El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 26 de octubre de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-002-2015-00235-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Álvaro Ocampo Montoya

Demandado: Colpensiones

Litis Consorte: Álvaro Ocampo Montoya

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Temas:

MORA PATRONAL. Lo primero que debe recordarse es que esta Corporación, acogiendo los lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia… de tiempo atrás ha sostenido que la mora patronal no debe afectar al afiliado al sistema pensional, porque cuando aquella se presenta la entidad de seguridad social tiene la obligación de ejercer las acciones de cobro respectivas…

No obstante, también es cierto que… “Para el trabajador dependiente afiliado al Sistema, en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral…”.

En ese orden de ideas, por regla general, se concluye que cuando se alega la mora patronal, es necesario que la parte actora acredite la existencia del vínculo laboral en el interregno en que presuntamente se presentó la falta de pago de las cotizaciones por parte del empleador…

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 8:00 a.m. de hoy, viernes 26 de octubre de 2018, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por el señor **Álvaro Ocampo Montoya** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**; proceso al que fue vinculada la señora **Lucila Sánchez de Padilla.**

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**S E N T E N C I A**

Como quiera que los argumentos expuestos en las alegaciones fueron tenidos en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta dispuesto frente a la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 14 de noviembre de 2017, que fuera desfavorable a Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

De acuerdo a los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia le corresponde a la Sala determinar: i) si los periodos registrados en mora por parte de la empleadora Lucila Sánchez de Padilla pueden ser tenidos en cuenta dentro del computo de semanas que el actor requiere para prorrogar los beneficios del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014 y, en caso afirmativo, ii) si él tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

1. **La demanda y su contestación**

El citado demandante solicita que se condene a Colpensiones, previa declaración del derecho, a que le reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 22 de octubre de 2014, más los intereses moratorios, o la indexación, y las costas procesales.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que el 22 de octubre de 2014 solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual le fue negada a través de la Resolución GNR 56556 del 25 de febrero de 2015, con el argumento de que tenía 1005 semanas cotizadas en su vida laboral pero no acreditaba las 750 semanas que exige el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que su prestación debía estudiarse a la luz de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Refiere que la demandada no tuvo en cuenta que en el recuadro de observaciones del reporte de semanas cotizadas se evidencia una mora en las cotizaciones entre agosto de 1995 y septiembre de 1999, por parte de la empleadora Lucila Sánchez de Padilla, los cuales corresponden a un total de 214,285 semanas, que sumadas a las 735,39 que reconoce la entidad demandada ascienden a un total de 949,7 con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

1. **Contestación de la demanda**

Colpensiones contestó la demanda aceptando como cierto que el demandante presentó solicitud pensional el 22 de octubre de 2014, así como el contenido de la Resolución GNR 56556 de 2015, por medio de la cual negó la prestación. Frente a los demás hechos manifestó que le no constaban. Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción.

El curador Ad-litem de la señora Lucila Sánchez de Padilla contestó la demanda aceptando como cierto únicamente el hecho que hace referencia a que el demandante presentó solicitud pensional ante Colpensiones el 22 de octubre de 2014; en cuanto a los demás manifestó que no le constaban o que no eran hechos como tal. Respecto a las pretensiones se opuso a cada una de ellas y propuso las excepciones que denominó *“Prescripción”* y la *“Genérica”*.

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento declaró que el señor Álvaro Ocampo Montoya, en su calidad de beneficiario del régimen de transición, tiene derecho a la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1º de mayo de 2015, en cuantía de un salario mínimo y por 13 mesadas anuales. En consecuencia, ordenó a Colpensiones reconocer como retroactivo la suma de $22.276.758, más los intereses moratorios a partir del 22 de febrero de 2015 y las costas procesales.

Finalmente, autorizó a Colpensiones a que descuente del retroactivo pensional el 12% por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud.

Para llegar a tal determinación la A quo consideró que en el sub lite era procedente tener en cuenta las 192.71 semanas desde el 1º de enero de 1996 al 30 de septiembre de 1999, pues ellas aparecen reportadas con mora patronal por parte de la empleadora Lucila Sánchez de Padilla y no se demostró que Colpensiones hubiera adelantado el correspondiente cobro coactivo para recaudarlas; de modo que era factible concluir que el demandante tenía a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 un total de 946 semanas, por lo que lo que los beneficios transicionales de los que fue acreedor, por contar con más de 40 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se hicieron extensivos hasta el año 2014.

Definido lo anterior, la Jueza señaló que el actor cumple a cabalidad con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez, ya que arribó a los 60 años el 1º de abril del 2010 y cuenta con un total de 1245 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de manera que tenía derecho a disfrutar de la misma a partir del 1º de mayo del 2015, día siguiente a aquel en el que efectuó su última cotización.

