El siguiente es el documento presentado por el Magistrado 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: Apelación Sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00451-01

Demandante: María Luz Aida Hincapié Bedoya

Demandado: Colpensiones y Álvaro de Jesús García Jiménez

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: PENSIÓN DE VEJEZ / FALTA DE AFILIACIÓN / OBLIGACIÓN DEL EMPLEADOR DE PAGAR EL CÁLCULO ACTUARIAL / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / NO SE PIERDE EN LOS CASOS DE MULTIAFILIACIÓN RESUELTOS A FAVOR DE COLPENSIONES / REQUISITOS DE LA PENSIÓN BAJO ACUERDO 049 DE 1990.**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que las consecuencias jurídicas de la falta de afiliación por parte del empleador al sistema pensional, ya sea por falta de cobertura, por declaración de contratos realidad o simplemente por omisión del empleador, en pensiones de vejez se traduce en la obligación del empleador de pagar un cálculo actuarial o la convalidación de tiempos a satisfacción de la entidad administradora, y a esta última el reconocimiento de la subvención vitalicia. (…)

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 instauró un régimen de transición pensional únicamente para aquellas personas que a la entrada en vigencia de dicha ley, 01/04/1994 tuvieran 35 o más años de edad si era mujer o 15 o más años de servicios…

No obstante lo anterior, dicho régimen de transición se esfumaría para aquellos afiliados que se trasladaran del RPM al RAIS, pese a que con posterioridad retornaran al primero - incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100/1993 -, a menos que el afiliado contara con 15 años o más de servicios o su equivalente en tiempo de cotización para la vigencia del sistema de seguridad social en pensiones…

Pese a lo anterior, podrá ocurrir que los afiliados incurran en múltiples vinculaciones entre el RPM y el RAIS, multiplicidad de lazos que se encuentran prohibidos; por ello y con el propósito de solventar dichas situaciones los Decretos 692/1994, 3800/2003 y 3995/08 determinaron que las entidades administradoras del régimen pensional aplicarían los criterios allí establecidos para fijar a cuál régimen pensional se encuentra válidamente afiliado un trabajador.

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la multiafiliación está Colegiatura en voces del Mag. Francisco Javier Tamayo Tabares ha explicado que “la multiafiliación no genera la pérdida de los beneficios transicionales, como quiera que cuando la misma es resuelta, se produce la nulidad del traslado al RAIS, es decir, se concluye que ese acto no tuvo efectos jurídicos, y por tanto debe entenderse que no existió el cambio de régimen”…

En ese orden de ideas, se advierte que si bien la demandante tuvo un traslado al RAIS, el mismo carece de efecto alguno para enervar el beneficio de la transición pensional, pues dicha vinculación fue anulada como consecuencia de la decisión del comité de múltiple afiliación ya reseñada…

De conformidad con lo previsto por el artículo 12 del Acuerdo 049/1990 frente a las mujeres, para obtener el derecho a la pensión de vejez se requiere acreditar 55 años de edad y haber cotizado 1.000 semanas en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad.

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

… para resolver el asunto bastaba entonces verificar el Decreto 3800 de 2003 para saber las condiciones legales del regreso de la actora al Régimen de Prima Media. Y al respecto, se habría hallado que:

Según el artículo 1º, el decreto fue expedido para otorgar una especie de amnistía a las personas que a 28 de enero de 2004 les faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder al derecho a la pensión de vejez, cobijando incluso a las personas que encontrándose en ese supuesto, se encontraren en situación de múltiple vinculación (art. 2). (…)

… teniendo en cuenta que esta fue la normatividad que se aplicó para el regreso al RPM de la actora, que implicaba una amnistía a las personas que válidamente se habían trasladado al RAIS pero que querían regresar y producto de la limitación de 10 años que impuso la Ley 797 de 2003 ya no podían hacerlo, no cabe duda que dicho decreto no les otorgó la recuperación -en las condiciones previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993- del régimen de transición, sino que les impuso como condición para conservarlo la de tener 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas a 1º de abril de 1994.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los tres (03) días del mes de diciembre de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), la Sala Segunda 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 contra la sentencia proferida el 28 de mayo de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **María Luz Aida Hincapié Bedoya** contra **la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** y **Álvaro de Jesús García Jiménez**. Radicado 66001-31-05-003-2017-00451-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado: Demandado y su apoderado:

