Art. 36, le hizo ostentar la condición de beneficiario del régimen de transición pensional, condición que conservó hasta el año 2014, ya que al 29 de julio de 2005 (vigencia A.L. 01/05) contaba con 1.447.94 semanas cotizadas, esto es, más de las 750 exigidas por la norma en cita (H.L. folios 32 y 42).

Y para el 27/09/2014, dicho actor cumplió los 60 años de edad, presentando un total de 1.919.84 semanas, reuniendo así los requisitos mínimos para ser beneficiario de la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990. **CONFIRMA.**

Ahora, Colpensiones le reconoció pensión de vejez al actor, en Res. 9424 del 13/01/2017, en aplicación del artículo 33 de la ley 100/1993 modificado por la ley 797/2003, siendo procedente conforme a lo antes expuesto, su reajuste de conformidad con el Decreto 758 de 1990; y como una vez verificado el expediente digital, se aprecia que no existe prueba del valor de los salarios devengados por el actor en el periodo comprendido entre el 04/05/1988 y el 19/10/1990, se **CONFIRMARÁ** también la orden dada por el A quo a Colpensiones de reliquidar la mesada pensional del demandante teniendo en cuenta para ello el IBL que resulte después de haber recibido el pago de las cotizaciones al SGP, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, y que dichos valores serán pagados a la masa sucesoral del fenecido, toda vez que el actor falleció el 28/07/2020 (RCD, anexo 17).

INTERESES MORATORIOS

“Artículo 141 de la Ley 100 de 1993: A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”.

Art. 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 33 de la Ley 100 de 1993: “(...) (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.”.

La Jurisprudencia actual ha venido haciendo extensivos tales intereses a las Condenas impuestas por reliquidación pensional; por lo que en este caso se condenará a su pago, máxime que Colpensiones pudo y debió adelantar las acciones de cobro coactivo en contra del empleador moroso. **REVOCA- CONCEDE.**

Al respecto, encuentra la Sala que Colpensiones le reconoció pensión de vejez al actor, en Res. 9424 del 13/01/2017 (folios 46 a 56) y el demandante solicitó el pago del reajuste pensional el **05/12/2018** (folio 48), razón suficiente para condenar al pago de los intereses moratorios a partir del **06/04/2019** (4 meses siguientes a dicha reclamación) y hasta el **28/07/2020** (fecha de fallecimiento del actor - RCD, anexo 17), para lo cual Colpensiones tendrá en cuenta para su cálculo la suma obtenida por concepto de reajuste pensional; así mismo se **REVOCARÁ** la condena impuesta por concepto de indexación.

COSTAS PROCESALES. La co-demandada Noel SAS muestra inconformidad en su recurso con que Colpensiones haya sido absuelta del pago de tales Costas. Pues bien, considera la Sala que no le asiste interés jurídico a la Compañía Noel SAS para recurrir dicha absolución, dado que ésta solo puede apelar lo que le haya sido desfavorable, en este caso, la condena que al respecto se profirió en su contra. **CONFIRMA.**

Costas Procesales de Segunda instancia, a cargo de la Parte Co-demandada **NOEL SAS**, al no salir avante su recurso interpuesto, y a favor del demandante. Las Agencias en Derecho se fijan en la suma de 1 SMLV.

En mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **SEXTO** de la Sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, el 24 de agosto de 2021, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por el Señor **LUIS ALBERTO MENESES VELÁSQUEZ** en contra de la empresa **NOEL SAS y de COLPENSIONES**, en cuanto Absolvió del pago de los intereses moratorios y Condenó al de la indexación; para en su lugar, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** al pago de los primeros, desde el 06/04/2019 y hasta el 28/07/2020; y absolver del pago de la segunda, según las consideraciones antes expuestas.

SEGUNDO: Se CONFIRMA en todo lo demás.

TERCERO: Costas Procesales de Segunda instancia, a cargo de la Parte Co-demandada **NOEL SAS**, al no salir avante su recurso interpuesto, y a favor del demandante. Las Agencias en Derecho se fijan en la suma de 1 SMLV.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Los Magistrados,



NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