



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Luís Mariano Ochoa Ochoa
DEMANDADO	Colpensiones
RADICADO	05-001-31-05-018-2020-00161
TEMA	Retroactivo pensional
DECISIÓN	Confirma sentencia

El veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el ACTA **319** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **LUÍS MARIANO OCHOA OCHOA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, con radicado **05-001-31-05-018-2020-00161**.

• **PRETENSIONES:**

El demandante pretende que se ordene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de vejez conforme al decreto 758 de 1990, de manera retroactiva a partir del **4 de enero de 2016**, más las mesadas adicionales y los incrementos de ley, junto con los intereses moratorios, indexación y costas procesales.

• **HECHOS:**

Como fundamento de las pretensiones manifestó que, nació el 27 de septiembre de 1948, cumpliendo los 60 años de edad, en el 2008. Que para

el 1° de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición. Que en la historia laboral expedida por el ISS el 20 de septiembre de 2011, se refleja un total de 600.57 semanas, y entre el 27 de septiembre de 1988 y el mismo día y mes de 2008, cuenta con 487 semanas. Que en la historia laboral se refleja un vacío en las cotizaciones entre el mes de octubre de 2000 y septiembre de 2001, fecha en la cual omitió realizar las cotizaciones el empleador COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE ASEO Y RECICLAJE GUARNE, siendo la suma a pagar por valor de \$5'753.835. Que solicitó la pensión de vejez el 7 de junio de 2011, la cual fue negada por COLPENSIONES. Que solicitó nuevamente la pensión de vejez el 12 de noviembre de 2015, la cual fue negada por la demandada. Que COLPENSIONES nuevamente le informó a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE ASEO Y RECICLAJE GUARNE, que se encontraba en mora de los aportes, cancelando la suma adeudada el 21 de febrero de 2018. Que solicitó la pensión de vejez el 10 de enero de 2019, la cual fue reconocida por COLPENSIONES bajo el decreto 758 de 1990, pero supeditada al retiro del sistema. Y que laboró al servicio de la empresa de servicios públicos AGUATERRA E.S.P., hasta el mes de abril de 2019, reconociéndosele la pensión a partir del 1° de mayo de 2019.

- **CONTESTACIÓN:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda expuso que es cierta la fecha de nacimiento. Que el beneficio del régimen de transición debe ser declarado por el juez. Que respecto al número de semanas se atiene a la historia laboral. Que no es cierto que en la historia laboral se refleje un vacío, y además este debe ser probado por la parte actora. Que es cierto que no se le concedió la pensión de vejez, debido a que no acreditaba el número de semanas. Que llama la atención que se haya dejado de cotizar al sistema durante todo un año, y más parece que el actor haya dejado de trabajar, no tratándose de una omisión en el pago de aportes. Que no le consta que el empleador del demandante haya solicitado un cálculo actuarial, no obstante, si es así debe ser tomado como una confesión. Que el valor a cancelar por cálculo actuarial es cierto, pero que sería superior hoy en día. Que son ciertas las solicitudes

elevadas por el actor, lo cual aparece acreditado con la documentación anexada. Que es cierta la inclusión en nómina. Y que no le constan los hechos de terceros. Se opuso a las pretensiones. Y planteó varias excepciones.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 08 de abril de 2022, el Juzgado Decimoctavo Laboral del Circuito de Medellín, **ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, argumentando que no se discute que la entidad COOPERATIVA COOTAAR, solicitó a COLPENSIONES, el pago del cálculo actuarial por el tiempo comprendido entre el 1° de octubre de 2000 al 30 de septiembre de 2001, no obstante, este período corresponde con el inicio de la relación laboral del actor, por lo que la accionada no tenía la posibilidad de tener conocimiento del inicio de dicha relación, sin embargo, para la fecha en que resolvió la prestación a través de la resolución GNR 551 del 4 de enero de 2016, COLPENSIONES, ya conocía los períodos en mora del empleador, asistiéndole derecho a la parte actora al reconocimiento del retroactivo pensional, no obstante, no es dable el mismo, ya que el actor es empleado público y siguió cotizando al sistema pensional, siendo reconocida correctamente la pensión al retiro del servicio.

Y, **CONDENÓ** en costas a la parte demandante.

• **APELACIÓN:**

✓ DEMANDANTE:

La anterior decisión fue recurrida por la parte actora, quien expuso, en síntesis, que se debe revocar la sentencia de primera instancia, remitiéndose a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 34514 de 2009, que fue recogida en SL42289 de 2012, que habla sobre la inducción a error, no se limita para los empleados públicos al no haberse retirado del servicio, lo cual también debe ser aplicado a éstos.

