

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dieciocho (18) de agosto de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **ARCADIO DE JESÚS GIRALDO**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y del señor **POMPILO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ**, tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-017-2020-00418-01**, venido a esta instancia en apelación de la sentencia de primera instancia y en consulta en favor de COLPENSIONES.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES:

El actor pretende con la presente demanda que se declare la existencia de una relación laboral con el demandando POMPILO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ y en consecuencia se le condene al pago de los aportes en mora, a través de un cálculo actuarial; y que se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez a partir del 30 de abril de 2019, o desde la solicitud pensional, con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las condenas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, relata el demandante que ha mantenido una relación laboral con el señor POMPILO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ, en calidad de empleador, con quien ha estado vinculado como trabajador desde el 1° de noviembre de 1995, a través de contrato a término indefinido, laborando inicialmente en el establecimiento de comercio de propiedad del demandado POMPILO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ, Restaurante de nombre; “NOCHE Y DIA”, desde, el primero (1°) de noviembre de 1995, y posteriormente, en el restaurante

de nombre; “DON JAIME”, desde el tres (3) de julio de 2007, hasta la actualidad, donde se ha desempeñado en el cargo de oficios varios en el área de la cocina, percibiendo como remuneración el salario mínimo legal durante toda la relación laboral.

Expone que su empleador POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ lo afilió a la seguridad social en pensiones al ISS hoy por Colpensiones a partir del primero (1°) noviembre de 1995, registrándose bajo la identidad personal, como empleador, y alternadamente, con el nombre del negocio que fue de su propiedad; Restaurante “NOCHE Y DÍA”.

Manifiesta que así mismo, su empleador irregularmente, también lo afilió bajo su mismo nombre, o a través de terceras entidades privadas, como PRECOOPERATIVA BRINDAR, PROASISTIR SAS, y en algunas oportunidades, según su historia laboral, sin el registro del nombre y que, además, durante la relación laboral que ha sido ininterrumpida, el empleador omitió realizar los pagos de varios periodos de tiempo relacionados con la seguridad social.

Señala que asumiendo que tenía la edad de pensión y el tiempo de cotización para pensionarse, solicitó ante COLPENSIONES, en diferentes oportunidades el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue negada a través de las Resoluciones; No. 010551 del 24 de junio de 2004, No. 007678 del 1° de mayo de 2006, GNR 356521 del 11 de noviembre de 2015, y SUB 235425 del 29 de agosto de 2019, esta última confirmada a través de la Resolución SUB 279052, del 9 de octubre de 2019.

Indica que teniendo en cuenta los vacíos, diferencias, inconsistencia, y periodos faltantes, los cuales su empleador omitió cancelar, tendría ya las semanas requeridas (1300 semanas) para la obtención de la pensión de vejez.

Finalmente, señala que la AFP COLPENSIONES, no le ha reconocido la PENSIÓN DE VEJEZ, y tampoco ha realizado cobro coactivo, a los empleadores morosos.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo*, despachó de manera favorable las pretensiones de la demanda, declarando la existencia de la relación laboral entre el actor y el señor POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ entre el 1 de noviembre de 1995 y el 30 de marzo del año 2020, condenándolo a efectuar el pago del cálculo actuarial a favor del demandante por los periodos dejados de cotizar de manera interrumpida entre el año 2004 y el

2011, y condenó a COLPENSIONES a efectuar la liquidación del título actuarial y a reconocer y pagar pensión de vejez al actor, a partir del 1° de julio del 2019 en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual, así como los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 11 de noviembre de 2019.

Finalmente autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo adeudado el porcentaje correspondiente al sistema de salud, declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y la condenó en costas.

Para fulminar condena, expuso la falladora de primer grado que, pese a que el demandante cuenta con un cúmulo de semanas cotizadas suficiente para acceder a la pensión de vejez sin tener en cuenta los periodos adeudados por el señor POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ, en todo caso, al haberse confesado por parte de dicho empleador que la relación laboral con el demandante no solo existió, sino que fue ininterrumpida entre el 1° de noviembre de 1995 y el 30 de marzo del año 2020, haba lugar a la condena a los aportes pensionales mediante el cálculo actuarial.