**Traslado a las partes:**

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

**ANTECEDENTES**

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

María Luz Aida Hincapié Bedoya pretende que se reconozcan “*los tiempos laborados en la Empresa de Curtiembres ALMAR, de propiedad de Álvaro de Jesús García Jiménez, en el periodo comprendido entre el 01 de junio de 1992 al 30 de junio de 1995”*, y en consecuencia se corrija su historia laboral, todo ello para que se condene a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 09/12/2011 en virtud al Acuerdo 049/90, así como el retroactivo pensional, los intereses y la indexación.

Fundamenta sus pretensiones en que: *i)* nació el 12/04/1953, por lo que es beneficiaria de la transición pensional, pues para el 01/04/1994 contaba con 40 años de edad; *ii)* laboró en la “*empresa de curtiembres Almar (…) de propiedad de Álvaro de Jesús García Jiménez”*, desde el 01/06/1992 hasta el 30/06/1995 sin que dentro de su historia laboral en pensiones conste dicho tiempo de servicios; *iii)* el 09/12/2011 alcanzó las 1.000 semanas de cotización.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones y como argumento de defensa indicó que la demandante no acreditó los presupuestos para ser beneficiaria de la pensión en los términos solicitados en la demanda; para finalizar propuso las excepciones de mérito de “*inexistencia de la obligación demandada”, “buena fe” y “prescripción”.*

**Álvaro de Jesús García Jiménez** pese a que fue notificado personalmente en dos ocasiones (fls. 46 y 67 c. 1), omitió contestar la demanda.

**2. Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira negó las pretensiones y seguidamente declaró probada la excepción de “*inexistencia de la obligación demandada”,* para lo cual explicó que la demandante no había logrado acreditar el vínculo laboral con Álvaro de Jesús García Jiménez y en esa medida, tampoco la prestación de sus servicios en el establecimiento de comercio Curtiembres ALMAR, al no quedar probado que tal establecimiento existiera.

Por último, argumentó que de las actividades realizadas por la demandante no podía evidenciarse con claridad quién se beneficiaba de las mismas, pues realizaba las labores por instrucción de un tercero.

Por otro lado, argumentó que la demandante no era beneficiaria de la transición pensional, pues se había trasladado al RAIS y luego retornado al RPM, sin que contara con 15 años de servicios para el 01/04/1994.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

La **demandante** inconforme con la decisión se alzó contra ella, para lo cual argumentó que estaba convencida de la existencia de ALMAR y que su propiedad la ostentaba Álvaro de Jesús García Jiménez, pese a que no pudiera obtener un documento que así lo acreditara, pero si se probó que este último se había registrado como comerciante, a quien María Luz Aida Hincapié Bedoya prestó sus servicios, y por ello Álvaro de Jesús García Jiménez retribuía un pago y ejercía actos de subordinación.

Por último, reprochó la condena en costas, pues carece de ingresos para sufragarla.

**CONSIDERACIONES**

**Cuestión previa**

En los fundamentos de derecho (fl. 13 c. 1) la demandante anunció la presentación previa de proceso judicial de orden pensional que fue despachado desfavorablemente, pero omitió descubrir el despacho que profirió dicha decisión; por lo que esta colegiatura a través de la prueba de oficio solicitó tal información (fl. 12 c. 2), sin que logrará desentrañar la aludida afirmación, por lo que debe colegirse que se satisface el presupuesto sustancial de la acción -inexistencia de cosa juzgada-, lo que posibilita seguir con el proferimiento de esta sentencia y de ser posible favorable a las pretensiones de la parte actora.

**1. Problema jurídico**

Atendiendo lo expuesto, la Sala se pregunta:

1.1. ¿La demandante acreditó una relación laboral con Álvaro de Jesús García Jiménez y correlativamente se configuró una falta de afiliación durante el interregno presuntamente laborado?

1.2. ¿La actora es beneficiaria del régimen de transición?