• **ALEGATOS:**

✓ COLPENSIONES:

Una vez transcurrido el término para alegar, la parte accionada manifestó que de conformidad con la Circular Interna N° 24 del 6 de marzo de 2018, suscrita por la Oficina Asesora de Asuntos Legales de Colpensiones, que modificó el numeral 1.6.5. de la Circular No. 1 de 2012, estableció la fecha de disfrute de la pensión de vejez, teniendo en cuenta también, lo regulado en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, aplicable por expresa remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que para la liquidación de la prestación económica de la pensión de vejez se tendrá en cuenta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, pero para ello, será indispensable la desafiliación o retiro del sistema. Que la empresa AQUATERRA, aportó copia de la Resolución No. 101 del 30 de abril de 2019, mediante la cual aceptó la renuncia del demandante a partir del 1° de mayo de 2019, razón por la cual, la fecha de efectividad de la pensión fue a partir de ese día, tal y como se sostuvo mediante la Resolución SUB 109076 del 8 de mayo de 2019. Por lo que el demandante no tiene derecho que se le reconozca el retroactivo pensional, además de que se debe aplicar el fenómeno de la prescripción.

CONSIDERACIONES

Antes de resolver los problemas jurídicos, es necesario hacer un breve recuento de las pruebas anexadas por las partes:

- Registro Civil de Nacimiento, en donde consta que nació el 27 de septiembre de 1948.¹
- Resolución GNR 223057 del 31 de agosto de 2013, por medio de la cual COLPENSIONES, negó la pensión de vejez al demandante, por no contar con requisitos de edad y semanas, establecidos en la ley 797 de 2003.²

¹ Folios 17 del expediente digitalizado.

² Folios 21 y 22

- Solicitud elevada por la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE ASEO Y RECICLAJE GUARNE –COOTAAR-, el 4 de diciembre de 2014 a COLPENSIONES, en donde requiere el cálculo actuarial para cancelar el tiempo no cotizado al demandante del 1° de octubre de 2000 al 30 de septiembre de 2001.³
- Respuesta dada por COLPENSIONES el 11 de junio de 2015, a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE ASEO Y RECICLAJE GUARNE –COOTAAR-, en donde le indica que el valor del cálculo actuarial por el período comprendido entre el 1° de octubre de 2000 al 30 de septiembre de 2001, es de \$5'753.835.⁴
- Resolución GNR 551 del 4 de enero de 2016, a través de la cual COLPENSIONES, resolvió negativamente la solicitud de pensión de vejez elevada por el actor, el **12 de noviembre de 2015**, por no cumplir los requisitos de ley.⁵
- Comunicado expedido por COLPENSIONES, fechado del 29 de enero de 2018, en donde le indica a la COOPERATIVA COOTAAR, que el valor pendiente por cancelar al 31 de marzo de 2018, es de \$4'766.762.⁶
- Comprobante de pago por concepto de cálculo actuarial, efectuado por la COOPERATIVA COOTAAR, el **21 de febrero de 2018**.⁷
- Resolución SUB 93032 del 16 de abril de 2019, a través de la cual, COLPENSIONES, resuelva la solicitud pensional del **11 de marzo de 2019**, reconociéndole la pensión de vejez al actor, bajo la aplicación del decreto 758 de 1990, y en cuantía de \$828.116 para el año 2019, pero supeditando el disfrute a partir del retiro del servicio público.⁸

³ Folio 24

⁴ Folios 27 a 29

⁵ Folios 37 a 41

⁶ Folios 30 a 34

⁷ Folios 35 y 36

⁸ Folios 42 a 52

- Resolución N° 143 del 29 de octubre de 2018, a través de la cual el empleador del demandante AQUATERRA E.S.P. GUARNE, da a conocer el retiro del servicio como trabajador oficial, suspendido hasta que se produzca el reconocimiento efectivo de la pensión de vejez.⁹
- Resolución SUB 109076 del 8 de mayo de 2019, por medio de la cual COLPENSIONES, conforme a la resolución N° 101 del 30 de abril de 2019, expedida por AQUATERRA, la cual acepta la renuncia del demandante, ingresa en nómina al demandante a partir del **1° de mayo de 2019**, con una mesada pensional en cuantía de \$828.116.¹⁰
- Historia laboral del actor.¹¹

Pues bien, conforme a lo anterior y al recurso de apelación, los **problemas jurídicos** a resolver por esta Sala, se centrarán en determinar: *i)* si el demandante tiene derecho al retroactivo pensional desde el 4 de enero de 2016, por inducción en error de la entidad accionada; *ii)* y la procedencia de los intereses moratorios.

i. Retroactivo pensional.

En lo que tiene que ver con el reconocimiento de la pretensión económica, es necesario advertir, que la pensión se comienza a cancelar y disfrutar una vez se acredite la desafiliación o retiro del sistema, como claramente lo señala el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, normatividad que no ha perdido vigencia con el establecimiento del Sistema General de Pensiones, puesto que esta normatividad no reguló lo relativo al retiro al sistema de pensiones, siendo aplicable en ese caso el artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, debe decirse que en efecto el artículo 13, que se complementa con el 35 del Decreto 758 de 1990, prescribe que para disfrutar de la pensión de vejez es necesario el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión, estableciendo una

⁹ Folios 53 a 57

¹⁰ Folios 58 a 65

¹¹ Folios 66 a 73 y PDF 7

diferencia entre los fenómenos de causación- entendido como el momento en que se adquiere el status de pensionado por cumplir con las condiciones de edad y cotizaciones, y el disfrute, que implica recibir la mesada pensional.

Por otro lado, la ley 344 de 1996, en su artículo 19, señaló que “... *Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiriera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones.*”

Asimismo, el decreto 2245 de 2012 expresa que “... *para poder incluir en la nómina de pensionados, es necesario contar con la certeza de la fecha a partir de la cual se producirá la desvinculación laboral definitiva, de tal forma que se garantice la no solución de continuidad entre la fecha de terminación del vínculo laboral y la inclusión en nómina general de pensionados.*”

Se tiene pues, que al demandante se le reconoció la pensión de vejez a partir del **1° de mayo de 2019**, fecha en la cual se le informó a COLPENSIONES, que a través de la resolución N° 101 del 30 de abril de 2019, expedida por AQUATERRA, al actor le fue aceptada la renuncia del servicio público.

Si bien, la parte actora presenta su inconformidad en la aparente inducción en error que lo hizo incurrir COLPENSIONES, es necesario hacer mención de las figuras **omisión en la afiliación** y **mora del empleador**, frente a la primera, el Decreto 1068 de 2015, Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, en su artículo 2.12.1.1, ha definido esta figura como “*el incumplimiento de la obligación de afiliarse a alguno de los subsistemas que integran el Sistema de la Protección Social y como consecuencia de el/a, no haber declarado ni pagado las respectivas contribuciones para fiscales, cuando surja la obligación conforme con las disposiciones legales vigentes*”.

La Corte Constitucional en sentencia T-234 de 2018, explicó las circunstancias y responsabilidades que se generan a cargo del empleador y la administradora de pensiones de cara a la afiliación y cotización, de la siguiente manera:

1-. Cuando no se presenta afiliación en pensiones y dicha omisión se extendió por un periodo igual o superior al establecido en la ley para el reconocimiento de una pensión, esta prestación debe ser asumida de forma íntegra por el empleador.

2-. **Cuando la omisión de afiliación fue parcial o tardía, el empleador debe trasladar al sistema, el valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado por el empleado, lo cual se efectúa a través del pago de un cálculo actuarial**, el que una vez pagado, traslada la responsabilidad pensional a la AFP.

3-. Cuando el empleador afilia, pero no pago cotización, evento en el cual se está en presencia del allanamiento en mora por parte de la AFP, por lo que la responsabilidad en el pago de prestaciones económicas recae en ella. (Negrilla fuera del texto)

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4021 del 25 de septiembre de 2019, explicó las diferencias entre las figuras de la **mora en la cotización** y la **omisión en la afiliación**, indicando lo siguiente:

*“En el caso de la **no afiliación**, la Corte sostiene que esta circunstancia **no puede equipararse a la mora**, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, **siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación** y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación.”* (Negrilla de la Sala)

Ahora, no desconoce la Sala que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han venido indicando que al existir una omisión en la afiliación se pueden validar las cotizaciones a través de un cálculo actuarial, pudiendo ser de recibo dichas semanas para la formación del derecho, no obstante, en el presente caso, **el pago del cálculo actuarial** fue realizado por el empleador COOPERATIVA COOTAAR, el **21 de febrero de 2018**, observándose claramente que la entidad administradora de pensiones solo vino a recibir los pagos con posterioridad a las solicitudes elevadas, tanto la del 7 de junio de 2011 como la elevada el 12 de noviembre de 2015, no

pudiéndose hablar de inducción en error a partir del 4 de enero de 2016, fecha en la cual se expidió la resolución GNR 551, toda vez que para dicha fecha el demandante solo contaba con 469,71 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Así pues, en el caso de autos, analizados los anteriores presupuestos fácticos y normativos, encontramos que el empleador del actor, la COOPERATIVA COOTAAR, estaba en la obligación de afiliar al trabajador al sistema general de pensiones, y no lo realizó, como claramente se observa con las pruebas anexadas al plenario, hecho que impidió que el actor pudiera acceder a la pensión de vejez desde la primera solicitud, y si bien, se efectuaron unos pagos posteriores, se deben catalogar como extemporáneos, sin poderse equipara a la figura del allanamiento en mora, en donde por lo menos debe existir la afiliación por parte del empleador moroso.

Es necesario señalar que al ser el empleador el responsable en la omisión de la afiliación, no se puede analizar en este caso específico la figura de la inducción en error como lo pretende la parte actora; y por tal razón, se deberá **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, sin ser necesario analizar los demás problemas jurídicos.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. En esta instancia son a cargo de la parte demandante, por no salir avante el recurso de apelación. Las agencias en derecho se tasan en la suma de \$500.000.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,


RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia, que se revisa por vía de apelación de fecha y procedencia conocidas.

SEGUNDO: Costas procesales y agencias en derecho como se dejó dicho en la parte considerativa de esta providencia.

Se notifica lo resuelto por **EDICTO**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Luís Mariano Ochoa Ochoa
DEMANDADO	Colpensiones
RADICADO	05-001-31-05-018-2020-00161
DECISIÓN	Confirma sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/131> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
Fijado el 28 de noviembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 28 de noviembre de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO