



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Acta Nro. 38

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ROSA ELISA GARCIA DE PEREZ
Demandado: COLPENSIONES y OTROS.
Procedencia: JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN
Radicado No.: 05001-31-05-021-2016-01101-01 (19-178)

En Medellín, a los trece (13) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 del Decreto Legislativo No 806 del 04 de junio de 2020, y en consonancia con el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 05/06/2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, los magistrados integrantes de la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, **VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE y CARLOS JORGE RUIZ BOTERO**, una vez discutido y aprobado el respectivo proyecto de sentencia, se procede a decidir el recurso de apelación presentado por las partes procesales, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, dentro del proceso ordinario instaurado por **ROSA ELISA GARCIA DE PEREZ** en contra de **CABLE UNIÓN S.A., TELMEX COLOMBIA S.A. y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, radicado bajo el No. 05001-31-05-021-2016-01101-01 (19-178).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la siguiente sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

La señora ROSA ELISA GARCIA DE PEREZ formuló demanda persiguiendo en relación con CABLE UNIÓN S.A. y TELMEX S.A. el reconocimiento del cálculo actuarial o título pensional por los tiempos laborados entre el 29 de julio de 1994 al 30 de septiembre de 2003, consiguientemente a lo anterior, solicita de COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, las mesadas adicionales, los intereses moratorios, la indexación, y las costas procesales, o de manera subsidiaria que CABLE UNIÓN S.A. y TELMEX S.A. proceda al reconocimiento de la pensión, el retroactivo y los intereses moratorios, con fundamento en que a través de sustitución patronal laboró para Investigación Técnica y Comunicación S.A. E.S.P, luego Cable Unión S.A., y posteriormente T.V. Cable del Pacífico S.A., hoy TELMEX S.A. desde el 29 de junio de 1994 hasta el 31 de diciembre de

2003; que presentó inconsistencias en las semanas cotizadas, razón por la cual solicitó a COLPENSIONES la corrección de la historia laboral, pero que aún faltan por corregir 6.57 semanas; que COLPENSIONES omitió el deber de realizar el cobro coactivo de las cotizaciones ante el empleador; que el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, le ha negado el reconocimiento pensional en varias oportunidades a través de las resoluciones Nos. 104577 de 2011, 26952 de 2012, GNR 261687 de 2013, y GNR 87696 de 2014, con el argumento de que no acredita las semanas mínimas para causar el derecho pensional; que sumando las 6.57 semanas que no le aparecen en la historia laboral, logra acreditar 503.57 semanas en toda su vida laboral, mismas que le permiten el reconocimiento pensional con el Acuerdo 049 de 1990, y a partir del 14 de octubre de 2009.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 28 de noviembre de 2016 (Fl. 62), con el cual ordenó su notificación y traslado a la parte accionada.

El extremo pasivo de la relación procesal COLPENSIONES contestó la demanda el 09 de febrero de 2017 (Fols. 63 a 71), oponiéndose a las pretensiones incoadas por la actora con fundamento en que le compete a ella demostrar los hechos alegados. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez, inexistencia de la obligación de Colpensiones de recibir aportes a seguridad social retroactivamente, inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios, improcedencia de la indexación de las condenas e intereses moratorios de maneras simultánea, prescripción, y compensación.

Por su parte TELMEX COLOMBIA S.A. presentó réplica de la demanda el 18 de abril de 2017 (Fols. 99 a 112), aduciendo que de la forma como se presenta la demanda no existe la sustitución patronal alegada, dirigiéndose la pretensión contra un tercero, y además que no indica a que periodos de tiempo concretamente se dejaron de cotizar, y en todo caso, la obligación pensional se subrogó en Colpensiones, razón por la cual no es la entidad llamada a responder por los aportes pensionales. Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de título y causa en el demandante, cobro de lo no debido, pago y compensación, prescripción, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, y la genérica.

Por su parte CABLE UNIÓN S.A. a través de curador ad litem dio respuesta a la demanda el 15 de noviembre de 2017 (Fol. 139), oportunidad en la cual manifestó que se opone a las pretensiones, ateniéndose a lo que se pruebe.