1.3. De ser positiva la respuesta anterior ¿la demandante acreditó los requisitos para ser beneficiaria de una pensión de vejez en los términos del Decreto 758/90?

**2. Solución a los problemas jurídicos.**

**2.1. Relación laboral y falta de afiliación al sistema pensional**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que las consecuencias jurídicas de la falta de afiliación por parte del empleador al sistema pensional, ya sea por falta de cobertura, por declaración de contratos realidad o simplemente por omisión del empleador, en pensiones de vejez se traduce en la obligación del empleador de pagar un cálculo actuarial o la convalidación de tiempos a satisfacción de la entidad administradora, y a esta última el reconocimiento de la subvención vitalicia[[1]](#footnote-1).

**2.1.2. Fundamento fáctico**

En tanto en la demanda se imploran los tiempos transcurridos entre el 01/06/1992 hasta el 30/06/1995 como laborados en el establecimiento de comercio *Almar*, de propiedad de Álvaro de Jesús García Jiménez, se apresta esta colegiatura a su análisis.

Auscultado el expediente se desprende que ante la falta de asistencia a la audiencia de conciliación del aludido García Jiménez entonces se tuvo por cierto el hecho 10º de la demanda consistente en que “*María Luz Aida Hincapié Bedoya, durante el periodo 01 de junio de 1992 al 30 de junio de 1995 que laboró para la Empresa ALMAR al servicio de Álvaro de Jesús García Jiménez, ocupó el cargo de Secretaria, tal como lo testifican ella y el señor Fabio Alcides Silva, cuyas declaraciones se adjuntan”* (fls. 6 y 123 c. 1).

En ese sentido, bastaba tal consecuencia procesal para dar por acreditada la prestación personal del servicio de la demandante a favor de Álvaro de Jesús García Jiménez, sin que interesara en manera alguna, si el establecimiento de comercio *Almar* hubiese sido registrado en la Cámara de Comercio correspondiente, puesto que dicha exigencia apenas tiene como finalidad llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimiento de comercio – art. 26 C.Co. -, sin que su ausencia implique la inexistencia del establecimiento, máxime que para este evento no hay duda de la calidad de comerciante de Álvaro de Jesús García desde 1989 hasta 1995, tal y como se desprende del certificado de matrícula mercantil de persona natural (fl. 136 c. 1).

Prestación personal del servicio que se confirma con el testimonio de Fabio Alcides Serna Aristizabal, que declaró que María Luz Aida Hincapié Bedoya había sido recomendada por él para que se desempeñara como secretaria de Álvaro de Jesús García Jiménez. Actividades que ésta desempeñó entre los años 1993 hasta 1995, conocimiento que ostenta en tanto él fungía como contador del demandado y en ese sentido lo visitaba esporádicamente en su oficina para realizar las cuentas tendientes a presentar la declaración de renta, y por ello, podía darle instrucciones a la demandante sobre los documentos que requería para realizar tal actividad.

Declaración que merece credibilidad dado que no se advierten contradicciones de un entidad mayor como para derruir la certeza del hecho 10º de la demanda, que fue dado por cierto como consecuencia procesal por la *a quo*, pues en nada riñe con el vínculo laboral, que el contador solicitara documentos a la secretaria de Álvaro de Jesús García Jiménez para presentar la declaración de renta, ni mucho menos que el testigo asistiera esporádicamente a dicha oficina, pues aun con dichas visitas espaciadas pudo evidenciar la prestación del servicio requerida.

Sin que exista confesión de la demandante que dé al traste con la presunción legal del artículo 24 del C.S.T., pues si bien en el interrogatorio de parte desconoció al testigo como instructor de sus actividades, tampoco señaló a persona diferente de Álvaro de Jesús García Jiménez como beneficiario de sus servicios personales.