Seguidamente señaló la Juez que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en el en el Decreto 758 de 1990, como beneficiario del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993 el que conservó hasta el año 2014 dado que a la fecha de expedición del Acto Legislativo 001 de 2005 contabiliza 810,76 semanas sin tener en cuenta los periodos ordenados a través del cálculo actuarial, y cuenta con más de 60 años de edad, a los que arribó desde el año 2002 cumpliendo el requisito de las 1000 semanas en cualquier tiempo desde el año 2011.

En cuanto a la fecha de disfrute de la prestación, indicó la *a quo* que si bien el demandante reclamó en varias oportunidades el reconocimiento del derecho pensional ante Colpensiones, debe reconocerse la pensión a partir del 1° de julio de 2019, dado que el actor reclamó administrativamente la pensión el 10 de julio de 2019 y a diferencia de las dos reclamaciones anteriores, ya contaba con los requisitos para acceder a la prestación y además había dejado ya de cotizar al sistema general de pensiones, indicando que no pueden tenerse en cuenta para establecer la fecha inicial del disfrute pensional, ni la reclamación elevada en el año 2002 en la cual aún el actor no contaba con el requisito mínimo de semanas cotizadas, ni tampoco la reclamación efectuada en el año 2015, pues aunque Colpensiones negó el derecho por no contar con el mínimo de semanas, se observa que con posterioridad a ello el demandante continuó cotizando.

Por otra parte, indicó la Juez que, si bien el apoderado del demandante en sus alegatos hace alusión a una presunta inducción en error por parte de Colpensiones, dicho tema no fue objeto de demanda, pues en el libelo genitor se solicitó el reconocimiento de la prestación a partir del 30 de abril de 2019 o en su defecto a partir de la solicitud.

En cuanto a los intereses moratorios manifestó que los mismos resultaban procedentes en tanto Colpensiones contaba con 4 meses para reconocer la pensión y por tanto el reconocimiento de la citada prestación debió darse dentro de los cuatro meses posteriores al 10 de julio de 2019.

Finalmente, en cuanto la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones al dar respuesta a la acción, adujo la falladora de primer grado que la misma no estaba llamada a prosperar en razón a que no han transcurrido 3 años desde el momento en que el demandante causó el derecho.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por los apoderados judiciales del demandante y de Colpensiones en los siguientes términos:

APELACIÓN DEL DEMANDANTE.

El apoderado judicial del demandante, apela parcialmente la decisión, indicando en síntesis que no se encuentra de acuerdo con la fecha a partir de la cual se dispuso el reconocimiento de la pensión por parte de la *a quo*, en razón a que fueron las inconsistencias de Colpensiones en la información de la historia laboral del demandante, derivadas a su vez de la omisión del deber de cobrar los aportes no sufragados por el empleador, las que indujeron en error al actor y lo obligaron a continuar cotizando al sistema de pensiones, pues para el año 2015 en que Colpensiones le negó el reconocimiento pensional y le indicó que debía continuar cotizando hasta alcanzar las 1300 semanas de cotización, este ya cumplía con los requisitos legales para acceder a la pensión y tenía además la intención de dejar de cotizar al sistema y en razón a ello fue que radicó su solicitud pensional.

Expone que en lo que tiene que ver con el retroactivo pensional, debe tenerse en cuenta el principio que reza que lo sustancial prima sobre lo procedimental, y que en el presente caso el Juez laboral cuenta con facultades extra y ultra petita, por lo que solicita que se modifique la fecha de reconocimiento pensional y se reconozca la prestación a partir del año 2015.

APELACIÓN DE COLPENSIONES.

El apoderado judicial de Colpensiones apela parcialmente la sentencia solicitando modificar la fecha a partir de la cual se reconoce la prestación en favor del demandante, indicando que si en el proceso se consideró por parte de la *a quo* que el demandante tuvo un vínculo laboral con el codemandado POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ hasta el mes de marzo de 2020 y en consecuencia se condenó a dicho empleador al reconocimiento y pago de un cálculo actuarial, debió entonces darse aplicación a lo señalado en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, en el sentido de entender que al momento de calcular el retroactivo pensional es necesario tener en cuenta hasta la última semana cotizada al sistema.

Indica que si se encontró que el demandante si prestó sus servicios personales para el señor POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ hasta el mes de marzo de 2020 y que devengó un salario mínimo como contraprestación hasta dicha calenda, igualmente debió haberse ordenado el pago del cálculo actuarial hasta esa misma fecha y no solo hasta el 2011, es decir, que debieron haberse incluido en dicho cálculo las semanas transcurridas desde la última cotización que presenta el demandante en su historia laboral que corresponde al mes de junio de 2019 hasta el mes de marzo de 2020, razón por la cual, a su juicio el retroactivo pensional debe ser reconocido a partir del mes de marzo de 2020.

Por otra parte, indica que la pretensión de intereses moratorios no estaba llamada a prosperar, en tanto Colpensiones trató de consolidar en varias ocasiones la información de la historia laboral, siendo la última ocasión, a la que se dio inicio a raíz de la solicitud de un trámite administrativo para el reconocimiento de los tiempos que se decían haber sido cotizados por el codemandado POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ a través de diferentes cooperativas, por lo que debe analizarse que es con la consolidación que realiza Colpensiones de las semanas de la historia laboral que al demandante se le puede reconocer la pensión de vejez que le había sido negada.

Expone que ha quedado establecido de vieja data por la jurisprudencia laboral que el reconocimiento de intereses moratorios no es una cuestión absoluta y que cuando las administradoras de pensiones niegan el reconocimiento del derecho con apego a la Ley, no resulta procedente el reconocimiento de dichos intereses y si bien en este caso se señala por la parte demandante de una presunta inducción en error, lo cierto es que tal figura no tiene consagración legal sino que, por el contrario es una construcción jurisprudencial, las cuales no generan que Colpensiones a priori reconozca intereses

moratorios, pues lo que debe tenerse en cuenta es la norma aplicable al caso concreto, la cual en el presente caso no es otra que los artículo 13 y 35 del Decreto 758 de 1990.

Finalmente, indica que el apoderado de la parte demandante realiza de manera errada el análisis referido a la prescripción, en tanto solicita el reconocimiento de la prestación desde el año 2015, pero resulta que entre el año 2015 y la fecha en la cual se radicó la demandada ya habían pasado los 3 años que consagran los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS.

4. DE LAS ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados del demandante y de Colpensiones, presentaron alegatos de conclusión, resumidamente en los siguientes términos:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

El señor **ARCADIO DE JESÚS GIRALDO**, tiene derecho a que se le reconozca y pague el retroactivo desde la fecha en que se le causo el derecho, esto es, **el 31 de agosto de 2014, al cumplir con las 1000 semanas de cotización, y tener más de la edad de 60 años**, luego de demostrarse la omisión del empleador, en el pago de cotizaciones durante una relación de trabajo ininterrumpida, y la falta de gestión de COLPENSIONES, para desplegar la recuperación de aportes mediante el cobro coactivo, que no impide, que el juez, determine también su responsabilidad, ante el sistema de pensiones, para el pago de la Pensión pertinente de manera retroactiva.

En el caso en concreto ha de considerarse la condición del afiliado, de ser beneficiario del régimen de transición, y de que para resolver su situación ha de aplicársele el Decreto 758 de 1990 y el Acuerdo 049 de 1990, de donde, debió habersele resuelto a mi poderdantes, oportunamente y positivamente su derecho a la pensión, luego de su solicitud, mediante la **RESOLUCIÓN GNR 356521 del 11 de noviembre de 2015**, de donde, la misma entidad; COLPENSIONES, **admite haber resuelto negativamente**, según lo expresado, dentro de la **RESOLUCIÓN 235425 del 29 de agosto de 2019**, respecto a la solicitud del afiliado para dicha época.

En el análisis del caso en concreto es preciso, tomar en cuenta, la aplicación de la tesis de inducción al error.

Por lo siguiente, y tal como lo ha venido analizando la corte, en razón a dicha aplicación. En la pensión de vejez, necesariamente, hay dos momentos que se deben tener en cuenta: la causación y el disfrute de esta.

La causación de la pensión no es más que cuando el afiliado reúne los presupuestos trazados por la ley para adquirir el derecho pensional, momento en el que tal garantía ingresa en el patrimonio de la persona, indistintamente de su reconocimiento.

