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 el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

**Providencia**: Sentencia – 2ª instancia – 09 de junio de 2017

**Proceso**:Ordinario Laboral – Confirma decisión del a quo que negó las pretensiones

**Radicación No**:66001-31-05-005-2014-00710-01

**Demandante**: Rossvelt Antonio Roa Restrepo

**Demandado:** Colpensiones – FONADE - DNP

**Juzgado de origen**: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

**Tema a tratar: COMPARTIBILIDAD DE LA PENSIÓN LEGAL DE JUBILACIÓN Y LA DE VEJEZ.** La compartibilidad pensional tuvo su origen en el Decreto 3041 de 1966, respecto de la pensión legal de jubilación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo; posteriormente, a través del Decreto 2879 de 1985, se extendió a las pensiones de jubilación de carácter convencional, para finalmente, a través del Decreto 758/90, hacerlo respecto de las pensiones legales de jubilación, entendiéndose como tales, las de la Ley 33/85. **NO EXISTE OBLIGACIÓN EN EL EMPLEADOR DE EFECTUAR COTIZACIONES PARA CUBRIR LOS RIESGOS DE IVM – OMISIÓN SOLO GENERA QUE RECONOZCA LA DIFERENCIA QUE RESULTE ENTRE LAS DOS PRESTACIONES.** Ahora, respecto del asunto puesto a conocimiento de esta Corporación, esto es, la omisión del empleador de seguir efectuando cotizaciones al ISS a partir del momento en que le reconoce a su trabajador la pensión de jubilación, existe una línea definida y permanente en el órgano de cierre de esta especialidad, en la que se indica que la única consecuencia que puede generarse es que el empleador continúe con la obligación de cancelar el mayor valor o la diferencia que resulte entre las dos prestaciones.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los nueve (09) días del mes de junio de dos mil diecisiete (2017), siendo las siete y quince minutos de la mañana (07:15 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación respecto de la sentencia proferida el 20 de junio de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Rossvelt Antonio Roa Restrepo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, la Dirección Nacional de Planeación –DNP- y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-** y que se encuentra radicado bajo el N° 66001-31-05-005-2014-00710-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Demandadas y sus apoderados:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

Para generar mayor comprensión del asunto debatido, es del caso precisar que el Gobierno Nacional en el año 2000, ordenó el desmonte de los CORPES y dispuso su sustitución en el Departamento Nacional de Planeación –DNP-, quien a su vez suscribió un convenio interadministrativo con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE- y en razón de ello, adquirió la condición de delegataria del DNP.

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

El señor Rossvelt Antonio Roa Restrepo solicita que se declare que el FONADE y/o la DNP debe cancelar los aportes para pensión de vejez durante el periodo comprendido entre el 28/06/2002 y hasta el 28/06/2007 momento en que el ISS le reconoció la pensión de vejez, respecto de los cuales esta última entidad está en mejores condiciones de exigir.

Como consecuencia de lo anterior, se condena al FONADE y/o al DNP a cancelar los respetivos aportes y al ISS reliquidar la pensión con base en esos nuevos aportes y, el retroactivo generado sea cancelado debidamente indexado.

Así mismo, se condene al pago de las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones básicamente en que: (i) nació el 27/06/1947, por lo que cumplió 55 años de edad en el año 2002, (ii) laboró en diferentes entidades del estado, su último empleador fue el CORPES de Occidente y cotizó al ISS entre el 17/09/1985 y el 30/11/1992; (iii) solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez al ISS, pero le fue negada, por lo que por vía judicial solicitó tal reconocimiento a su último empleador, hoy DNP y FONADE; (iv) la sentencia fue emitida el 05/09/2006 por el Juzgado Primero Laboral de Armenia *–confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Armenia-* y condenó a esas entidades en concurrencia con el Departamento del Quindío y el Sena a reconocer la pensión al actor a partir del 28/06/2002, en virtud de la Ley 33 de 1985 y expresó que las mismas quedarían exoneradas de pagar la prestación, en caso de ser mayor el valor reconocido por el ISS, o pagarían el mayor valor si fuere menor de dicha cuantía.