Con auto del 17 de noviembre de 2017 (Fol. 140), se tuvo por contestada la demanda por parte de las entidades demandadas.

1.2.- DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 01 de agosto de 2019 (Fols. 186 a 189 con el Cd de la audiencia), con la que el cognoscente de instancia declaró la sustitución patronal en el contrato de trabajo celebrado entre la demandante y las sociedades Investigación Técnica y Comunicación S.A. E.S.P., Cable Unión S.A., Telmex Colombia S.A. y Comcel S.A., en consecuencia condenó a COMCEL S.A. a pagar ante COLPENSIONES el cálculo actuarial por los aportes correspondiente al tiempo comprendido en el mes de septiembre de 2001 y del 26 al 31 de diciembre de 2003, teniendo en cuenta para el año 2001 un salario de \$ 310.00 y para el año 2003 la suma de \$ 400.000; ordenó a COLPENSIONES a recibir el título pensional y a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 16 de septiembre de 2013, ordenando un retroactivo de \$ 57.820.710, causado desde el 16 de septiembre de 2013 hasta el 31 de julio de 2019, y a partir del 01 de agosto de 2019 ordenó que COLPENSIONES siga reconociendo la pensión en cuantía de un salario mínimo legal vigente, sin perjuicio de los incrementos de ley y teniendo en cuenta 2 mesadas adicionales por año, autorizando a COLPENSIONES a efectuar los descuentos en salud; igualmente, condenó a COMCEL S.A. a la indexación del retroactivo desde su exigibilidad hasta que se verifique el pago; finalmente, gravándola en costas procesales.

1.3 APELACIÓN

La sentencia de instancia fue apelada por la demandante y COMCEL S.A.:

DEMANDANTE: manifestó que debe imponerse condena por el pago de intereses moratorios, bien sea a COLPENSIONES o a COMCEL S.A., ya que al no haberse reportado la novedad de retiro por parte del empleador en el periodo de septiembre de 2003 debía COLPENSIONES cobrar ese periodo ante el empleador, asumiendo una

actitud pasiva y omisa, desconociendo tal periodo para el reconocimiento pensional, debiendo tenerlo en cuenta; que de manera subsidiaria debe COMCEL S.A. responder por los intereses moratorios, en la medida en que le privó a la actora de disfrutar de su pensión de vejez por faltarle esas dos semanas que omitió cotizar.

COMCEL S.A.: solicita que se revoque la sentencia, y para ello aduce que respecto del periodo de septiembre de 2003 se aportó en el expediente a folios 114 a 116 un soporte de pago de Cable Pacifico S.A., y por ello, con arreglo a lo establecido en el artículo 1628 del Código Civil se presume su pago, pues tal disposición establece que luego de tres pagos sucesivos se presume el pago de los anteriores periodos; que respecto del pago de los 5 días de diciembre, al ser una negación indefinida debía Colpensiones entrar a demostrar que el pago no se realizó; que la Corte Constitucional por vía de tutela ha considerado que COLPENSIONES al no realizar el cobro se allana a la mora; que no está de acuerdo con condenar al cálculo actuarial, ya que no se predica omisión del empleador, y lo procedente solo es el pago de aportes; que la indexación ordenada a cargo de COMCEL S.A. es incompatible con la condena de intereses moratorios respecto de los aportes, aunado a que las mesadas pensionales quedaron a cargo de COLPENSIONES; que respecto a la sustitución patronal hace alusión a que Cable Unión S.A. es la que debe responder por los aportes pensionales.

En la oportunidad procesal para presentar alegación sostuvo que por parte de la entidad que representa se realizaron todos los aportes por concepto de seguridad social en pensiones, y para ello aduce que existe soportes de pago, que no fueron valorados por el a quo; que respecto al cálculo actuarial no es procedente que se le imponga una sanción similar a la del empleador moroso, y en lo que respecto al retroactivo pensional e indexación aduce que se le está condenando dos veces por el mismo concepto, ya que adicional a ello se ordena el cálculo actuarial.