Por su parte el disfrute es, cuando efectivamente se empieza a disfrutar de los beneficios que la pensión otorga a su titular, esto es, esencialmente, el momento en el cual se empiezan a percibir las mesadas pensionales.

Para este último aspecto, el legislador, en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, estableció que era necesaria la desafiliación del sistema pensional, esto es, el cambio definitivo de afiliado cotizante o afiliado inactivo a pensionado. Este aspecto, generalmente se debe informar de manera expresa al ente de seguridad social, para lo cual se han establecido, entre otras formas de hacerlo, la novedad de retiro.

Pero como lo analizado la corte, y para el caso en concreto, comunicar la novedad de retiro no es siempre garantía de que la persona se va a desafiliar del sistema pensional, sino que, debe ir acompañado de otros actos exteriores e inequívocos que den a entender el ánimo de dejar de cotizar y pasar a disfrutar de la mesada pensional.

Suceden casos como el que nos incumbe, en que, así el afiliado, al momento de elevar la petición no tenga consolidado el derecho pensional, si la información que la entidad brinda al momento de la negativa resulta abiertamente contraria a la realidad y hace exigencias que en realidad no corresponden para consolidar el derecho pensional, **se debe considerar que hay inducción al error y la prestación se deberá conceder desde el momento en que realmente se consolide el derecho**, debiendo obviarse los aportes efectuados con posterioridad a ese momento.

Así lo ha indicado la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL, en sentencias como la del 6 de julio de 2017, con Rad. 2015-00405.

Respecto al señor ARCADIO DE JESÚS GIRALDO, estuvo todo el tiempo con la intención de retiro y con el propósito de obtener su pensión.

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, señala:

“La pensión de vejez, se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para

su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.”

Por su parte, el artículo 35 ibidem, indica:

“Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión.”

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también, ha sostenido de manera reiterada, que cuando se trata de una prestación concedida en virtud del régimen de transición, el disfrute de la pensión -en principio- está condicionado a la desafiliación formal del Sistema. **Sin embargo**, la aplicación de este criterio gramatical ha sido morigerada en algunos casos en los que, por sus peculiaridades, ha ameritado una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado **ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos**, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos, lo anterior con fundamentos jurisprudenciales de; **rad. 34514 del 1º sep. 2009**; **rad. 39391 del 22 feb. 2011**; **rad. 37798 del 15 May. 2012, y la sentencia SL 15559 de 2017.**

Por otra parte, en la **Sentencia 38558 del 6 de julio de 2011, reiterada en la Sentencia 37798 del 15 de mayo de 2012**, la Corte se refirió a 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, y señaló que “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 desafiliación al sistema”.

También, en contextos en los cuales el afiliado despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al Sistema, como lo sería el cese definitivo de las cotizaciones y la presentación de la reclamación administrativa, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del Sistema, con fundamentos Jurisprudenciales de la Corte en; **rad. 35605 del 20 oct. 2009; y sentencias; SL4611-2015 y SL5603-2016).**

En este orden podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del Sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, 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.

No obstante, debe estimar la Sala, que el presente asunto es uno de los casos especiales que, según la jurisprudencia ya referida, ameritan una aplicación excepcional de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990.

En efecto, la última cotización del demandante fue efectuada en el 2019, gracias a que en la segunda oportunidad después de la insistencia del afiliado, en razón a su avanzada edad, buscando su derecho a pensión, lo cual se denota sus intenciones tan evidentes, con todas las solicitudes, resueltas negativamente, en resoluciones de parte del ISS, y de la hoy COLPENSIONES, durante los años, desde el 2004, 2006, 2015, y 2019, donde la entidad demandada le aseguró que NO tenía derecho a la pensión, porque no reunía el requisito mínimo de semanas, cuando lo cierto era que, las mismas se habían completado con suficiencia desde agosto de 2014, como beneficiario del régimen de Transición.

COLPENSIONES – demuestra haber inducido en error al afiliado, su falta de gestión en la exigencia de la novedad de retiro, y en la gestión de cobro coactivo, produjo error, y al exigir al afiliado a seguir cotizando, provocó que se retardara más de lo previsto, en obtener la pensión de vejez.