Puestas de ese modo las cosas, sale avante el recurso de apelación elevado por la demandante e implica la revocatoria de la sentencia recriminada en ese punto, pues María Luz Aida Hincapié Bedoya logró acreditar que había prestado sus servicios personales a favor de Álvaro de Jesús García Jiménez desde el 01/06/1992 hasta el 30/06/1995, se itera con la sanción procesal impuesta y que no fue desvirtuada por el único testigo allegado, ni por la confesión de la demandante, y por ello, no se desvirtuó el contrato de trabajo que de tal servicio se desprendía, pues ni siquiera contestó la demanda. Tiempo de servicios que no aparece registrado en la historia laboral de la actora por falta de afiliación, y por ello deben contabilizarse en ella, que equivale a 160,71 ciclos, pero condicionado como se verá más adelante.

Ahora bien, es preciso agregar que dichas semanas omisas solo serán integradas a la historia laboral de María Luz Aida Hincapié Bedoya una vez el empleador Álvaro de Jesús García Jiménez traslade a Colpensiones la suma correspondiente al periodo de afiliación echado de menos, con base en el cálculo actuarial, a satisfacción de la administradora de pensiones, dentro del plazo de un mes contado a partir de la comunicación de la liquidación que Colpensiones efectúe, en un periodo igual al anterior -1 mes-, pero contabilizado desde la ejecutoria de esta sentencia, todo ello de conformidad con el inciso 12º del artículo 33 de la Ley 100/1993, modificado por la Ley 797/2003.

**2.2. Digresión**

En tanto que el recurso de apelación se centró en la primera pretensión de María Luz Aida Hincapié Bedoya, que consistía en la inclusión de los tiempos servidos a favor de Álvaro de Jesús García Jiménez en su historia laboral en pensiones, que salió avante, entonces habilita a esta Colegiatura a estudiar la pretensión consecuencial que era el reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049/90, en virtud al artículo 66A del C.P.L. y de la S.S., que fue declarado exequible condicionadamente en la sentencia C-968/2003 bajo el entendimiento que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables de los trabajadores.

**2.3. Régimen de transición**

**2.3.1 Fundamento jurídico**

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 instauró un régimen de transición pensional únicamente para aquellas personas que a la entrada en vigencia de dicha ley, 01/04/1994 tuvieran 35 o más años de edad si era mujer o 15 o más años de servicios; periodo transicional que subsistió hasta el 31/07/2010, a menos que el afiliado a dicho régimen tuviera 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios para el 29/07/2005, evento en el cual disfrutaría del mencionado régimen hasta el 31/12/2014 al tenor del parágrafo transitorio 4º del artículo 1º del Acto Legislativo 01/2005.

No obstante lo anterior, dicho régimen de transición se esfumaría para aquellos afiliados que se trasladaran del RPM al RAIS, pese a que con posterioridad retornaran al primero - incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100/1993 -, a menos que el afiliado contara con 15 años o más de servicios o su equivalente en tiempo de cotización para la vigencia del sistema de seguridad social en pensiones, en caso contrario la norma aplicable únicamente será la Ley 100 de 1993 con sus respectivas modificaciones[[2]](#footnote-2).

Pese a lo anterior, podrá ocurrir que los afiliados incurran en múltiples vinculaciones entre el RPM y el RAIS, multiplicidad de lazos que se encuentran prohibidos; por ello y con el propósito de solventar dichas situaciones los Decretos 692/1994, 3800/2003 y 3995/08 determinaron que las entidades administradoras del régimen pensional aplicarían los criterios allí establecidos para fijar a cuál régimen pensional se encuentra válidamente afiliado un trabajador.

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la multiafiliación está Colegiatura en voces del Mag. Francisco Javier Tamayo Tabares ha explicado que “*la multiafiliación no genera la pérdida de los beneficios transicionales, como quiera que cuando la misma es resuelta, se produce la nulidad del traslado al RAIS, es decir, se concluye que ese acto no tuvo efectos jurídicos, y por tanto debe entenderse que no existió el cambio de régimen”[[3]](#footnote-3),* todo ello, sin parar mientes de las decisiones constitucionales 1020 de 2004, 062 de 2010 y 130 de 2013*.*

A su vez, la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que de conformidad con el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, las administradoras podrán establecer sistemas de control de multiafiliación, sin perjuicio de la facultad que tiene la superintendencia para dirimir los conflictos originados por la misma causa, por lo que “*la posibilidad de que las propias administradoras definan los conflictos de afiliaciones plurales tiene fundamento en un imperativo legal y no le está permitido a los jueces apartarse de estas soluciones a que lleguen las administradoras, generando conflictos inexistentes o sacando a flote incógnitas que en verdad están resueltas*”*[[4]](#footnote-4).*

Por lo tanto, cuando un conflicto de múltiple vinculación ha sido resuelto por sus propios interesados, estos es, las AFP o la Superintendencia, entonces, resulta innecesario desplegar cualquier tipo de análisis probatorio y jurídico para verificar la presencia de tal conflicto[[5]](#footnote-5), siempre y cuando sobre ello no recaiga precisamente la controversia.