1.4 CONSULTA

Teniendo en cuenta que la decisión adoptada en primera instancia, fue adversa a los intereses COLPENSIONES, se examinará la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

2. ANALISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de las partes litigiosas advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará al punto de inconformidad materia de alzada, así como también se revisará la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

2.1 PROBLEMA JURÍDICO:

La Sala dilucidará: ¿Si COMCEL S.A. debe responder por el cálculo actuarial o título pensional con destino a COLPENSIONES por el tiempo laborado por la actora en el mes de septiembre de 2001, y del 26 al 31 de diciembre del mismo año? En caso positivo, ¿Si le asiste derecho al reconocimiento pensional, y la indexación?

2.2 TESIS DE LA SALA Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

El sentido del fallo de esta Corporación será MODIFICATORIO en lo relacionado con el retroactivo pensional y la entidad obligada al reconocimiento pensional, CONFIRMANDO en lo demás la decisión, siguiendo la tesis según el cual, ante la mora del empleador en realizar las cotizaciones debe proceder al pago de la cotización con sus intereses representado en un cálculo actuarial a favor de COLPENSIONES, y a su vez esta entidad tener en cuenta los aportes que lo integran como semanas efectivamente cotizadas, y proceder al reconocimiento pensional, estando a su cargo tanto el reconocimiento como la indexación, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.2.1 CÁLCULO ACTUARIAL.

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral entre la actora y T.V. Cable del Pacífico S.A, posteriormente con TELMEX S.A., hoy COMCEL S.A., por el lapso comprendido entre el 29 de septiembre de 1994 al 31 de diciembre de 2003, pues de ello da cuenta la documental de folios 27, 28 y 113, de la que se extrae el vínculo laboral con tal entidad, consistiendo la negativa en el no reconocimiento del cálculo actuarial por parte del empleador al indicar que frente al periodo de septiembre de 2001 sí efectuó el pago

del aporte que le correspondía; así mismo que en relación con el lapso del 26 al 31 de diciembre de 2003, era potestad de COLPENSIONES demostrar que no se efectuó el pago, y que ante la carencia de acciones de cobro se presentó el allanamiento en la mora; que la actora elevó solicitud de la pensión de vejez el 06 de agosto de 2010 y le fue respondida por COLPENSIONES a través de resolución No 104577 del 1 de abril de 2011, negándole el derecho pensional, al igual en las resoluciones No 026952 del 27 de septiembre de 2012, GNR 261687 del 17 de octubre de 2013, GNR 87696 del 14 de marzo de 2014 y GNR 61702 del 03 de marzo de 2015, está última en la que le informan que respecto al ciclo de septiembre de 2001 no se evidencia pago por parte del empleador (fols. 11 a 26); que en la última historia laboral de cotizaciones acredita un total de 648.79 semanas cotizadas entre el 22 de enero de 1974 hasta el 25 de diciembre de 2003 (fol. 165 a 169).

Lo primero que viene a propósito resaltar por la Sala que como colofón de la sustentación de la alzada el apoderado judicial de COMCEL S.A. asienta que la debe responder es Cable Unión S.A., con lo que de manera liminar puede inferirse que ataca el tema de la sustitución patronal que declaró el a quo, lo que a juicio de la Sala impone la revisión del contenido del artículo 67 del C.S.T, que define y caracteriza la figura de la sustitución patronal, en los siguientes términos: *“sustitución de {empleadores} todo cambio de un {empleador} por otro, **por cualquier causa**, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”*.

Aunado a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, antaño ha venido sosteniendo que: *“Para que se produzca la sustitución patronal la jurisprudencia ha reiterado que tres son las condiciones esenciales, a saber: 1. El cambio de un patrono por otro. 2. La continuidad de la empresa o identidad del establecimiento. 3. Continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo»*. CSJ SL, 13 feb. 1991, rad. 4101, reiterada en providencia CSJ SL850-2013, y SL15929-2017.

Una vez sopesado lo anterior, cumple resaltar que frente a la sustitución patronal, sí se acreditan los elementos configuradores de tal instituto, pues del contrato de trabajo de folio 27, se deriva la terminación del vínculo laboral del folio 28 por Cable Unión S.A., y la liquidación final de prestaciones sociales de folio 29, en la que se establece que el contrato de trabajo de la parte demandante se ejecutó desde el 29 de junio de 1994 hasta

el 30 de diciembre de 2003, es decir, que independientemente de quién haya fungido como empleador o cotizante ante el sistema general de seguridad social, bien sea Investigación Técnica y Comunicación S.A. E.S.P., Cable Unión S.A., o Tv Cable del Pacífico S.A., lo cierto es que para efectos laborales es como si fuera un único empleador, esto es, que hubo un cambio de patrono por otro, existió continuidad de la empresa y continuidad en el servicio prestado por la actora.

Valga la pena precisar, que la sustitución patronal tiene por fin amparar al trabajador ante el cambio de un patrono por otro, y como lo ha dicho la Corte, **“cualquiera que sea la causa”**, esto es, bien sea que: *“se trate de mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte), enajenación del goce (arrendamiento, alquiler, etc.), alteración de la administración, modificación en la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa.* (Sentencia del 11 de febrero de 1981, reiterada en sentencia SL1943-2016), con lo cual no tiene asidero el argumento de que quién debe responder es Cable Unión S.A. sin esgrimir razones de peso, máxime cuando al contestar la demanda TELMEX S.A. hoy COMCEL S.A. a folio 109, en las razones de defensa esgrime: *“TELMEX COLOMBIA S.A. ha actuado con real y manifiesta buena fe en virtud de la sustitución patronal con CABLE UNIÓN DEL PACIFICO S.A.”.*

En lo que respecta a lo esencia de la alzada atinente al pago de las cotizaciones del mes de septiembre de 2001, y del 26 al 31 de diciembre de 2003, viene a propósito observar que no le asiste razón al poderhabiente judicial de la entidad accionada, pues el hecho de que COLPENSIONES no haya efectuado el cobro del aporte en mora no significa que el empleador se exima de responder por el periodo que no efectuó la cotización, como así lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 9808 de 2015, en los siguientes términos: *“vale decir que no existe alguna regla derivada de la jurisprudencia, que pregone la exención al empleador frente al pago de los aportes al sistema de seguridad social, cuando la administradora de fondos de pensiones no adelanta las respectivas acciones de cobro, pues es esa en una obligación inmanente y permanente, que no puede eludirse en perjuicio de los afiliados ni de las entidades encargadas del pago de las obligaciones, quienes siempre tendrán a su disposición la facultad de perseguir las fuentes de financiación de las prestaciones derivadas del sistema de pensiones”.*

Del mismo modo, el argumento del alzadista consistente en que se debe aplicar la presunción del artículo 1628 del Código Civil, queda igualmente sin sostén alguno, pues

hace relación a pagos en efectivo en otro contexto, precisando que los pagos periódicos de tres periodos determinados hace presumir los pagos de los anteriores periodos; no obstante, en materia de seguridad social, al empleador le corresponde es la obligación de realizar el pago del aporte pensional en las fechas establecidas de conformidad con el Decreto 692 de 1994, y el soporte del pago es precisamente la planilla de autoliquidación donde se refleja el pago del aporte y el cumplimiento de tal obligación, razón por la cual, la disposición aplicable del Código Civil en esta materia sería el artículo 1757, es decir, que *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*, esto es, que le incumbe probar a TELMEX, hoy COMCEL S.A. que efectuó el pago del aporte correspondiente del trabajador a través de la planilla de autoliquidación de aportes, en donde se discrimine o contenga la relación del trabajador, pues la que aparece a folio 115 a 117, además de contener el error de que el periodo cotizado es octubre y no septiembre de 2001, es una planilla general del aporte que realizó CABLE DEL PACIFICO S.A. pero no se sabe a qué trabajadores corresponde y si allí se incluye la actora, razón por la cual el razonamiento del a quo es ajustado a derecho.

En lo que tiene que ver con el lapso del 26 al 31 de diciembre de 2003, en la historia laboral se reportó la novedad de retiro el 25 de diciembre (fol. 166 vuelto), pero el finiquito de la relación laboral fue el 31 de diciembre de 2003 (fol. 113 a 114), y como la entidad demandada no allegó la planilla que demuestre que en ese lapso de tiempo realizó la cotización por 30 días para educir que el error es de COLPENSIONES, deberá responder la entidad accionada por ese lapso.

Ahora, respecto de la manera como COMCEL S.A. debe responder por esas cotizaciones, basta señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 27 del Decreto 692 de 1994, ante la mora del empleador en el pago de los aportes, responde por la totalidad del aporte, es decir, el porcentaje que le corresponde al trabajador y empleador, y además con los intereses moratorios respectivos, cuya satisfacción se materializa en un cálculo actuarial, y así lo ha delineado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL 9808 de 2015, en donde expresa que: *“una vez que quedó demostrada esa situación de mora del empleador, además de que se había entablado una pretensión en tal sentido, lo cierto es que era a los jueces de instancia a quienes incumbía establecer las respectivas consecuencias jurídicas, bien que fuera la responsabilidad patronal en el pago de las prestaciones o simplemente el pago de los aportes adeudados a través de un cálculo actuarial.”*

Ello así, cumple resaltar que ciertamente la postura del a quo, en lo relativo a que COMCEL S.A. debe responder por el cálculo actuarial, resulta ajustada al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha construido la Corte Suprema de Justicia, ya que necesariamente el empleador debe responder y trasladar el cálculo actuarial a favor de COLPENSIONES y, a su vez, esta última, validar el tiempo laborado como tiempo cotizado y proceder al reconocimiento pensional.

Por lo anterior, se hace necesario tener en cuenta el periodo de tiempo laborado que no fue cotizado, pues con el tiempo de servicios prestados del 01 al 31 de septiembre de 2001 (4.28 semanas) y del 26 al 31 de diciembre de 2003 (0.71 semanas), que corresponden a 4.99 semanas, sumadas a las 648.79 semanas que acredita en COLPENSIONES (fol. 165), arrojaría un total de 653.78 semanas en toda su vida laboral, densidad cotizacional con la cual se analizará el reconocimiento pensional.

PENSION DE VEJEZ.

Ahora, colige la Sala que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues si bien no contaba con más de 15 años de servicios cotizados, en la medida en que solo acredita 164.57 semanas (fol. 165), lo cierto es, que al 01 de abril de 1994 acreditaba 39 años de edad (fol. 43), y por lo tanto, es beneficiaria del régimen de transición, igualmente, es necesario precisar que no le es aplicable la exigencia de las 750 semanas requeridas por el Acto Legislativo 01 de 2005 para conservar el régimen hasta el año de 2014, pues los 55 años de edad los acreditó el 14 de octubre de 2009, es decir, antes del límite temporal para causar la pensión de vejez de que trata el acto legislativo en comento.

2.2.2 NORMATIVIDAD APLICABLE ACUERDO 049 DE 1990- DEC 758 DE 1990

Bajo los anteriores parámetros, para la Sala fuerza concluir que la normatividad que le es aplicable a la demandante es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aspecto que no representa mayor discusión en esta instancia, en razón a que la demandante fue trabajadora del sector particular, venía cotizando al ISS, desde el 22 de enero 1974, y es por ello que, nos debemos remitir a los requisitos para acceder a la pensión instada sobre edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional establecidos en los arts. 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

Así entonces, como la actora cumple los 55 años de edad el 14 de octubre de 2009, fecha para la cual, contaba con 653.78 semanas, de las cuales 503.92 semanas, corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es, entre el 14 de octubre de 2009 al 14 de octubre de 1989, la actora causó su derecho pensional desde el 14 de octubre de 2009.

Respecto del ingreso base de liquidación, resulta vano hacer alguna disquisición al respecto, pues el a quo determinó que su reconocimiento es en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, aspecto que deberá confirmarse en la medida en que no fue punto objeto de apelación por el demandante y, en todo caso, se aviene a los postulados del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la pensión no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

2.2.5 CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN

Establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que la pensión se reconocerá a solicitud del interesado previo cumplimiento de los requisitos mínimos para optar por la pensión, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma.