Lo anterior fue discutido dentro del proceso para la decisión de primera instancia, por tal razón se le pide al honorable Tribunal Superior de Medellín – reconocer la solicitud, atendiendo la integralidad, de los hechos, la aplicación de la realidad frente a las formalidades, reconociendo la Pensión Retroactiva, intereses moratorios, indexación y costas, en apelación, como objeto del proceso, teniendo en cuenta que las pretensiones Procesales, se sirvieron de unas mismas pruebas, aportadas por la entidad Demandada.

OTROS FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

En relación con la Responsabilidad de las entidades Administradoras por no adelantar las gestiones de Cobro de los aportes: Sentencia – SL 13388 de 2014, Sentencia – SL 9808 de 2015, SL 13276 de 2015 y SL 16086 de 2015

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe a determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo los postulados del artículo 12 del Decreto 758 de 1990 y en caso afirmativo, habrá de establecerse la fecha a partir de la cual debe darse el disfrute de la citada prestación y si sobre las mesadas pensionales adeudadas Colpensiones debe reconocer y pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo habrá de dilucidarse si para efectos del cálculo actuarial que se condenó a pagar al señor POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ, deben incluirse los periodos de cotización correspondientes al interregno que va, desde el 1 de julio de 2019 y el 30 de marzo de 2020.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta corporación judicial para conocer de la apelación y de la consulta de la sentencia de primera instancia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de COLPENSIONES, se consultará la sentencia de primer grado en favor de esta última entidad por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

En lo que interesa resolver en esta instancia, se tiene que el demandante, pretende a través de este proceso que se condene a la entidad demandada reconocerle y pagarle pensión de vejez con fundamento en el Decreto 758 de 1990, como beneficiario del régimen de transición del Art. 36 de la ley 100 de 1993.

En primer término abordará esta colegiatura en el grado de consulta en favor de Colpensiones, el análisis del tema referido a si el accionante es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y es de esta manera como quiera que se encuentra probado que el actor nació el **26 de mayo de 1942**, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía que milita a folio 24 del documento 01 del expediente digital, para la fecha de entrada en vigencia del sistema pensional de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, e igualmente, se encontraba afiliado al I.S.S., hoy COLPENSIONES, antes de

esta calenda, como se acredita con el registro de semanas cotizadas por el actor más actualizado, que obra a folios 597 a 607 del expediente (Documento 12 del expediente digital), siendo su primera cotización el **1° de abril de 1967**, con el empleador SALSAMENTARIA MORENA, por lo que en principio es beneficiario del régimen de transición de pensiones de vejez del extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES.

Ahora, el Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso en su parágrafo transitorio 4to, que el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 terminaba el 31 de julio de 2010, dejando a salvo a quienes estando en dicho régimen, tuvieran a la fecha de su expedición (29 de Julio de 2005), 750 o más semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios, a los que se les extiende el régimen de transición hasta el año 2014.

Revisado el último reporte de semanas cotizadas por el actor aportado por COLPENSIONES obrante a folios 597 a 607 del expediente (Documento 12 del expediente digital), se constata que el demandante al 25 de julio de 2005, registraba un total de **804,72 semanas cotizadas** al ISS, sin incluir las semanas del cálculo actuarial al que se condenó a pagar al señor POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ, número de semanas superiores a las 750 semanas que exige el Acto Legislativo en comento para extender el régimen de transición hasta el 2014, por lo que tal régimen le subsiste al demandante hasta este año.

Es así, que el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, otorga derecho a pensión de vejez al afiliado o afiliada al régimen pensional del ISS, que tenga cotizadas 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para beneficiarse de la citada pensión o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Acorde a lo anterior, conforme al referido reporte de semanas cotizadas obrante en el documento 12 del expediente digital, que fue aportado por Colpensiones, el promotor del litigio registra un total de **1411,57 semanas cotizadas al 30 de junio de 2019**, sin embargo, como bien lo señaló la *a quo*, aun sin tener en cuenta el tiempo dejado de cotizar por el codemandado POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ, desde el año 2011 el actor había arribado al mínimo de 1000 semanas para acceder a la pensión de vejez.

Con base en los anteriores argumentos, se confirmará la decisión de la *a quo*, en cuanto otorgó a pensión de vejez al promotor del litigio, pues desde el 26 de mayo de 2002 cumplió con el requisito de los 60 años de edad mínima para obtener el derecho

a la pensión, y arribó a las 1000 semanas de cotización en el año 2011, habiéndose extendido en su caso el régimen de transición del art. 36 de la ley 100 de 1993 hasta el año 2104 como ya se explicó. Igualmente se ajusta a derecho el otorgamiento de la pensión en el número 14 mesadas de mesadas al año, dado que, incluso sin tener en cuenta los periodos en mora que fueron objeto de condena mediante el cálculo actuarial, el demandante causó la pensión antes del 31 de julio de 2011, en tanto arribó al mínimo de 1000 semanas de cotización el 30 de junio de 2011, fecha para la cual ya había cumplido la edad mínima pensional de 60 años.

Dilucidado lo anterior, pasa la Sala a resolver los puntos de apelación tanto de la parte demandante como de Colpensiones, referentes a la partida inicial del derecho al disfrute de la pensión de vejez.

Argumenta el apoderado del demandante en la apelación, que la prestación debe ser reconocida a partir del año 2015, en tanto fueron las inconsistencias de Colpensiones en la información de la historia laboral del demandante, derivadas a su vez de la omisión del deber de cobrar los aportes no sufragados por el empleador, las que indujeron en error al actor y lo obligaron a continuar cotizando al sistema de pensiones, pues para el año 2015 en que Colpensiones le negó el reconocimiento pensional y le indicó que debía continuar cotizando hasta alcanzar las 1300 semanas de cotización, ya cumplía con los requisitos legales para acceder a la pensión y tenía además la intención de dejar de cotizar al sistema y en razón a ello fue que radicó su solicitud pensional.

Para resolver dicho recurso, es necesario tener en cuenta que la Ley 100 de 1993, consagra en el inciso 2º del artículo 31, que al Régimen de Prima Media con Prestación Definida le *“Serán aplicables las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en la citada ley.”*, de tal manera que como el derecho pensional del actor le fue reconocido conforme al régimen de prima media con prestación definida, es por ello que le son aplicables las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, en el ISS antes de esta ley, en lo que concierne a la causación y disfrute de la pensión, pues la Ley 100, no trajo disposición que regulara o modificara este aspecto y es de esta manera que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, estipula lo siguiente:

“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su

liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.” (Subrayas propias.)

Frente al tema de inducción en error a seguir cotizando que expone como argumento el apoderado del demandante para solicitar que el derecho pensional sea reconocido a partir del año 2015, ha de manifestar esta Sala que, como bien lo concluyó la Juez *a quo*, pese a las facultades extra y ultra petita con las que cuentan los jueces laborales conforme lo dispone el artículo 50 del CPT y de la SS, resulta indispensable para hacer uso de dichas facultades, que los hechos que originan la condena que se pretende impartir, hayan sido discutidos en el proceso, lo cual no ocurre en el presente caso, pues de la lectura de la demanda, se evidencia claramente que en ninguno de los hechos de la demanda se expone siquiera transversalmente el tema de la inducción al error ni se realiza reproche alguno en contra de Colpensiones a raíz de la negativa al reconocimiento de la prestación en el año 2015, motivos más que suficientes para confirmar la decisión de la *a quo* de no pronunciarse al respecto en la sentencia de primera instancia.

Por su parte, el apoderado de COLPENSIONES solicita que la prestación sea reconocida a partir del mes de marzo de 2020, indicando que si en el proceso se consideró por parte de la juez que el demandante tuvo un vínculo laboral con el codemandado POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ hasta el mes de marzo de 2020 y en consecuencia se condenó a dicho empleador al reconocimiento y pago de un cálculo actuarial, debió entonces darse aplicación a lo señalado en los artículo 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, en el sentido de entender que al momento de calcular el retroactivo pensional es necesario tener en cuenta hasta la última semana cotizada al sistema.

