



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

SENTENCIA No. 78

(Aprobado mediante Acta del 6 de abril de 2021)

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual

Proceso	ORDINARIO
Radicado	76001310500520150033701
Demandante	LINO VIDAL CESPEDES BENITO
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
Asunto	PENSIÓN DE VEJEZ RÉGIMEN DE TRANSICIÓN
Decisión	REVOCA INTEGRALMENTE

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva a la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO identificada con T.P. 258.258 del C.S.J., a su vez, se le reconoce poder de sustitución a la Dra. CATALINA CEBALLOS ORREGO identificada con T.P. No. 251.495 del C.S.J.

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, el día veinte (20) de abril de dos mil veintiuno (2021), la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ, quien actúa como ponente; obrando de conformidad con el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el Acuerdo No. PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, adopta la decisión

con el fin de dictar sentencia dentro del proceso ordinario laboral promovido por LINO VIDAL CESPEDES en contra COLPENSIONES, en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Mediante demanda **ORDINARIA LABORAL** el señor **LINO VIDAL CESPEDES** llamó a juicio a **COLPENSIONES**, a fin que por esta vía judicial se declare que le asiste derecho a la reliquidación y pago de la pensión de vejez en virtud del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, a partir del 1° de febrero de 2009, y el pago del retroactivo desde el 1° de febrero de 2009 hasta el 31 de marzo de 2012.

Asimismo, solicitó que se ordene a COLPENSIONES a incluir en la reliquidación los periodos comprendidos del 1° de abril de 1996 al 30 de agosto de 1996, y desde 1° de enero de 1997 al 31 agosto de 1998. Exigió que la Administradora de pensiones haga devolución de los dineros por concepto de salud descontados de manera retroactiva a consecuencia de la Resolución VPB 13268 del 11 de agosto de 2014.

Deprecó igualmente la indexación de las condenas, los intereses moratorios y el pago de las costas.

1. Supuestos Fácticos:

Señaló que el 1° de mayo de 1968 se afilió al ISS, en el Régimen de prima media con prestación definida y que para el 31 de marzo de 2012 acreditó un total de 1011 semanas de cotización.

Indicó que en las semanas anteriormente mencionadas no incluyó los periodos laborados comprendidos del 1° de abril de 1996 al 30 de agosto de 1996 y del 1° de enero de 1997 al 31 de agosto de 1998, pues COLPENSIONES no las tuvo en cuenta en la

Historia Laboral, y en consecuencia tampoco para el reconocimiento pensional, a causa de que en estos lapsos registra mora del empleador. No obstante, alegó que dichos periodos son equivalentes a 111,13 semanas, tiempo que al ser incluido le permite acreditar 1000 semanas y en consecuencia causar el derecho desde el 1° de febrero de 2009.

Manifestó que mediante Resolución n°007520 de 2007, el ISS le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, considerando que únicamente tenía 789 semanas a mayo de 2007, por tanto, ante la negativa continuó cotizando hasta el 31 de marzo de 2012, presentando nuevamente solicitud, la cual resolvió COLPENSIONES bajo Resolución n° GNR 188582 del 22 de julio de 2013, en la que reiteró la decisión de negar el reconocimiento, debido a que no cumplía los requisitos de la Ley 797 de 2003 y desconociéndole el derecho al régimen de transición.

Agregó que a través del Acto Administrativo VBP del 11 de agosto de 2014 COLPENSIONES resolvió el recurso de apelación interpuesto y reconoció el derecho pensional en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, por valor de 1 smmlv, a partir del 1° de abril de 2012. Asimismo, alegó que en dicha Resolución se hicieron descuentos en salud de manera retroactiva desde el 1° de abril de 2012 hasta agosto de 2014, por valor de \$1.9978.356 pesos, pese a que en dicho periodo no se había incluido en la nómina de pensionado y en consecuencia no gozaba del beneficio de salud, razones por las que considera que la parte pasiva debe realizar devolución del valor descontado.

2. Réplica

COLPENSIONES aceptó como ciertos los hechos que dan cuenta de que el día 1° de mayo de 1968 la parte actora se afilió al ISS; que mediante la Resolución n° 007520 de 2007 el ISS negó el reconocimiento del derecho pensional; que mediante Resolución

GNR n°188582 de 22 de julio de 2013 COLPENSIONES nuevamente niega la prestación económica solicitada; que a través del Acto Administrativo VPB 13268 de 11 de agosto de 2014 se reconoció la pensión de vejez; que se realizó el descuento por concepto de aportes a salud del retroactivo de mesadas reconocido, con fundamento en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, y que el 21 de abril de 2015 la recurrente presentó reclamación administrativa.

En su defensa, se opuso a todas las pretensiones y formuló como excepciones las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y COBRO DE LO NO DEBIDO y PRECRIPCION.

3. Decisión de Instancia

A través de sentencia de fecha 3 de octubre de 2017, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali CONDENÓ a la entidad demandada a pagar el retroactivo pensional e intereses moratorios causados entre el 1° de abril de 2009 y el 31 de marzo de 2012 por la suma de **\$64.369.628.**

A esa decisión arribó luego de excluir del debate los hechos que dan cuenta de lo siguiente:

- Que la parte actora nació el 20 de febrero de 1947.
- Que la parte actora es beneficiaria del régimen de transición.
- Que mediante Resolución VPB13268 de 11 de agosto de 2014 COLPENSIONES reconoció el derecho pensional a partir del 1° de abril de 2012, en virtud del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Abordó el asunto excluyendo como objeto de controversia que el señor LINO VIDAL CESPEDES BENITO es beneficiario del régimen de transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ende, manifestó que la *Litis* consiste en establecer si el actor tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, incluyendo los periodos

desde el 1° de abril de 1996 al 30 agosto de 1996 y del 1° de enero de 1997 al 31 de agosto de 1998, y al pago del retroactivo de las mesadas desde el 9 de febrero de 2009 al 31 de marzo de 2012.

Refirió la Juez que, se tuvieron en cuenta los periodos solicitados por el recurrente, ya que es la Administradora de pensiones quien tiene la obligación de ejercer los mecanismos de cobro contra el empleador moroso, y que de ningún modo debe ser el afiliado el afectado ante el incumplimiento por parte de su empleador

Por ende, realizó la liquidación y observó que la parte actora cumplió las 1000 semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año el día 1° de abril de 2009, fecha en la que considera COLPENSIONES debió reconocer el disfrute, y en consecuencia condenó a la demandada al pago del retroactivo desde esta fecha hasta el 31 de Marzo de 2012 y a los intereses de mora consagrados artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Asimismo, refirió que en los cálculos realizados el IBL no fue superior a 1 SMMLV, por tanto el monto de la pensión continuó siendo el salario mínimo legal vigente respectivo para cada año.

Frente a la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada consideró que no procede puesto que no pasó un lapso mayor de 2 años entre el reconocimiento pensional y la radicación de la demanda. Impuso costas a cargo de la parte demandada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este Despacho Judicial, a través de Auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Estando dentro de la oportunidad procesal, la parte demandada Colpensiones, presentó escrito de alegatos, por su

lado la parte demandante no presentó los mismo, dentro del término concedido para tal fin.

Es así, que se tienen atendidos los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Como quiera que la sentencia resultó completamente desfavorable a los intereses de COLPENSIONES , corresponde a esta Corporación desatar el grado jurisdiccional de *consulta* atendiendo las disposiciones contenidas en el Artículo 69 del C. P. del T. y la S. S. dentro de lo que se advierte, que este grado jurisdiccional no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; así mismo que es un examen automático que opera por ministerio de la Ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores, los recursos públicos y la defensa de la justicia efectiva.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala se concentrará en resolver como problema jurídico, si acertó el Juez de Instancia al imponer a la pasiva condena por concepto del retroactivo pensional desde el 1° de abril de 2009 al 31 de marzo de 2012 y los intereses moratorios de las mesadas adeudadas durante ese periodo.