**2.3.2 Fundamento fáctico**

Está acreditado que la demandante nació el 12/04/1953, como se desprende de su documento de identificación (fl. 19 c. 1); por lo cual en principio sería destinataria del régimen de transición pensional, pues contaba con 40 años de edad para el 01/04/1994, fecha de vigencia de la Ley 100/93; por lo que su régimen pensional podría revisarse a la luz del Acuerdo 049 de 1990, al estar afiliada al ISS desde el 14/02/1974 (fl. 113 c. 1).

Ahora bien, auscultado en detalle la historia laboral allegada al plenario y actualizada al 12/09/2018 se advierte que María Luz Aida Hincapié Bedoya se trasladó al RAIS para luego retornar al RPM (fls. 114 y 115 c. 1); por lo que en principio perdería los beneficios del régimen de transición del que era beneficiaria, pues tal sería el efecto del traslado entre regímenes pensionales, como lo concluyó la *a quo*.

No obstante lo anterior, con ocasión a la prueba de oficio decretada por esta Colegiatura (fls. 6 y 12 c. 2), Colpensiones informó que María Luz Aida Hincapié Bedoya presentó una situación de multivinculación que fue definida a favor del ISS, mediante un proceso masivo, en virtud del Decreto 3800/2003 (fls. 16 a 19 c. 1). Respuesta que se encuentra acorde con la constancia emitida por Asofondos en la que certificó como única vinculación a Colpensiones (fls. 9 a 10 c. 1).

En ese orden de ideas, se advierte que si bien la demandante tuvo un traslado al RAIS, el mismo carece de efecto alguno para enervar el beneficio de la transición pensional, pues dicha vinculación fue anulada como consecuencia de la decisión del comité de múltiple afiliación ya reseñada, y por ello, la decisión de primer grado en este sentido, resultó desacertada.

La anterior conclusión permite entender la razón por la cual la Resolución No. 010638 de 2008 (fl. 29 c. 1), negó el derecho pensional de la demandante con base en el Acuerdo 049/90, pues para la administradora de pensiones la demandante no había perdido el beneficio de la transición con el traslado entre regímenes aludido.

En el mismo sentido, obra la Resolución GNR 241437 de 18/08/2016 mediante la cual se negó el derecho pensional bajo el régimen de transición ante la ausencia de cotización de las 750 semanas al “*25 de julio de 2005”* (fl. 35 c. 1), pese a que contaba con “*la edad requerida a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993”* (ibídem); argumentos de los que se desprende que la negativa de la pensión devino por causa diferente a que no fuera beneficiaria del régimen de transición.

En consecuencia, resulta imperativo analizar si la demandante cumple con la densidad de semanas necesaria para causar su derecho conforme al beneficio de la transición, para lo cual primeramente se advierte que en tanto los 55 años de edad los alcanzó el 12/04/2008 (fl. 19 c. 1), entonces sería innecesario analizar las 750 semanas al 29/07/2005, como para extender dicho beneficio hasta el 2014.

Así, la Sala se apresta a verificar si la demandante alcanzó el derecho pensional hasta el 31/07/2010, límite inicial de la transición.

**2.4. Requisitos pensión de vejez**

**2.4.1 Fundamento normativo**

De conformidad con lo previsto por el artículo **12 del Acuerdo 049/1990** frente a las mujeres, para obtener el derecho a la pensión de vejez se requiere acreditar 55 años de edad y haber cotizado 1.000 semanas en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad.