(v) El FONADE dio cumplimiento a la orden judicial en tanto reconoció la pensión de jubilación por valor de $2´306.954,47, pero no cotizó para la pensión de vejez del actor en su calidad de pensionado, pese a los requerimientos que le efectuó; (vi) el 27/06/2007 cumplió 60 años de edad y por lo tanto, se generó su derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS; (vii) la negativa del FONADE se basa en que no le es aplicable al presente caso, el artículo 16 del Acuerdo 049/90 y que el régimen compartido, se deriva eventualmente de la decisión del Juzgado 1º Laboral de Armenia.

(viii) El ISS mediante Resolución N° 3666 del 13/07/2012, le reconoció la pensión de vejez a partir del 01/08/2012, en cuantía de $1´941.956; (ix) recurrió dicho acto administrativo para que le fueran tenidos en cuenta las semanas que debió cotizar el FONADE entre los años 2002 y 2007 y aquellas cotizadas a otras entidades de previsión social, con lo cual tendría derecho a que la prestación le fuera liquidada con una tasa de reemplazo del 90%.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso atodas las pretensiones de la demanda e interpuso como excepciones de fondo las que rotuló como “Inexistencia de la obligación”, “improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios o indexación de montos”, “cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “”Buena fe”, “Cosa Juzgada” y las “Genéricas”.

El **Departamento Nacional de Planeación -DNP-**, igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda, tras indicar que ha actuado en los precisos términos establecidos en la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Armenia, que sea del caso precisar, no le impuso la obligación solicitada por el actor, de tal manera que lo que debió haber hecho en su momento, fue solicitar la aclaración o complementación de la misma. Propuso las excepciones de “Cobro de lo no debido”, “Inexistencia de la obligación”, “Prescripción de la acción de cobro de aportes al sistema general de pensiones” y “Buena fe”.

Por su parte, el **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-,** reprodujo en gran parte la contestación que hiciere el DNP y adicionó que el artículo 16 del Acuerdo 049/90 no le es aplicable porque el régimen compartido se generó como consecuencia de la afiliación al ISS de servidores públicos que por otra parte pueden exigir una pensión con base en las normas del sector oficial. Excepcionó “Falta de legitimación por pasiva del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-“y “Prescripción”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a la anterior decisión, manifestó que pese a que en la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral de Armenia, se hubiere indicado que una vez el actor cumpliera los requisitos para acceder a la pensión de vejez, sería el ISS quien asumiría el pago de la prestación; la pensión no se reconoció bajo los fundamentos del artículo 16 del Acuerdo 049/90, sino que se trató de una verdadera pensión de jubilación conforme a la Ley 33/85, que no impone al empleador la obligación de continuar cotizando, siendo esa la explicación para que en la referida decisión no se haya dado esa orden.

Aunado a lo anterior, expresó que la sentencia de segunda instancia, había indicado que las cotizaciones estaban a cargo del mismo demandante, según se observa a folio 49 de la misma.

Siendo así las cosas, como esas providencias marcaron las pautas para el reconocimiento de la pensión del actor, mal haría en desconocerlas, porque se afectaría la seguridad jurídica.

Apoyó su decisión en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52260 del 25/09/2012, que reiteró lo expuesto en la radicada 10803 del 29/07/1998.

Concluyó que lo se presentó fue la compartibilidad de la pensión, que excluye la obligación del empleador de seguir cotizando.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Inconforme con lo decidido el actor interpuso recurso de apelación e indicó que la jurisprudencia citada por la a-quo si bien se refiere a casos similares, debe tenerse en cuenta que en la demanda se citaron otras que sí imponen la obligación a los patronos de efectuar el pago de aportes como lo son aquellas identificadas con los radicados 34270/08, 3577/09, 32951/12, otras de la Corte Constitucional y varios conceptos del ISS[[1]](#footnote-1).