Prima Facie, señálese que son eventos exentos del debate, ya que no fueron materia de discusión por las partes:

- Que el señor LINO VIDAL CESPEDES nació el día 20 de febrero de 1947.

- Que el señor VIDAL CESPEDES estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto ISS ahora COLPENSIONES.
- Que el día 18 de abril de 2007 el señor VIDAL CESPEDES presentó solicitud pensional al ISS.
- Que a través de la Resolución n° 007520 de 2007 el ISS negó el reconocimiento de la prestación solicitada.
- Que el día 22 de junio de 2012 el señor LINO VIDAL CESPEDES solicitó nuevamente el derecho pensional, el cual fue negado por COLPENSIONES el día 22 de julio de 2013.
- Que el señor VIDAL CESPEDES interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución GNR 188582 del 22 de julio de 2013.
- Que el 11 de agosto de 2014 COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez al señor LINO VIDAL CESPEDES en virtud del Acuerdo 049 aprobado por el decreto 758 de 1990, a partir del 1° de abril de 2012, por valor de 1 SMMLV respectivo para cada año, tal como consta en resolución que obra a folios 11 al 14.
- Que el señor LINO VIDAL CESPEDES es beneficiario del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993.
- Que el señor VIDAL CESPEDES laboró para la señora NELLY ROJAS MOLANO durante los periodos comprendidos del 1° de marzo de 1996 al 30 de agosto de 1996 y del 1° de enero de 1997 hasta el 30 de agosto de 1998, tal como consta en certificación laboral a folio 32.

Primeramente, es pertinente determinar si a la parte actora le asiste el derecho de reliquidación pensional, incluyendo los periodos laborados para la empleadora NELLY ROJAS MOLANO comprendidos del 1° de abril de 1996 al 30 de agosto de 1996, y desde 1° de enero de 1997 al 31 agosto de 1998.

Conforme al Artículo 17 de la Ley 100 de 1993, los empleadores son sujetos obligados a la afiliación de sus trabajadores y al pago de

las respectivas cotizaciones al Sistema General de Pensiones, durante toda la vigencia de la relación laboral.

Sin embargo, este primer hallazgo respecto de la obligación de afiliación y pago de aportes que recae en cabeza de todo empleador no resulta suficiente para endilgar la omisión o la mora deprecada, pues para ello resulta imprescindible acreditar la existencia del vínculo laboral, como así se recordó en sentencia SL4853 de 2018, que lo pertinente enseñó:

“La Sala tiene el criterio consolidado y pacífico que cuando se presenta mora en el pago de las cotizaciones por parte de los empleadores, las semanas correspondientes a esos periodos se deben contabilizar para efectos del reconocimiento de la prestación, dado que los afiliados no tienen por qué asumir las consecuencias del incumplimiento de aquellos y la falta de gestión de las entidades administradoras de pensiones en el cobro de los aportes (CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270), lo cierto es que ello aplica para los eventos en que los afiliados tienen una verdadera relación laboral durante esos periodos.”

Al efecto, se recuerda que el sistema general de pensiones es de carácter contributivo, es decir, que su fuente radica en las cotizaciones que efectúan quienes están compelidos a ello, siempre y cuando atiendan los postulados de la buena fe y correspondan a la realidad, para que de esta mena estén abrigadas de validez y puedan ser tenidas en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar, lo cual se logra cuando se realizan atendiendo los reglamentos previamente consagrados en la ley.” (Subrayado fuera de texto).

Siendo entonces lo primero auscultar la existencia de una relación de trabajo a fin de desentrañar si frente al periodo echado de menos existió omisión por parte del presunto empleador, es deber del juez ocuparse de analizar las pruebas que conducen a dilucidar este cardinal aspecto.