A continuación, procedió a calcular el IBL y la primera mesada a la que tenía derecho el promotor del litigio, encontrando que como esta última era inferior al salario mínimo tenía que equipararse al mismo, el cual debía cancelarse por 13 mesadas anuales al haberse causado la prestación con posterioridad al 31 de julio de 2011; encontrando que el retroactivo causado a la fecha de proferir el fallo ascendía a $22.276.758; valor al que debía descontarse el 12% por concepto de aportes a salud que le correspondía asumir al actor.

En cuanto a los intereses moratorios, indicó que como el señor Ocampo solicitó el reconocimiento de la prestación el 22 de octubre de 2014, dichos emolumentos empezarían a correr a partir del 22 de febrero del 2015.

1. **Consideraciones**
	1. **De la mora patronal**

 Lo primero que debe recordarse es que esta Corporación, acogiendo los lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (como el expuesto en la sentencia del 2 de febrero de 2010, Radicación No. 35012, M.P. Dr. Eduardo López Villegas), de tiempo atrás ha sostenido que la mora patronal no debe afectar al afiliado al sistema pensional, porque cuando aquella se presenta la entidad de seguridad social tiene la obligación de ejercer las acciones de cobro respectivas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

 No obstante, también es cierto que como lo sostuvo dicho tribunal en sentencia del 1º de julio de 2009, Radicado No. 36502, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, “*Para el trabajador dependiente afiliado al Sistema, en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y* ***por virtud de la prestación efectiva del servicio y por el tiempo en que esto ocurra, se causan cotizaciones****, y se adquiere la categoría de cotizante, independientemente de que se presente mora patronal en el pago de las mismas*”.

 En ese orden de ideas, por regla general, se concluye que cuando se alega la mora patronal, es necesario que la parte actora acredite la existencia del vínculo laboral en el interregno en que presuntamente se presentó la falta de pago de las cotizaciones por parte del empleador, sin perjuicio de que, en algunos eventos, de la propia historia laboral se pueda deducir dicha mora, por ejemplo, por la interrupción moderada de las cotizaciones por parte de un empleador sin que medie la novedad de retiro.

* 1. **Caso concreto**

 No se encuentra en discusión en el presente caso que el señor Álvaro Ocampo fue beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con más de 40 años de edad a la entrada en vigencia de esa norma; por lo tanto, tal como quedó planteado en el problema jurídico, el debate radicaba en establecer si conservó dicho beneficio una vez entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, que exige para el 29 de julio de ese año un total de 750 semanas cotizadas, de las cuales tan sólo se perciben 735 semanas en las historias laborales allegadas al proceso (fls. 14, 86 y 102).

 De esta manera, era menester pronunciarse frente a la presunta mora patronal que se alega con antelación a la entrada en vigencia de la aludida reforma constitucional, tal como lo hizo Jueza de instancia, cuya conclusión no comparte esta Corporación por cuanto de los documentos que reposan en el infolio no se desprende que el gestor de la litis haya prestado sus servicios a favor de la señora Lucila Sánchez de Padilla con posterioridad al mes de julio de 1995.

 En efecto, revisadas las historias laborales aportadas tanto por la parte demandante como por la demandada, considera la Sala que la afirmación del actor, respecto de la mora patronal de la empleadora en mención entre agosto de 1995 y septiembre de 1999 quedó sólo en un mero enunciado, toda vez que no cumplió con la carga de probar que el vínculo contractual que lo unió con ésta se extendió en el periodo aludido, ni tampoco es posible extraer de dichos documentos una información que arroje una cantidad adicional de semanas, pues no existen elementos demostrativos que lleven a la convicción de que se están suprimiendo más cotizaciones de las que realmente aparecen, por lo que no era del caso contabilizarlas automáticamente y sin ningún otro miramiento, como se hizo en el fallo de instancia.

 Se itera, no era posible presumir la existencia del contrato en los periodos que aparecen sin cotizaciones, que huelga decir, van hasta septiembre de 1999, bien porque entre ellos no se percibe una interrupción de pagos en el que medie un lapso moderado, sino de varias anualidades después de las cuales no existen nuevas cotizaciones por parte de la empleadora en mención

Ahora, frente a la lacónica argumentación de la Jueza primer grado para contabilizar los ciclos transcurridos en aquel interregno, la ponente mediante providencia del 2 de agosto de los cursantes ordenó requerir al actor a efectos de que allegara **cualquier prueba** con la que se pudiera concluir que estuvo vinculado laboralmente con la señora Sánchez de Padilla, en el lapso en el que se alega la mora, sin que a la fecha, habiendo transcurrido más de 2 meses, ni él ni su apoderado hayan aportado prueba en ese sentido; por lo que no era posible para la judicatura deducir ciclos de cotizaciones sin el debido respaldo probatorio, menos aun cuando se requirió una gestión de la parte interesada, tendiente a esclarecer su situación particular, y no se obtuvo respuesta alguna por parte de aquella.

 Por lo anterior, se concluye que lo que se presentó en el presente trámite fue la omisión de la empleadora Lucila Sánchez de reportar la novedad de retiro del sistema una vez terminó la relación con el actor, pues de su historia laboral se colige que cotizó del 22 de julio de 1993 al 31 de julio de 1995 en forma continua e ininterrumpida.

Así las cosas, al contar con sólo 735 semanas al 29 de julio de 1995 era evidente que la pensión del demandante estaba sujeta a las disposiciones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, mismo que dispone que la edad para pensionarse es de 60 años, la cual alcanzó el 1º de abril de 2010, fecha en la que se le exigían 1175 semanas cotizadas, de las cuales tan sólo se perciben 1030,86 semanas en la última historia laboral allegada por Colpensiones (fl. 102)

Como corolario de lo brevemente expuesto se torna forzoso revocar la decisión de primer grado para, en su lugar, declarar probada la excepción de “Inexistencia de la obligación demandada” propuesta por Colpensiones y negar las pretensiones del demandante.

 Sin costas en este grado jurisdiccional

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala de Decisión Laboral No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

1. **RESUELVE**

**PRIMERO**.- **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso iniciado por **Álvaro Ocampo Montoya** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.**

**SEGUNDO.- DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la entidad demandada y, en consecuencia, negar las pretensiones del señor **Álvaro Ocampo.**

**TERCERO.- CONDENAR** en costas procesales de primera instancia al demandante a favor de Colpensiones en un 100%. Liquídense por la secretaría del juzgado de origen.

**CUARTO.- SIN COSTAS** en este grado jurisdiccional.

**Notificación surtida en estrados.**

**Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada ponente,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**  Magistrada Magistrado

Añadió que tampoco obra dentro del proceso prueba de que Colpensiones hubiese efectuado el correspondiente cobro coactivo por los aportes que aparecen en mora por parte de la empleadora Lucila Sánchez de Padilla, razón por la que ello no podía ser imputable al demandante.

, mora que equivale a semanas

 que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 prevé que el régimen de transición le es aplicable a quienes al 1º de abril de 1994 tuvieran 40 años cumplidos en el caso de los hombres, requisito que indica el señor Ocampo Montoya cumple, pues conforme a la copia del registro civil de nacimiento que fue allegada al expediente a folio 9 del expediente, este contaba con 44 años de al 1º de abril de 1994, lo que indica que en principio estaría amparado por el régimen de transición.

Seguidamente señaló que verificando la historia laboral del demandante, se observa una deuda presunta por no pago de aportes por parte de la empleadora que no fueron tenidos en cuenta por la AFP. Esto mismo se evidencia de la historia laboral que fue aportada con la contestación de la demanda y anexada con el expediente administrativo del actor (fl.56 a 61, sin embargo la historia laboral aportada por Colpensiones, que fue arrimada con posterioridad (fl.95-96) no incorpora los periodos que presuntamente se encuentran en mora, como tampoco se evidencia en ninguna de las historias la novedad de retiro por parte de la empleadora del demándate.

Indicó que así mismo se observa en todas las historias laborales, que se reporta en el mes de junio de 1996 cotizaciones realizadas por Seguros de Vida SURA y en julio de 1998 por el restaurante Le Table, periodos que sumarian un total de 8.5 semanas, pero esos periodos no serán tenidos en cuenta ya que en el detalle de pago no figuran estos aportes, lo que evidencia que corresponde a un error en el resumen de semanas cotizadas.

Agregó que si bien es cierto que Colpensiones no tuvo en cuenta en favor del demandante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1996 al 30 de septiembre de 1999, para resolver lo atinente a la prestación solicitada, la cual fue desatada de manera negativa mediante la resolución GNR 56556 de febrero del 2015, y así se advierte en la historia laboral aportada con el expediente administrativo.