**2.4.2. Fundamento fáctico**

Revisado el expediente y de conformidad con la historia laboral reportada a 12/09/2018 (fls. 113 a 117 c. 1) contrastada con la Resolución GNR241437 del 18/08/2016 (fls. 33 a 36 c. 1), María Luz Aida Hincapié Bedoya apenas alcanzó a cotizar un total de 875,28 semanas, esto es, inferior a las 1.000 requeridas en cualquier tiempo; sin embargo, sí alcanzó las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, término que transcurrió entre el 12/04/1998 y el 12/04/2008 (fl. 19 c. 1), pues allí alcanzó un total de 519,71 semanas, contabilización dentro de la que se tuvo en cuenta los 160,71 ciclos hallados como consecuencia de la falta de afiliación pensional.

Puestas de ese modo las cosas, María Luz Aida Hincapié Bedoya colmó los requisitos para acceder a la pensión de vejez el **12/04/2008**, pues para dicha fecha alcanzó tanto el requisito de edad, como de densidad de semanas, todo ello, pese a que en las pretensiones de la demanda adujo que dicha causación debía ser el 09/12/2011 (fl. 3 c. 1), que a su juicio coincidía con las 1.000 semanas de cotización (fl. 6 c. 1), que se itera no alcanzó antes del 31/07/2010.

Ahora bien, en cuanto a la fecha a partir de la cual deberá disfrutar el derecho pensional, el mismo se circunscribirá al **01/04/2016,** día siguiente a la última cotización pensional realizada por la demandante (fl. 113 a 116 c. 1), pese a haber causado el derecho en el año 2008, todo ello porque el reconocimiento de ahora ocurrió como consecuencia de una falta de afiliación que Colpensiones no estaba en posibilidad de prever, y por ello, ningún error inducido pudo configurarse ahora que implicara la realización de cotizaciones hasta tal tardía fecha; por lo que desde de dicha calenda deberá liquidarse el correspondiente retroactivo.

**2.5. Ingreso base de liquidación, monto, número de mesadas, retroactivo pensional y prescripción**

**2.5.1. Fundamento normativo**

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[6]](#footnote-6) ha enseñado que el Acuerdo 049/90 como régimen aplicable en virtud de la transición pensional del artículo 36 de la Ley 100/93 únicamente es aplicable para los requisitos de edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, por lo que la base salarial de la pensión se determinará, al tenor del artículo 21 *ibídem,* en función de los afiliados a quienes les faltare **más** de 10 años para alcanzar el estatus de pensionado para la época en que entró en vigencia la Ley 100/1993, evento en el cual, el IBL se determinará con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores a la última cotización efectivamente realizada, o el de toda la vida si cotizó más de 1.250 semanas.

Por último, el Acto Legislativo 01/05 estableció solo 13 mesadas anuales para las pensiones que se causaran con posterioridad a su vigencia, esto es, el 25/07/2005; pero conservó 14 mesadas al año para las pensiones que causadas con anterioridad al 31/07/2011 en cuantía igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**2.5.2. Fundamento fáctico**

En tanto que María Luz Aida Hincapié Bedoya cotizó al sistema pensional menos de 1.250 semanas y le faltaban **más** de 10 años para la vigencia de la Ley 100/93, entonces el cálculo de su mesada pensional se debe realizar a partir del promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores a la última cotización realizada, que arroja una mesada igual al salario mínimo legal mensual vigente, pues las cotizaciones siempre se efectuaron por dicho valor (fls. 113 a 116 c. 1). Pensión que debe reconocerse por **14 mesadas** pues el derecho vitalicio se causó el 12/04/2008, esto es, anterior al 31/07/2011, aunque se disfrutará en fecha posterior, como ya se explicó.

En consecuencia, hay lugar a conceder el retroactivo pensional desde el **01/04/2016**, día siguiente a la última cotización efectuada, que liquidado hasta el **30/11/2019**, mes anterior al proferimiento de esta decisión asciende a $38’786.823; todo ello, porque ninguna mesada prescribió en la medida que la demanda se presentó el 04/10/2017 (fl. 38 c. 1), y el derecho comenzará a pagarse desde el 01/04/2016, por lo que no transcurrieron más de los tres años requeridos en el artículo 151 del C.P.L. y de la S.S. Se aclara, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, se encuentra condicionado al pago del cálculo actuarial que debe hacer Álvaro de Jesús García Jiménez.

**2.6. Intereses Moratorios**

**2.6.1 Fundamento normativo**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 determinó que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la administradora pensional deberá pagar al beneficiario además de la obligación a su cargo, y sobre el importe de ella, los intereses moratorios a la tasa máxima vigente para el momento en que se realice el pago.

**2.6.2. Fundamento fáctico**

Si bien en la demanda no se persiguieron los réditos contenidos en la aludida normatividad, a lo sumo se requirió el pago de los “*intereses correspondientes”* (fl. 4 c. 1) que esta Colegiatura interpreta como aquellos derivados del sistema de seguridad social. Intereses que para el caso de ahora no se causaron en la medida que el reconocimiento aquí realizado ocurrió como consecuencia de una falta de afiliación que se itera, Colpensiones no podía prever y por ello, bien hizo en negar el reconocimiento pensional cada vez que fue impetrado por la demandante.

No obstante lo anterior, y con el propósito de salvaguardar el poder adquisitivo de la moneda se concederá la indexación de las sumas a pagar, como se solicitó en el libelo genitor.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto se revocará íntegramente la decisión de primer grado, para en su lugar conceder las pretensiones elevadas por la demandante y declarar no probada la excepción de prescripción. Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada y Álvaro de Jesús García Jiménez y a favor de la demandante.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 28 de mayo de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **María Luz Aida Hincapié Bedoya** contra **la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** y **Álvaro de Jesús García Jiménez,** para en su lugar conceder las pretensiones elevadas, que para mejor comprensión quedará de la siguiente manera:

***“1º. DECLARAR*** *que María Luz Aida Hincapié Bedoya, identificada con c.c. 29.393.860, prestó sus servicios personales a favor de Álvaro de Jesús García Jiménez, identificado con c.c. 16.215.165, desde el 01/06/1992 hasta el 30/06/1995.*

***2º. CONDENAR*** *a* ***ÁLVARO DE JESÚS GARCÍA JIMÉNEZ*** *para que, dentro del plazo de un mes contado a partir de la comunicación que le haga COLPENSIONES, pague a dicha entidad, el valor del cálculo actuarial al que se hace alusión en el siguiente numeral.*

***3º. ORDENAR*** *a* ***COLPENSIONES*** *que dentro del término de un mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, liquide el cálculo actuarial que corresponda por los periodos indicados en el numeral 1º, para lo cual tendrá en cuenta como IBC una suma igual a un SMLMV y, dentro del mismo plazo, comunique a Álvaro de Jesús García Jiménez el valor obtenido.*

***4º.******ORDENAR*** *a* ***COLPENSIONES*** *que, una vez realizado el cálculo actuarial y pagado a su entera satisfacción, actualice la historia laboral de María Luz Aida Hincapié Bedoya, con inclusión del periodo transcurrido entre el 01/06/1992 al 30/06/1995.*

***5º. DECLARAR*** *que María Luz Aida Hincapié Bedoya tiene derecho a la pensión de vejez a partir del 01/04/2016. En consecuencia, se* ***CONDENA*** *a Colpensiones, para que dentro del mes siguiente al pago del cálculo actuarial,* ***RECONOZCA*** *y* ***PAGUE*** *la pensión de vejez en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, por 14 mesadas.*

***6º. CONDENAR*** *a Colpensiones a* ***PAGAR*** *un retroactivo pensional a favor de la demandante que asciende a $38’786.823, correspondiente a las mesadas causadas entre el 01/04/2016 hasta el 30/11/2019, mes anterior al proferimiento de esta decisión, suma que deberá pagarse debidamente indexada, se itera, una vez la administradora de pensiones obtenga el pago del cálculo actuarial. Sin lugar al reconocimiento de intereses moratorios.*

***7º. AUTORIZAR*** *a Colpensiones para que descuente del retroactivo pensional, los valores correspondientes a los aportes a salud de María Luz Aida Hincapié Bedoya*

***8º. DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción propuesta oportunamente por Colpensiones”.*

**SEGUNDO: COSTAS** de ambas instancias a cargo de la parte demandada integrada por Colpensiones y Álvaro de Jesús García Jiménez, y a favor de la demandante.

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 FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Magistrado

Salvamento parcial de voto

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, 3 de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

Se decidió por la Sala mayoritaria declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y el señor Álvaro de Jesús García Jiménez y producto de ello condenar a este último al pago del cálculo actuarial por los aportes para pensión correspondientes al periodo que va de 1 de junio de 1992 a 30 de junio de 1995, aspecto en el cual acompaño la providencia; pero mi alejamiento de la misma tiene que ver con el reconocimiento que se hizo a la demandante como beneficiaria del régimen de transición y la orden a Colpensiones de otorgar la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, lo cual, a mi juicio, con el respeto que corresponde por la opinión mayoritaria resulta equivocado, por lo siguiente:

Frente a la prueba de oficio decretada en esta instancia Colpensiones informó que la demandante presentó una situación de multivinculación que fue definida a favor del ISS mediante un proceso masivo en virtud de lo previsto en el Decreto 3800 de 2003.

Hecha la precisión que precede, para resolver el asunto bastaba entonces verificar el Decreto 3800 de 2003 para saber las condiciones legales del regreso de la actora al Régimen de Prima Media. Y al respecto, se habría hallado que:

Según el artículo 1º, el decreto fue expedido para otorgar una especie de amnistía a las personas que a 28 de enero de 2004 les faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder al derecho a la pensión de vejez, cobijando incluso a las personas que encontrándose en ese supuesto, se encontraren en situación de múltiple vinculación (art. 2). Pero, para lo que interesa a este asunto el artículo 3º dispuso:

***ARTÍCULO 3o. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.****<Apartes tachados NULOS> En el evento en que una persona que a 1° de abril de 1994 tenía quince (15) o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le será aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual podrán pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuvieren afiliados a dicha fecha, cuando reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando**~~cumplan con los siguientes requisitos~~****:***

*a) Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se traslade a él el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y (Los demás requisitos fueron declarados nulos).*

Bajo este derrotero, teniendo en cuenta que esta fue la normatividad que se aplicó para el regreso al RPM de la actora, que implicaba una amnistía a las personas que válidamente se habían trasladado al RAIS pero que querían regresar y producto de la limitación de 10 años que impuso la Ley 797 de 2003 ya no podían hacerlo, no cabe duda que dicho decreto no les otorgó la recuperación -en las condiciones previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993- del régimen de transición, sino que les impuso como condición para conservarlo la de tener 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas a 1º de abril de 1994.

Lo anterior, no es extraño ni limitativo si en cuenta se tiene que el decreto en si no estaba corrigiendo irregularidades en las afiliaciones o en las cotizaciones, sino otorgando una especie de facilidad o beneficio a las personas que válidamente se habían trasladado al RAIS y que para ese momento, producto de la nueva legislación veían restringida su posibilidad de retorno al RPM.

En las anteriores condiciones, teniendo en cuenta que la demandante a 1º de abril de 1994 solo contaba con 398,71 semanas cotizadas, incluidas las dejadas de cotizar por el señor Álvaro de Jesús García Jiménez, necesario resultaba concluir que no recuperó con la definición de su situación de vinculación con base en el Decreto 3800 de 2003, el régimen de transición y en consideración a ello, toda vez que en toda su vida laboral solo contaba con 875,28 semanas, no reunía las semanas necesarias para pensionarse de conformidad con la legislación que le resultaba aplicable para el efecto, que no era otra que la Ley 100 de 1993 con las modificaciones que le introdujo la Ley 797 de 2003.

De esta manera queda salvado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

1. Sent. de 05/06/2019, SL2071-2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sent. de 17/10/2008, Rad. 33287. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sent. de 6 de febrero de 2014, Exp. No. 2012-00665. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sent. de 14 de junio de 2005, Exp. No. 24339, 24229; que fue reiterada el 7 de julio de 2009, Exp. No. 35115. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Sent. de 25/09/2012, rad. 44023. [↑](#footnote-ref-6)