Adicional a ello, expone que si se encontró que el demandante prestó sus servicios personales para el señor POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ hasta el mes de marzo de 2020 y que devengó un salario mínimo como contraprestación hasta dicha calenda, igualmente debió haberse ordenado el pago del cálculo actuarial hasta esa misma fecha y no solo hasta el 2011, es decir, que debieron haberse incluido en dicho cálculo las semanas transcurridas desde la última cotización que presenta el demandante en su historia laboral que corresponde al mes de junio de 2019 hasta el mes de marzo de 2020, razón por la cual, a su juicio el retroactivo pensional debe ser reconocido a partir del mes de marzo de 2020.

Frente al anterior argumento, debe tenerse en cuenta que, si bien el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 dispone que son afiliados obligatorios, entre otros, “*todas aquellas*

personas vinculadas mediante contrato de trabajo...”, indicándose además en el Inciso 1 del artículo 17 ibidem, que “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.”, lo que en principio podría conducir a aceptar la solicitud del apoderado de Colpensiones de que se ordene adicionar el cálculo actuarial y se disponga efectuar también el pago de las cotizaciones posteriores a junio de 2019, no puede pasar por alto esta superioridad que el mismo Artículo 17 en su Inciso 2 dispone claramente que “La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez...”

Corolario de lo anterior, al haber acreditado el demandante los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, desde el 30 de junio de 2011, puede concluirse con meridiana claridad, que todas las cotizaciones realizadas con posterioridad a dicha calenda fueron realizadas de manera voluntaria por este, y en ese orden de ideas, más allá de que la relación laboral del actor con el codemandado POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ se haya extendido hasta el mes de marzo de 2020, como lo concluyó la Juez de primera instancia, al haber cesado el actor en pago de las cotizaciones que venía realizando al sistema General de Pensiones a partir del junio de 2019 y haber solicitado el reconocimiento de la prestación de vejez, debe tenerse como desafiliado del sistema desde su última cotización, no existiendo por tanto obligatoriedad de este de cotizar el interregno pretendido por el apoderado de Colpensiones, por lo que se desestiman los argumentos del recurso de Colpensiones encaminados no solo a la ampliación de la orden de cálculo actuarial, sino al reconocimiento pensional a partir del año 2020, pues, como ya se anotó, en el presente caso el demandante se retiró tácitamente del sistema general de pensiones desde el 30 de junio de 2019, al cesar las cotizaciones y solicitar el reconocimiento de la pensión el 10 de julio de 2019, como se advierte de la resolución SUB 235425 del 29 de agosto de 2019 visible a folios 373 a 378 del plenario (Documento 06 del expediente digital) y por tal motivo, el disfrute de la prestación de vejez en su caso debía darse a partir del día siguiente a la última cotización, esto es, a partir del 1° de julio de 2019 como efecto lo concluyó la *a quo*, por lo que se confirmará igualmente la decisión en tal sentido.

En lo referente a la **excepción de prescripción** formulada por Colpensiones a folio 58, se advierte que, como lo sentenció la falladora de primer grado, esta no tiene operancia en el presente asunto, dado que si bien se observa una imprecisión de la *a quo* al señalar que no trascurrieron 3 años desde el momento en que el demandante

causó el derecho, pues en el presente caso el derecho se causó desde el año 2011, sí se advierte por parte de la Sala que ninguna de las mesadas a reconocer se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo, por cuanto el disfrute de la prestación tuvo lugar el 1° de julio de 2019 y la demanda, acto con el cual, a juicio de la Sala se interrumpió la prescripción que venía corriendo desde el mes de noviembre de 2015 cuando Colpensiones negó el derecho pensional al actor, contando este con todos los requisitos legales para dicha calenda, fue radicada el 30 de noviembre de 2020.

En cuanto a los intereses que reclama el actor por la mora en el reconocimiento y pago de la pensión demandada, si bien no se discute que, como lo afirma Colpensiones en su recurso de alzada, la Jurisprudencia Laboral ha señalado reiteradamente que el reconocimiento de intereses moratorios no es una cuestión absoluta y que cuando las administradoras de pensiones niegan el reconocimiento del derecho con apego a la Ley, no resulta procedente el reconocimiento de dichos intereses, lo cierto es que, a juicio de la Sala, en el caso de marras el derecho a los citados intereses es procedente, pues, por una parte, se trata de una pensión que se adquirió en vigencia y con fundamento en Ley 100 de 1993, y la jurisprudencia de la SCL de la CSJ ha precisado que las pensiones que se otorguen con fundamento en el Decreto 758 de 1990 en aplicación del régimen de transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, hacen parte del sistema general de pensiones de la ley 100 de 1993 por cuanto el art. 31 de esta ley incorporó las normas pensionales del ISS vigentes antes de la ley 100 a el nuevo sistema de la ley 100, y por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que los intereses de que trata el Art. 141 de la citada ley, se causan desde la fecha en que se venció el término de 4 meses que tenía el ISS, para reconocer y pagar la pensión, por lo que, como quiera que la reclamación administrativa de la pensión se formuló se formuló el 10 de julio de 2019, como se anota en la Resolución SUB 235425 del 29 de agosto de 2019 visible a folios 373 a 378 del plenario (Documento 06 del expediente digital), a través de la cual Colpensiones negó la prestación pensional al demandante, los intereses moratorios deben correr a partir del 11 de noviembre de 2019, como lo determinó acertadamente la *a quo*, por lo que se confirmará la condena a los citados intereses.

Ahora no es de recibo el aumento de Colpensiones, que la pensión no se pudo reconocer administrativamente por cuanto se hizo necesario consolidar la historia laboral del demandante, toda vez que tal consolidación se debió haber efectuado cuando menos, desde el momento que el actor presentó su petición del año 2015, cuando ya completaba desde el 2011 las 1000 semanas cotizadas.

Pese a lo anterior, en el grado de consulta en favor de Colpensiones, se ADICIONARÁ la sentencia, en el sentido de indicar que sobre el porcentaje del 12%, correspondiente al aporte al sistema de salud que se descuenta del retroactivo pensional que se condenó a pagar, no se causan los intereses moratorios en favor del actor, en atención a que a partir de la Sentencia del proceso de MARÍA EUGENIA OSSA PÉREZ, contra COLPENSIONES, que se tramitó bajo el radicado, 05001 31 05 001 2016 00313, esta Sala del Tribunal consolidó el criterio que sobre tal porcentaje, no se liquidan intereses a favor del pensionado, indicando lo siguiente en la referida sentencia:

“Finalmente, respecto de lo expuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en la apelación y en los alegatos de esta instancia, en el sentido que se tenga en cuenta que los descuentos en salud, no generan intereses de ningún tipo, por lo tanto, este valor, no puede ser tenido en cuenta al momento de liquidar los intereses moratorios, esta Sala del Tribunal considera que le asiste razón a la recurrente, pues los intereses del Art. 141 de la Ley 100 de 1993, a favor del pensionado, deben liquidarse sobre el monto de la pensión que legalmente le pertenece, que es el que en realidad dejó de percibir, y sobre el que se puede causar el perjuicio que se resarce con los intereses. De aceptarse que el pensionado reciba intereses sobre el porcentaje del aporte al sistema de salud, que en todo caso no habría recibido aún en el evento que la pensión hubiera sido pagada oportunamente, constituiría un enriquecimiento sin causa.

De esta manera, a pesar que esta Sala del Tribunal, había tenido vacilaciones sobre el anterior asunto, a partir de esta Sentencia, asume el criterio, que el porcentaje del aporte al sistema de salud, que por mandato legal se debe descontar de la pensión, no genera intereses a favor el pensionado.”

Conforme las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada debe ser CONFIRMADA Y ADICIONADA en los términos anteriormente descritos.

Sin costas en esta instancia por haber sido vencidas ambas partes en el recurso de apelación.

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 31 de mayo de 2021, proferida por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **ARCADIO DE JESÚS GIRALDO** en

contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y del señor **POMPILIO DE JESÚS MARULANDA FLÓREZ**.

SEGUNDO: ADICIONAR, la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que, sobre el porcentaje del 12% correspondiente al aporte al sistema de salud, que se dispuso descontar de las mesadas pensionales de las que se produjo la condena, no se liquidarán intereses moratorios a favor del demandante.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

La presente sentencia se notifica a las partes por EDICTO.

Vuelva el expediente al juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma el acta por quienes intervinieron en la decisión, los Magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e27efad578320559e003fe531a78f0e478d31daae086300f3aaa26bd696ca360**

Documento generado en 18/08/2022 03:23:44 PM

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