Indica que es por mandato legal que el patrono está obligado a pagar los aportes, que no es por decisión u orden judicial; por lo que la providencia recurrida desconoce los artículos 2 y 28 del Decreto 3063 de 1989, 16, 18 del Acuerdo 049/90, 45 del Decreto 1748/95, 5 del Decreto 813/94, 22 y 23 de la Ley 100 de 1993 y el 28 del Decreto 695/94.

Por último, argumentó estar en desacuerdo por la prosperidad de las excepciones de mérito propuestas por el FONADE y DNP.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos.**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los problemas jurídicos en los siguientes términos:

1.1. ¿Le corresponde al FONADE –delegatario del DNP- quien sustituyó al último empleador del señor Rossvelt Antonio Roa Restrepo, efectuar los aportes al sistema pensional entre la fecha en que le reconoció la prestación de jubilación y aquella en que el ISS le reconoció la de vejez?

1.2. Si la respuesta al anterior interrogante fuere positiva, ¿Debe proceder la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- ha reliquidar la pensión de vejez del actor?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

Con el propósito de dar solución a los anteriores cuestionamientos, se considera necesario precisar lo siguiente:

**2.1. Cuestión Previa**

Dado que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora se funda en la inobservancia de algunas decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y algunos conceptos emitidos por el otrora Instituto de Seguros Sociales, de entrada debe indicarse que con base en ellos, esta Sala no abordará el análisis del presente asunto, porque hacen referencia en su mayoría a fundamentos fácticos totalmente diferentes a los que rigen el presente caso, pues de manera general estudian la figura de la compartibilidad pensional o la obligación de la AFP de reconocer una pensión de invalidez, por no haber ejercido las acciones de recobro en contra del empleador moroso[[2]](#footnote-2).

Otros, aluden a la obligatoriedad del pago de aportes por el empleador, pero en vigencia de la relación laboral[[3]](#footnote-3), que no es el caso que aquí se presenta y, en otros, a la fecha del reconocimiento y por lo tanto, del retroactivo de la pensión compartida[[4]](#footnote-4), aspectos sobre los que no se circunscribe el presente debate, que consiste en si al último empleador le correspondía o no continuar cotizando al subsistema pensional, después de haberle reconocido la pensión de jubilación al actor.

Lo anterior, bastaría para declarar la improsperidad el recurso interpuesto; sin embargo, con el objeto de dar mayor claridad al asunto, se analizará brevemente la situación en que se encuentra el actor.

Semejante situación se presenta con el fundamento jurisprudencial aplicado por la a-quo en su decisión, toda vez que en él se establece la posibilidad de reconocer a los trabajadores del Banco Popular S.A., la pensión de jubilación prevista en la Ley 33/85, pese al cambio de naturaleza jurídica que tuvo esa entidad y la posibilidad de ser aunque compartida con la de vejez de que trata el Acuerdo 049/90.

**2.2. Compartibilidad de la pensión de jubilación legal – Ley 33 de 1985-**

**2.2.1. Fundamento jurídico**

La compartibilidad pensional tuvo su origen en el Decreto 3041 de 1966, respecto de la pensión legal de jubilación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo; posteriormente, a través del Decreto 2879 de 1985, se extendió a las pensiones de jubilación de carácter convencional, para finalmente, a través del Decreto 758/90, hacerlo respecto de las pensiones legales de jubilación, entendiéndose como tales, las de la Ley 33/85.

Ahora, respecto del asunto puesto a conocimiento de esta Corporación, esto es, la omisión del empleador de seguir efectuando cotizaciones al ISS a partir del momento en que le reconoce a su trabajador la pensión de jubilación, existe una línea definida y permanente en el órgano de cierre de esta especialidad[[5]](#footnote-5), en la que se indica que la única consecuencia que puede generarse es que el empleador continúe con la obligación de cancelar el mayor valor o la diferencia que resulte entre las dos prestaciones.

