



PEREIRA RISARALDA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO

TABARES

Pereira, veinticinco de febrero de dos mil diez.
Acta número 017 del 25 de febrero de 2010.
Hora: 10:30 a.m.

***Tema: Cese en las cotizaciones, a pesar de continuar el vínculo laboral.** Es posible que el afiliado decida no cotizar al sistema pensional, a pesar de continuar su vínculo laboral vigente, en aquellos casos en los cuales se han satisfecho los presupuestos legales para acceder a la pensión de vejez. (inc. 2º art. 17 L. 100/93). **Retiro del sistema del afiliado con requisitos cumplidos para pensión.** El artículo 13 del acuerdo 049/90, no fue derogado por el artículo 17 inc. 2º de la L. 100/93, ni el cese de cotizaciones previsto en éste indica desafiliación al régimen, ya que subsistiendo el vínculo laboral, sigue la obligación de cotizar a salud y riesgos.*

En la fecha y hora señaladas, la Sala de Decisión Laboral de esta Corporación, se constituye en audiencia pública con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por la señora Jueza Tercera Laboral de esta capital, el pasado 29 de mayo de 2009, dentro del proceso ordinario que adelanta el señor **JOSÉ DANOVER CASTRILLÓN CASTAÑO** en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

En sesión, a la cual no asistió el Magistrado HERNÁN MEJÍA URIBE, por habersele aceptado, previamente, impedimento para actuar en estas diligencias, la Sala constituida por sus restantes miembros discutió y



PEREIRA RISARALDA

aprobó el proyecto que presentó el Magistrado Ponente, el que se hizo constar en el acta de la referencia, correspondiendo al siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES

a. *Lo que se pide.*

Por medio de procurador judicial, pretende el demandante que se declare que el ISS reconoció pensión de vejez y por consiguiente tiene la obligación de pagar el retroactivo correspondiente a 23 días de enero y los meses de febrero y marzo de 2007, conforme lo normado en el canon 13 del Acuerdo 049 de 1990, las cuales deberán cancelarse debidamente indexadas más las costas procesales.

b. *Fundamentos de hecho.*

Por medio de Resolución Nro. 003149 del 28 de marzo de 2007, se reconoció pensión de vejez a favor del actor, a partir del 1º de abril de ese mismo año; mediante oficio del 19 de diciembre de 2006, la Jefe de Gestión Humana de almacenes generales de depósito de café S.A., empresa donde laboraba el actor, en la que le requirieron al demandante que, como había cumplido los presupuesto para acceder a la pensión de vejez, elevara solicitud para el reconocimiento pensional, informándole además que esa empresa cesaría sus cotizaciones a pensión obligatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 100 de



PEREIRA RISARALDA

1993, por tal motivo fue reportado en la planilla "PILA" en la casilla 17, asignada para afiliados con requisitos cumplidos para pensión.

Al liquidarse la pensión de vejez, el ISS no reconoció el retroactivo pensional a que tenía derecho al actor, pagándole su pensión desde el 1º de abril de 2007, cuando el retiro efectivo del sistema operó desde el 7 de enero de ese año, lo que quiere decir que se le dejaron de reconocer 2 meses y 23 días de retroactivo pensional, por lo que se interpusieron los recursos legales que eran procedentes, siendo desatados sin hacer referencia al retroactivo solicitado. Posteriormente, se presentó una nueva reclamación por el retroactivo, sin que hasta la fecha se hubiere dado respuesta.

c. Actuación procesal.

Mediante auto del 18 de diciembre de 2008, se admitió la demanda y se dio traslado al ISS, entidad que constituyó procuradora judicial, que se pronunció respecto a los hechos de la demanda, aceptando como ciertos los relativos a la calidad de pensionado del actor, el reporte de la entidad empleadora respecto a la calidad de afiliado con requisitos cumplidos, el reporte a la planilla PILA y la interposición de los recursos legales y la reclamación administrativa. Se opuso a las pretensiones y presentó como medio exceptivo de fondo el de "Prescripción".