Decidió la Jueza tener en cuenta la historia laboral aportada con el escrito de la demanda, que manifestó es igual a la que fue aportada por la entidad demandada al momento de dar contestación a la demanda, esto en aplicación al principio de confianza legitima al cual ha hecho alusión este Tribunal en sentencia del 15 de mayo del 2012 radicado 2011-74501 con ponencia de esta Magistrada, en el cual se indicó que cuando se ha reconocido un numero de semanas en un acto administrativo que no concuerde con la historia laboral se deberán tener en cuenta los actos administrativos. En ese mismo sentido se señaló:

“*… ante la duda, considera esta Corporación que en virtud del principio de confianza legítima y, ante la posibilidad de elegir cuál de los dos documentos (la resolución y la historia laboral) tiene mayor fuerza vinculante, podemos decir de manera razonable que nos debemos inclinar por aceptar lo expuesto en la resolución: i) por tratarse de un acto administrativo, que de acuerdo con las categorías de las normas, evidentemente está por encima del “Reporte de semanas cotizadas en pensiones”, como se denomina la historia laboral, ii) goza de presunción de legalidad, iii) no ha sido revocado, ni modificado por la propia autoridad administrativa que lo expidió, ni anulado por autoridad jurisdiccional alguna, iv) no fue tachado de falso por la demandada y, v) la entidad que lo profirió ni siquiera ha alegado, por ejemplo, que se haya tratado de un error de digitación.”*

Indicó que por lo anterior y teniendo en cuenta la historia laboral a que se ha hecho mención, y contabilizando a favor del trabajador los periodos que se reportaron en mora por parte del empleador, que equivalen a 192.71 semanas, se tiene por demostrado que el señor Álvaro Ocampo cotizó 946 semanas al 29 de junio del año 2005.

Asimismo concluyó que el demandante si fue afiliado por el empleador, lo que consta en la historia laboral de Colpensiones, razón por la cual consideró que ese tiempo le debe ser válidamente cotizado en la historia laboral, por cuanto la mora en el pago de los aportes no puede ser asumida por el afiliado, pues conforme a las reglas de los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 100 del 93 es de una parte deber del empleador efectuar la consignación oportuna de estos y de otro lado los fondos de pensiones tienen la obligación de adelantar las gestiones necesarias, incluidos los cobros coactivos cuando haya incumplimiento del empleador en estos pagos, pues así lo ha manifestado también la Corte Suprema de Justicia en reiterada Jurisprudencia.

La jueza precisó que le daría validez a la historia laboral que fue allegada con la demanda, en la que si figuraban las semanas en mora por parte del empleador, lo que coincide con otra que fue allegada por Colpensiones, pues indicó que si bien ello no corresponde a un acto administrativo, como lo indica la jurisprudencia que se menciono, si corresponde a un documento que fue puesto en conocimiento del usuario por parte de la entidad demandada, lo que le genera un expectativa legitima frente al reporte de las semanas que tiene cotizadas a su favor, e igualmente no se ha desconocido la afiliación por parte del empleador, ni obra reporte alguno de la novedad de retiro del mismo, lo que la llevó a concluir que esas semanas si aparecen en mora.

Añadió que tampoco obra dentro del proceso prueba de que Colpensiones hubiese efectuado el correspondiente cobro coactivo por los aportes que aparecen en mora por parte de la empleadora Lucila Sánchez de Padilla, razón por la que ello no podía ser imputable al demandante.

Aclaró que si bien se contabilizarían las semanas a favor del demandante, no habría lugar a imponer condena en contra de la señora Lucila Padilla por cuanto lo que se presento fue una mora en el pago de aportes y no la falta de afiliación por parte del empleador, por lo que correspondía a Colpensiones realizar las respectivas gestiones de cobro, las cuales la entidad no realizó.

En ese orden de ideas, tal como lo dispuso la Juez de primer grado,

 Itérase, en el infolio sólo existe una afirmación de la demandante que no fue demostrada, careciendo de pruebas como por ejemplo la afiliación a la E.P.S., el contrato mismo, pruebas testimoniales, etc., que demostraran que la falta de pago en ese interregno se presentó en vigencia del contrato de trabajo.

 Por lo dicho, al no poderse acreditar a favor de la actora el tiempo de mora en el pago de los aportes, es evidente que las 689.91 semanas con las que cuenta al 25 de julio de 2010, son insuficientes para conservar los beneficios del régimen de transición consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ende, no era posible adentrarse en el estudio de la pensión que reclama bajo ningún precepto normativo anterior a esa ley.

 Finalmente, es del caso advertir que con las semanas que cuenta la señora Villa de Buitrago al 30 de noviembre de 2011 tampoco es factible reconocer la pensión de vejez bajo los preceptos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues para esa fecha dicho canon exigía 1200.

Como corolario de lo brevemente expuesto se torna forzoso confirmar la decisión de primer grado. Las costas de segunda instancia correrán a cargo del demandante a favor de Colpensiones en un 100% y se liquidarán por la secretaría del Juzgado de origen.