Para el efecto, se cita un aparte de la sentencia más reciente, SL 3747, radicado 43896 del 19/12/2013, M.P. Gustavo Hernando López Algarra:

*“En torno a la anterior problemática debe precisar la Corte, que ninguna razón le asiste al recurrente cuando plantea la improcedencia de la subrogación por el I.S.S. de la pensión de jubilación otorgada por la entidad demandada, puesto que desde que esta última prestación fue reconocida tenía esa vocación, lo cual inclusive no se discute en el recurso, sin que esa situación se modifique por las circunstancias que allí se expone, esto es, por no seguir cotizando el empleador al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.*

*En efecto, si la finalidad de la compartibilidad pensional es la de permitirle a los empleadores, comprometidos a pagar pensiones de jubilación, para liberarse de esta obligación, o, a lo sumo, disminuir la cuantía de la prestación, puesto que el Instituto de Seguros Sociales, previo el cumplimiento de los requisitos de ley, procede a cubrirlas, siendo de cuenta del empleador solamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el ISS y la que venía siendo pagada por aquel, no existe razón alguna para acceder a lo que pretende el impugnante, en tanto que el único perjudicado por no seguir cotizando es el propio empleador, ya que mientras la entidad de seguridad social no asuma la de vejez éste mantendrá vigente su obligación respecto del pensionado, bien sea sobre la totalidad del monto de la mesada o de una parte de ella”.* (Subrayas propias).

**2.2.2. Fundamento fáctico**

Se encuentra acreditado dentro de esta actuación que al señor Rossvelt Antonio Roa Restrepo, el FONADE mediante Resolución 301 de 2008, le reconoció pensión de jubilación con base en la Ley 33 de 1985, en cumplimiento de la orden emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Armenia –fls. 63 a 70 del cuaderno de primer grado-.

Igualmente, que el ISS a través de la Resolución N° 3666 del 13/07/2012 *–fl. 89 a 91 ibídem-*, le reconoció la pensión de vejez, la cual tuvo el carácter de compartida con la de jubilación inicialmente reconocida por el FONADE.

Tampoco es objeto de discusión que el FONADE, no continuó cancelando aportes al sistema pensional a favor del actor con posterioridad al 28 de junio de 2002, pues esa omisión es la que precisamente motivó la interposición de la demanda que dio génesis a este proceso, situación que ha sido admitida no solo por esa entidad sino por el DNP al contestar la demanda, bajo el argumento que no les asiste esa obligación por mandato de la ley, ni en virtud de la decisión emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Armenia.

Ahora, conforme a la jurisprudencia citada, si bien existe una omisión por parte de la entidad empleadora, la misma no desconoce ninguna normativa para que pueda ser catalogada como sustracción de una obligación legal, pues la única consecuencia en su contra, es que deba seguir respondiendo por el mayor valor entre la pensión de vejez y la de jubilación que reconoció o no liberarse en forma definitiva de ese pago; pero de ningún modo le da derecho al pensionado a solicitar la reliquidación pensional por la adición de semanas de cotización.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, no pueden salir avante las pretensiones incoadas y la decisión revisada será confirmada.

Costas en esta instancia a cargo del demandante y a favor de las entidades demandadas, conforme lo previsto por el numeral 4° del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR por las razones expuestas en esta providencia,** la sentencia proferida el 20 de junio de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Rossvelt Antonio Roa Restrepo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES,** **la Dirección Nacional de Planeación –DNP- y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-**

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las demandadas por lo expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**  **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada

1. 2008 0398 82-001/08

 5971 Y 5974 de 2008 y 21239 de 2005 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia 34270 de 22/07/2008 M.P. Eduardo López Villegas [↑](#footnote-ref-2)
3. Concepto 5971/2008 ISS [↑](#footnote-ref-3)
4. Concepto 21239 de 2005 ISS [↑](#footnote-ref-4)
5. 24433/05, 26438/06, 28012/07, 31489/07, 30608/08, 32021/09, 32591/09, 42077/10, 40405/10, 40303/11 [↑](#footnote-ref-5)