Así las cosas, considera esta Sala que el derecho al disfrute de la pensión comenzó a partir del 14 de octubre de 2009, fecha en que cumplió los 55 años de edad, dado que, su última cotización al sistema fue desde diciembre de 2003; no obstante, ha de tenerse en cuenta que COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción (fol. 69), la cual deberá declararse probada, con fundamento en que la obligación de solicitar la pensión de vejez se hizo exigible el 14 de octubre de 2009, con lo cual empezaba a correr el término de prescripción de que trata el artículo 151 del C.P.L y S.S y 488 del CST, pero como quiera que elevó una primera reclamación de la pensión el 06 de agosto de 2010 y fue resuelta a través de resolución No 0104577 del 01 de abril de 2011 (fol. 11), contra la cual se interpuso recurso de apelación que fue resuelto a través de resolución No 026952 del 27 de septiembre de 2012 (fol. 12 a 15), y posteriormente el 17 de octubre de 2013 solicitó nuevamente el reconocimiento pensional, y fue negada mediante resolución GNR 261687 del 17 de octubre de 2013 (fol. 16 a 17), decisión que fue recurrida en reposición y en subsidio apelación, siendo resuelto el recurso de reposición mediante resolución GNR 61702 del 03 de marzo de 2015, notificada el 13 de agosto de 2015 (fol. 23), y como acudió la actora a la jurisdicción laboral el 16 de septiembre de 2016 (fol. 10), hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con tres años de

antelación a la última solicitud, esto es, las causadas con anterioridad al 17 de octubre de 2010, lo cual encuentra estribo en la sentencia SL 794 de 2013; con todo ello, como el a quo determinó que la prescripción operó 3 años antes de la presentación de la demanda, esto es, las causadas con anterioridad al 16 de septiembre de 2013, y este punto no fue objeto de reproche por la parte activa, habrá de confirmarse el fallo de instancia en este ítem.

Ello así, de conformidad con el artículo 283 del CGP que establece que la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizadas las operaciones matemáticas por concepto del retroactivo pensional objeto de condena correspondiente a las mesadas causadas entre el 16 de septiembre de 2013 al 30 de junio de 2020, se obtiene la suma de **\$ 68.933.988**, y a partir del 01 de julio de 2020 Colpensiones deberá cancelar una mesada pensional de **\$ 877.803**, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y sobre 14 mesadas pensionales, según lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011.

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, como en la sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528.

En lo atinente a que el reconocimiento pensional quede supeditado al pago del cálculo actuarial por parte del empleador, importa acotar por la Sala que, si bien en aplicación a lo establecido en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, literal e): *“En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional”*, lo cierto es que, de conformidad con el artículo 2° del CGP, se debe garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos de quien reclama su reconocimiento en la instancia judicial, y por ello, dejar condicionado el reconocimiento pensional hasta que el empleador reconozca el cálculo actuarial, sería tanto como desconocer el derecho a la seguridad social y el disfrute efectivo de la prestación económica luego de haber cumplido con creces la densidad cotizacional, además una vez declarada la obligación a cargo del empleador que debe responder por el

cálculo actuarial, puede COLPENSIONES ejercer los mecanismos administrativos y/ o judiciales para materializar la orden impartida en la sentencia a cargo del empleador, cuya potestad se encuentra reglada en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, a través de la persecución coactiva de su cobro.

2.2.2. Intereses moratorios

El apoderado judicial del demandante apela lo relativo a los intereses moratorios, frente a lo cual sea preciso mencionar que, como lo tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826): *“de forma excepcionalísima y particular, esta Corporación ha estimado que la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley”* (CSJ SL787-2013).

Situaciones exonerativas de tal condena que se presentan en el sub lite, pues a la fecha en que la demandante elevó la reclamación de su derecho ante la administradora de pensiones no contaba con el mínimo de semanas requeridas para optar por la prestación, ya que como se evidencia solo con las semanas que se reconocen a través del cálculo actuarial podría consolidar el derecho pensional, pues en lo relativo al periodo de septiembre de 2001, no puede desprevenidamente asumir que era una mora patronal que debía COLPENSIONES cobrar ante el empleador, pues entre agosto y octubre de 2001 se presenta el pago del aporte por dos empleadores como son Cable Unión Occidente S.A. y TV Cable del Pacífico S.A., sin que se demuestre que COLPENSIONES haya tenido conocimiento de la sustitución patronal entre esas empresas. Entonces, no pude endilgársele responsabilidad a COLPENSIONES que la haga pasible de condena por intereses moratorios, dado que se evidencia que la entidad codemandada actuó bajo los parámetros establecidos por la jurisprudencia y la ley.

En orden a lo anterior, se impartirá confirmación a la condena por indexación, puesto que tal pretensión se enarboló con la demanda, quedando comprendida dentro de la fijación del litigio, allende de que la pérdida del valor adquisitivo de la moneda es un hecho notorio que mengua el monto del derecho pensional objeto de condena por el mero transcurrir del tiempo, como así lo ha pregonado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL 736-2013, radicación No 47709 y sentencia SL4889 de 2018.

Finalmente en lo atinente a que la condena impuesta por indexación quede a cargo de COMCEL S.A. o que deba esta responder por intereses moratorios sobre la pensión de vejez instada como lo solicita el demandante, cumple precisar que aquellas condenas no son procedentes, pues la consecuencia que debe derivarse ante la falta de cotizaciones es la asunción del cálculo actuarial o título pensional y la contabilización del tiempo laborado como semanas cotizadas para el reconocimiento pensional, aspectos a los que se accedió en el presente proceso, sin que haya fundamento legal para imponerle una condena adicional a COMCEL, aunado a que la pretensión principal es el reconocimiento pensional a cargo de COLPENSIONES, lo que también se logra materializar con el presente proceso, con el respectivo retroactivo e indexación, hecho que de ninguna manera deja en evidencia perjuicio alguno respecto de la situación pensional de la actora.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional y la entidad que quedará a cargo de la indexación, impartiendo confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

En segunda instancia no se impondrá condena en costas a COLPENSIONES por haberse revisado en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en su favor. Tampoco se impondrá condena en costas a COMCEL S.A., pues prosperó parcialmente la apelación en cuanto a la indexación a su cargo, y la parte demandante también activó la alzada sin que saliera avante sus pedimentos. Las de primera instancia se confirman.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.: MODIFICAR los **NUMERALES TERCERO y QUINTO** de la sentencia materia de apelación y consulta, proferida el 01 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, los cuales quedarán así:

“TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor LUIS ÁNGEL RAMÍREZ ZAPATA la pensión de vejez y la suma de \$ 68.933.988 por

concepto de mesadas pensionales causadas entre el 16 de septiembre de 2013 y el 30 de junio de 2020, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año. A partir del 01 de julio de 2020, COLPENSIONES seguirá reconociendo a la demandante una mesada pensional equivalente a \$ 877.803, con 14 mesadas anuales, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento de la indexación de las mesadas que componen el retroactivo pensional, así como de las mesadas que se sigan generando, desde su causación hasta que se verifique el pago de las mismas”.


SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación y consulta.

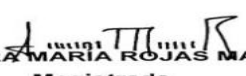
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado. Las de primera instancia se confirman.


Lo resuelto se notifica por **ESTADOS**.


Déjese copia de lo decidido en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

Se declara así surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.



VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada


CARLOS JORGE RUIZ BOTERO
Magistrado


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario

Constancia Secretarial
Se da constancia que las anteriores firmas corresponden a la firma original de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión Laboral, de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.


Secretario Sala Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA LABORAL
SECRETARÍA

Sentencia Proceso Ordinario: Rosa Elisa García de Pérez Vs Colpensiones y Otros.
Sala Quinta de Decisión Laboral
Radicado Interno: 19-178
Radicado único Nacional: 05001-31-05-021-2018-01101-01

Certifico: Que la decisión anterior fue notificada por **ESTADOS No. 090** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a través de la página Web a las 8:00 a.m.
Medellín, **14 de julio de 2020**

Secretario