A continuación se celebró la audiencia de que trata el artículo 77 del Estatuto Procesal Laboral y Seguridad Social, sin que se lograra la conciliación, se corrió traslado de las excepciones, no se adoptaron



PEREIRA RISARALDA

medidas de saneamiento, se fijó el litigio y se procedió a decretar las pruebas que interesaron a las partes, consistentes en las documentales que se aportaron con los libelos de demanda y contestación.

d. *Sentencia de primer grado.*

La Jueza a-quo denegó las pretensiones de la demanda, al estimar que si bien el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 autoriza al afiliado que cumple con los requisitos legales para pensionarse a cesar en el pago de sus aportes, si éste opta por seguir laborando debe seguir cotizando, conforme a lo establecido en el canon 15 ibídem, que establece que es obligatorio cotizar mientras subsista el vínculo laboral. Ahora, si bien la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes -PILA-, contiene una casilla para reportar a los afiliados que cumplen requisitos para acceder a la pensión de vejez, ello no implica que, cuando una persona continua laborando y ha sido reportada en la casilla número 17 de la mencionada planilla, pueda cesar en sus aportes al sistema, pues tal reporte advierte únicamente que se han cumplido los requisitos para pensionarse.

Dicha decisión no fue objeto de recurso, pero al ser totalmente adversa al afiliado al sistema de seguridad social, fue remitida en consulta a esta Sala, donde se dispuso el trámite propio a la instancia.

Procede la Sala a decidir lo pertinente con fundamento en las siguientes,



PEREIRA RISARALDA

II. **CONSIDERACIONES**

a. **Competencia.**

Este Juez Colegiado es competente para resolver la consulta dispuesta por la Jueza a-quo, en virtud de los factores territorial y funcional, de conformidad con los artículos 5, 15 lit b ord. 3 y 69, todos del Compendio Adjetivo Laboral y de la Seguridad Social.

Los denominados por la doctrina presupuestos procesales: juez competente, demanda en forma, capacidad de parte y capacidad para comparecer a juicio- concurren medianamente en esta actuación, no militan, por otra parte, vicios que obliguen a sanearlos o a decretar de oficio la nulidad, en su caso –art. 145 C.P.C-.

b. **Problema jurídico.**

Corresponde a esta Sala analizar el tema del retiro del sistema pensional y sus consecuencias no obstante permanecer incólume el vínculo laboral, esto es, si hay lugar o no al pago de un retroactivo pensional. En otros términos ¿Desde cuándo se entiende retirado del sistema pensional, un afiliado que cumplió los requisitos para acceder a la pensión y optó por no seguir cotizando al sistema pensional?.

c. **Normas rectoras que definen el asunto.**



PEREIRA RISARALDA

Al respecto, resulta prudente traer a colación los enunciados de los preceptos 15 y 17, ambos de la Ley 100 de 1993.

El primero de los preceptos transcritos, establece quiénes son afiliados al sistema de pensiones y en qué condición, señalando que son afiliados en forma obligatoria, quienes se encuentren vinculados mediante un contrato de trabajo. Puede decirse que ésta es la pauta general que debe seguirse, esto es, que quien se encuentre vinculado laboralmente, debe aportar obligatoriamente al sistema de pensiones.

Sin embargo, esta regla general tiene su excepción para los laborantes, ya que el segundo de los cánones transcritos, establece que, una vez alcanzados los presupuestos legales para pensionarse, el afiliado puede optar por una de dos situaciones: (i) seguir cotizando al sistema de pensiones o (ii) cesar en sus cotizaciones. En este último caso, no es forzoso que termine la relación laboral, pues la persona puede continuar prestando su servicio a su empleador y seguir afiliado al sistema de salud, riesgos profesionales, más no aportes por pensión, por así relevarlo en forma expresa la Ley.

Es esta la hermenéutica del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, a la que se arriba cuando lo que quiso el legislador fue dotar al afiliado que cumplió con los presupuestos para pensión, la opción entre continuar cotizando para incrementar su pensión o bien dejar de hacerlo por haber alcanzado el límite exigido por la ley. Es claro que, el artículo 17, estableció una excepción a la regla general de obligatoriedad de la cotización mientras subsista el vínculo laboral.



PEREIRA RISARALDA

d. ***Solución a la controversia –precedentes-***

Por otra parte, esta misma Sala se ha cuestionado cuando ha conocido asuntos similares, en torno a sí en virtud de las previsiones del segundo inciso del artículo 17 de la ley 100 de 1993, quedó derogado el requisito de *"la desafiliación al régimen"*, como paso previo al disfrute pensional -artículo 13 del acuerdo 049 de 1900, aprobado mediante decreto 758 del mismo año-, o que por recta vía se pueda interpretar, que el cese de la cotización autorizado por el comentado canon 17 de la L. 100 de 1993, implica *"la desafiliación al régimen"*.

La respuesta a tales inquietudes se dilucidó de la siguiente manera¹:

"5- Acotaciones sobre el régimen de transición y premisas legales.

El disfrute pensional a que hace relación el artículo 13 del acuerdo 049 aprobado por el decreto 758 de 1990, el cual está condicionado a la desafiliación al régimen, no obstante que en la liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada, no hace parte de los puntuales aspectos que cubren el régimen de transición: edad, cotizaciones o tiempo de servicio y monto de la pensión, más cuando no se trata de la causación misma del derecho, al que también se refiere el mentado precepto en su enunciado inicial.

¹ Procesos ordinarios que por separado entablaron contra el ISS, los señores Gabriel Alvarez y Juan José Restrepo Wolf, radicaciones: 66001-31-05-001-2008-01261-01 y, 66001-31-05-003-2008-0991-01.



PEREIRA RISARALDA

Sin embargo, si el asunto se desatara conforme a los lineamientos de la ley 100 de 1993, no se encontraría allí norma que regule expresamente el punto atinente al disfrute pensional, dado que el precepto más próximo, esto es, el artículo 17, posee un alcance limitado, en cuanto se encargó de fijar el mojón final de la cotización, sin perjuicio de que siguiera cotizando a voluntad del afiliado, empero, no preceptuó que el goce de la pensión se haría efectivo a partir del día siguiente de haberse cumplido los requisitos mínimos, en otros términos, abriendo la posibilidad al reclamo del retroactivo pensional.

En tales condiciones son bienvenidas las voces del artículo 31 de la ley 100 de 1993, al prescribir en su apartado final:

"Serán aplicables a este régimen 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 esta ley".

Desde luego, que si se optara por lo consignado en el artículo 13 del acuerdo 049, ello no sería por la aplicación al régimen de transición, sino por las previsiones del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, en la medida que dicho disfrute pensional no fuera tratado o regulado por el estatuto de la seguridad social, por lo tanto, ninguna adición, modificación o excepción se impuso al tema con la entronización de la nueva ley de la seguridad social.

"6- El apoyo jurisprudencial.



PEREIRA RISARALDA

Así fue entonces, como en similar forma se pronunció el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, especialidad laboral al decantar:

"(...) solo a partir de la desafiliación del asegurado al régimen de prima media con prestación definida, comienza a recibir la pensión de vejez, toda vez que, con arreglo a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, si bien la pensión de vejez se causa cuando se reúnen los requisitos de edad y densidad de semanas, su disfrute lo es desde la desafiliación definitiva.

Lo anterior no fue modificado por la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya que ella misma en su artículo 31, refiriéndose al régimen solidario de prima media con beneficio definido, dispuso que 'Serán aplicables a este régimen 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 esta ley (...)'².

Pronunciamiento parecido reprodujo esa alta Corporación, cuando en otra ocasión señaló:

"(...) Valga puntualizar que el derecho a recibir el pago de las mesadas no emergen del reconocimiento de la pensión por parte de la entidad que le corresponde, sino del cumplimiento legal de la edad y el tiempo de servicio o la densidad de cotizaciones, a lo cual se debe adicionar el retiro definitivo del servicio activo, tan esa así que cuando el reconocimiento se hace con posterioridad al retiro se ordena el pago de los retroactivos respectivos (...)'³-sublíneas fuera del texto-.

"7- Anotaciones finales.

Lo precedentemente dicho tiene su fundamento, como lo ha señalado la misma jurisprudencia patria, en que una de las finalidades de la

² C.S.J. –Sala de Casación Laboral M.P. Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez, sentencia del 7 de septiembre de 2006, radicación 27140.

³ C.S.J. –Sala de Casación Laboral- sentencia del 12 de Diciembre de 2007, radicación 32.003.



PEREIRA RISARALDA

pensión es reemplazar el salario, esto es, suplir la pérdida de ganancia del mismo –Expediente 13425 de 2000-. Finalidad aquella que no se ha perdido con la entronización de la ley 100 de 1993. Por ello es menester, entonces, que su desafiliación sea total al sistema de la seguridad social, ya que subsistiendo las afiliaciones por los demás riesgos entrañaría la permanencia del vínculo laboral, situación que a la luz del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, es perfectamente viable, pero que al mismo tiempo no podría tolerarse que subsistiendo la relación laboral se dejara de cotizar, igualmente, para salud y riesgos profesionales.

Otra perspectiva diferente que ofrecería el asunto sería que en efecto, se hubiese operado tal desvinculación laboral y que por un olvido del empleador, no se haya noticiado al ISS la desafiliación del ex trabajador, evento en el cual no sería equitativo y justo para éste último que se trasladara a él las consecuencias nefastas de una obligación que estaba, básicamente, a cargo del empleador, como ha tenido oportunidad de puntualizarlo esta Sala, sin embargo, ésta última hipótesis no se alegó en esta actuación.

Así las cosas, el que se hubiera marcado un límite para el cese de las cotizaciones en virtud de lo prevenido en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, reglamentado primero por el artículo 19 del Decreto 692 de 1994 y modificado después por el canon 4º de la Ley 797 de 2003, no significa inexorable y fatalmente como lo entiende la censura, que su titular a partir del día siguiente le asista el derecho a percibir el retroactivo pensional, pues, como se sabe la tramitación de su pensión



PEREIRA RISARALDA

puede requerir de un tiempo prudencial mientras el ente asegurador compruebe que se han cumplido satisfactoriamente las condiciones respectivas.

Por ende, una cosa, es la cesación de los aportes pensionales y otra muy distinta el disfrute de la gracia pensional, así como no es dable confundir la causación del derecho con su disfrute, todo sin perjuicio, desde luego, del ejercicio de la opción que posee el afiliado de seguir cotizando para mejorar el monto pensional.

Ahora, si resultare un excedente de las cotizaciones que no contribuyera al robustecimiento de la prestación de que se trata, como en número de 68 semanas denunciara el apelante, no se puede soslayar el hecho de que el mismo se afilió al régimen de prima media con prestación definida y no al individual con solidaridad, que ameritara conforme a la filosofía de cada subsistema la devolución o no de tales excedentes. Como se sabe, el primero siempre se ha identificado como un fondo común al que el afiliado contribuye no solo para su propio beneficio sino también para el de los demás afiliados”.

e. El caso litigado.

Para esta Sala, entonces, la cesación de los aportes al sistema por reunirse los requisitos de la pensión, no es igual a “desafiliación al régimen”, ya que para que este cometido se logre menester resulta la desafiliación a todos los subsistemas de la seguridad social, lo que se obtiene, en otros términos con la desvinculación laboral.



PEREIRA RISARALDA

Ahora, como tuvo oportunidad de expresarlo la Sala en ocasiones pretéritas, ni la Ley 100 de 1993 ni sus posteriores reformas, han establecido las condiciones que harían viable el disfrute de la pensión de vejez. La norma más cercana al tema, es el tan mencionado artículo 17 que, sin embargo, regula apenas el tema del cese de las cotizaciones, más nada indica sobre el momento en el cual deberá el Fondo empezar a pagar la mesada respectiva o, lo que es lo mismo, el momento a partir del cual nace el derecho para que el pensionado entre a disfrutar su pensión.

Ante ese vacío, que tampoco se llenaría con normas de más bajo rango legal como las resoluciones que reglamentaron la planilla "PILA", pues, por otro lado, no tuvieron ese propósito, por tanto, en virtud de la autorización que hace el inciso 2º del canon 31 de la Ley 100 de 1993, para aplicar los reglamentos del ISS en aquellos aspectos que no sean contrarios a aquella, estima procedente esta Colegiatura –como lo dispuso en casos anteriores- aplicar el canon 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante el Decreto 758 del mismo año.

Es evidente –entonces- que el punto de partida que debe tener en cuenta los fondos pensionales, para iniciar el pago de la pensión a sus beneficiarios, es la fecha de retiro del sistema de la seguridad social - salud, pensiones, riesgos profesionales-, o lo que es lo mismo, cuando se produzca la desvinculación laboral de manera definitiva.

De lo precedentemente expuesto se sigue que:



PEREIRA RISARALDA

- La regla general es que toda persona que se encuentre vinculada laboralmente, está en la obligación de cotizar al sistema de pensiones.

- Sin embargo, si el afiliado cumple con los requisitos para pensionarse, puede continuar laborando, contando con la posibilidad de seguir cotizando para incrementar el valor de su pensión o no hacerlo, para lo cual deberá dar a conocer al Fondo de Pensiones –él mismo o su empleador-, que va a dejar de cotizar en pensiones. Con el actual sistema de pago de los aportes a seguridad social –PILA-, dicho objetivo se cumple con indicar que el tipo de afiliado es 17.

- La desafiliación al régimen, en los casos en los que la persona ha cumplido los presupuestos para pensionarse y ha optado por dejar de cotizar, obra desde el momento en que se comunicó al fondo pensional el retiro o desvinculación laboral y desde esa misma fecha, debe el ente respectivo empezar a pagar la pensión.

Con base en lo antedicho, pasará este Cuerpo Colegiado a analizarse el caso concreto:

Se tiene que el señor José Danover Castrillon Castaño, nació el 24 de diciembre de 1946, según se observa en la copia de la Resolución 003149 de 2007 –fl. 7-, así mismo, se desprende de tal acto administrativo que el pretensor cotizó un total de 1.692 semanas.



PEREIRA RISARALDA

En cuanto a las cotizaciones, según obra en la historia laboral, visible a folios 21 y ss, la última se surtió el mes de diciembre de 2006, así mismo lo hace constar el último empleador del actor –fl. 25 y ss-. No obstante el actor siguió laborando.

Así las cosas, estima la Colegiatura que no es posible percibir coetáneamente la mesada pensional retroactiva y el salario como fruto de su trabajo, así la causa de la una se produzca por el hecho de haber colmado los requisitos para la prestación de la seguridad social y el otro, por la prestación personal de un servicio.

Corolario de lo dicho, encuentra esta Sala que la decisión de la Jueza *a-quo* resulta acertada, por arribar a la misma conclusión del Tribunal, lo cual amerita su confirmación.

Sin costas en esta instancia por haberse conocido en grado jurisdiccional de consulta.

III. **DECISIÓN**

En mérito de lo discurrido, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA



PEREIRA RISARALDA

CONFIRMA la sentencia conocida por esta Corporación en grado jurisdiccional de Consulta.

Sin costas en esta instancia.

Decisión notificada en estrados.

No siendo otro el objeto de esta audiencia se da por terminada y en constancia se suscribe el acta por quienes intervinieron.

Los Magistrados,

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

HERNÁN MEJÍA URIBE

Impedido

CONSUELO PIEDRAHÍTA ALZATE

Secretaria