En el asunto de marras y como lo alega la recurrente al sustentar la alzada, la Certificación Laboral visible a folio 32, da cuenta de la relación de trabajo sostenida con NELLY ROJAS MOLANO, documento este que no fue cuestionado en tanto a su validez y autenticidad, y en el cual se acredita que la parte actora

laboró por 780 días equivalentes a 111,42 semanas, las cuales no son tenidas en cuenta por la Administradora de pensiones ya que presentan mora en el pago.

Para esta sala no puede ser al afiliado el afectado ante la mora del empleador, puesto que, ante la pasiva es en quien recae la carga de realizar el cobro coactivo al empleador, así fue previsto en sentencia CSJ SL759-2018, donde se dispuso:

“[...] A juicio de la Sala, lo anterior deviene suficiente para hallar demostrado el error ostensible del Tribunal, en tanto supuso que la falta de cotizaciones, podía obedecer a una omisión del empleador en el reporte de la novedad de retiro, que no a una verdadera mora. Tal especulación generó la imposición de una carga que, bajo el escenario descrito, no le correspondía a la trabajadora y, de paso, relevó a la administradora de la obligación de gestionar el recaudo de las cotizaciones adeudadas que, eventualmente, le hubiera permitido descubrir que realmente, la relación fuente de la obligación de cotizar, se había extinguido. Al respecto, viene bien traer a cuento la sentencia CC T-300-2014, en la se adoctrinó:

*“(.) En primer lugar, se **debe precisar que el registro de la mora en el pago de aportes que sea especificado en un Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones puede generarse por dos fenómenos a saber: a) cuando existiendo un vínculo laboral vigente el empleador no realiza el pago a la administradora de pensiones a la que esté afiliado el empleado o, b) cuando a pesar de haber cesado la relación laboral, el empleador no reporta la novedad de retiro a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones (AFP). Así pues, independientemente que se presente uno u otro fenómeno, el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones registrará una mora en el pago de los aportes, toda vez que en cualquiera de los dos eventos, la administradora de pensiones entenderá que existe un incumplimiento en las obligaciones del empleador, debiendo así, conforme la ley se lo exige, adelantar las acciones de cobro de los respectivos aportes adeudados**”.*(Negrilla fuera de texto).

En consecuencia, acertó el Juzgador del primer grado al incluir las semanas requeridas por la actora equivalente a 111,45 semanas para la reliquidación de la pensión de vejez.

Cabe reiterar que no existe controversia en que el recurrente es beneficiario del régimen de transición consagrado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que la prestación económica le fue reconocida en virtud del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990, normas que disponen:

Artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

(..)“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, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

El Artículo 12 del Decreto 758 de 1990 a través del cual se aprobó el Acuerdo 049 de ese mismo año, señala que: *“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 o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer 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”.*

Ahora bien, alega la recurrente que el reconocimiento pensional se debió conceder a partir del 1° de febrero de 2009, fecha en la que cumplió con los requisitos de la norma anteriormente citada, y que COLPENSIONES erróneamente concedió el disfrute a partir 1° de abril de 2012. Frente a este asunto, este Tribunal recuerda que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990, por regla general, para el disfrute de la prestación especial de vejez requiere el retiro del sistema, igualmente la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que, en

determinados casos excepcionales, es dable otorgar la pensión en fecha anterior a dicho suceso, al inferirse de lo ocurrido que la voluntad del trabajador era retirarse del sistema o cuando él resultaba compelido a seguir cotizando ante la negativa de la administradora de otorgarle la pensión, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para ese efecto, por lo que su permanencia en el sistema ocurría por razones ajenas a su voluntad, tal como lo ha señalado la CSJ en la sentencia SL 3276 del 24 de agosto de 2020, M.P. CARLOS ARTURO GUARIN HURTADO, en los siguientes términos:

*“(...) **Ahora, en aras de la claridad, se recuerda a la recurrente, que, ciertamente, según el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, por regla general, para el disfrute de la prestación especial de vejez se requiere el retiro del sistema.** Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que, en determinados casos excepcionales, es dable otorgar la pensión en fecha anterior a dicho suceso, **al inferirse de lo ocurrido que la voluntad del trabajador era retirarse del sistema** o cuando él resultaba compelido a seguir cotizando ante la negativa de la administradora de otorgarle la pensión, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para ese efecto, por lo que su permanencia en el sistema ocurría razones ajenas a su voluntad.*

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL1353-2019, la Corte, reiterando su postura al respecto, expuso:

*“(...)En relación con el disfrute de la pensión especial de vejez, la jurisprudencia de la Corporación ha adoctrinado que, conforme los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, se **requiere la desvinculación formal del sistema general de pensiones.** No obstante, también ha precisado que ante **situaciones particulares y excepcionales, que deben verificar los jueces en su labor de dispensar justicia, es menester acudir a soluciones diferentes, razón por la cual, para tales efectos, ha definido fechas anteriores a las del retiro del sistema** (CSJ SL5603-2016).”*

En esa perspectiva se advierte que, esta Sala no aplicará las mencionadas excepciones en el presente caso, pues considera que

la parte actora omitió el deber de retiro del sistema pensional para la fecha en que cumplió los requisitos exigidos por el régimen aplicado, pues si bien presentó la solicitud pensional desde el día 18 de abril de 2007, para dicha fecha no cumplía a cabalidad con los requintos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, pues aun incluyéndose las 111,45 semanas solicitadas por la recurrente, para la fecha de la solicitud acreditó únicamente 913 semanas cotizadas de las cuales 439 semanas fueron en los últimos 20 años, tal como se visualiza en tabla que se incorpora con este fallo, razón suficiente para COLPENSIONES negara el derecho pensional justificadamente.

Ahora, observa este órgano colegiado que el Juez de instancia reconoció el derecho pensional desde el 1° de abril de 2009, fecha en la que verificó que la recurrente cumplió los requisitos para acceder a la pensión. No obstante, para este sentenciador colectivo, erró la *A quo* en esta decisión por cuanto no se evidencia que el demandante demostrara voluntad de retiro del sistema pues para esta fecha continuó realizando las cotizaciones respectivas, sin que medie en el año 2009 solicitud alguna reclamando el derecho pensional por medio del cual se pueda deducir que existía voluntad de retiro de su parte. Por consiguiente, ya que fue hasta el día 22 de junio de 2012 que el recurrente volvió a solicitar la prestación económica, considera esta Corporación que no existe deber alguno por parte de COLPENSIONES a otorgar el disfrute desde la fecha que fue solicitado o desde la que determinó la Juez de Primera Instancia, por cuando el demandante no cumplió con el deber de retiro exigido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

La Sala concluye conforme a lo expuesto que se torna necesario REVOCAR ÍNTEGRAMENTE la sentencia consultada para en su lugar, llamar a prosperar la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN, esta que por derruir la totalidad de las pretensiones releva al Colegiado del análisis de las demás

enervantes conforme lo dispone el inciso tercero del Artículo 282 del CGP.

Se revocarán las costas de primera instancia, pues con la decisión aquí adoptada el demandante resulta completamente vencido en juicio.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR ÍNTEGRAMENTE la Sentencia proferida en audiencia celebrada el 3 de octubre de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- DECLARAR PRÓSPERA y FUNDADA la excepción denominada **INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN** como fuera formulada por la **COLPENSIONES**.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** de **PRIMERA INSTANCIA** a la parte **DEMANDANTE**, a favor de **COLPENSIONES**.

CUARTO.- SIN COSTAS en esta sede, dado el grado jurisdiccional de consulta.

QUINTO.- DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

Lo resuelto se **NOTIFICA** y **PUBLICA** a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial en el link <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-011-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente, se cierra y se suscribe en constancia por quien en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado

