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: Sentencia del 31 de enero de 2020

Radicación No.: 66001-31-05-001-2017-00422-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Darío Antonio Gallego Pérez

Demandado: Colpensiones y otro

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: PENSIÓN DE VEJEZ / MORA PATRONAL / NO DEBE AFECTAR AL AFILIADO / OBLIGACIÓN DE LAS AFP DE EJERCER LAS ACCIONES DE COBRO / PRESCRIPCIÓN / LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA INTERRUMPE EL TÉRMINO POR UNA SOLA VEZ.**

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, de conformidad con lo ordenado en el artículo 24 de la Ley 100/93. (…)

En la historia laboral allegada por Colpensiones en medio magnético… se observa que el señor Román Gallego Pérez, convocado a juicio como responsable de la presunta mora, fungió como empleador del demandante entre el 8 de agosto de 1988 y el 30 de junio de 1996 y que, entre el 1 de julio de 1996 y el 31 de agosto de 1997 (periodos sobre los que gira el problema jurídico) están a nombre de la “Comercializadora de Carnes el Danubio” y con la anotación “no registra la relación laboral en afiliación para este pago” en atención a que dichos periodos fueron pagados el 19 de noviembre de 2015.

Para esta Sala la mencionada anotación por sí sola no impide la contabilización de los referidos periodos, puesto que al analizar la totalidad del material probatorio, es posible deducir que la Comercializadora de Carnes el Danubio era el establecimiento de comercio de propiedad del señor Román Gallego Pérez donde prestaba sus servicios el demandante…

… en el caso de marras sí operó el término de prescripción al que alude la recurrente…

… pese a que el demandante solicitó en varias oportunidades la gracia pensional, la reclamación administrativa solo suspende el término prescriptivo por una sola vez, por lo que aun si en gracia de discusión se aceptara que la solicitud que interrumpió la prescripción fue la efectuada en el 2011 y no la del 2007, por ser en esta cuando reunía los requisitos para acceder a la prestación, lo cierto es que entre el 2 de septiembre de 2013 –notificación que resolvió definitivamente su solicitud- y la presentación de la demanda pasaron 4 años y por ende se ven afectados por el término prescriptivo todos los emolumentos causados con anterioridad al 18 de septiembre de 2014. (…)

#### 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 10:30 a.m. de hoy, viernes 31 de enero de 2020, 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 **DARIO ANTONIO GALLEGO PÉREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y del señor **ROMÁN GALLEGO PÉREZ**. 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 tenidas en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 12 de abril de 2019, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad. Igualmente, se revisará la decisión en sede de consulta al haber sido adversa a los intereses de Colpensiones

**Problema jurídico por resolver**

De acuerdo a los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia y a los fundamentos de la apelación, le corresponde a la Sala determinar: i) si es viable contabilizar los ciclos dejados de cotizar por el empleador Román Gallego Pérez, ii) en caso afirmativo, si es procedente reconocer la pensión de vejez al demandante con base en el Acuerdo 049 de 1990, iii) a partir de qué fecha empiezan a contabilizarse los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y iv) si ha operado el fenómeno de la prescripción.

1. **La demanda y su contestación**

El citado demandante solicita que se condene a Colpensiones a que le reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 1º de octubre de 2012, junto con el retroactivo pensional y los intereses moratorios y subsidiariamente, la indexación de las sumas reconocidas.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que nació el 7 de diciembre de 1944, por lo que al 1º de abril de 1994 tenía más de 50 años de edad; que al 29 de julio de 2005 contaba con 765.73 semanas cotizadas, por lo que tiene derecho al régimen de transición, al haber cumplido 60 años de edad antes del 31 de diciembre del 2014.

Agrega que al cumplir 60 años el 7 de diciembre de 2004 y tener 1.058.43 semanas, solicitó el reconocimiento pensional, no obstante, le fue negado a través de las resoluciones No. 6797, misma que fue confirmada por Colpensiones mediante acto administrativo VPB001535 del 21 de junio de 2013, sin tener en cuenta el número de semanas cotizadas y afectando su confianza legítima, lo que lo llevó a seguir cotizando.

Afirma que en la historia laboral se reportan unos pagos dejados de aplicar por el empleador Román Gallego Pérez, por lo que, al no haber efectuado la administradora pensional el cobro coactivo, el empleador solicitó a dicha entidad el cálculo actuarial el 12 de agosto de 2014, frente a lo cual le fue informado que no procedía el cálculo deprecado sino el pago a través de la planilla PILA E (Mora).

Informa que una vez realizado el pago por el empleador, solicitó nuevamente el reconocimiento pensional, siendo negado mediante resolución GNR 122375 del 27 de abril de 2016, confirmada mediante las resoluciones GNR 1822283 del 21 de junio de 2016 y VPB29867 del 19 de julio de 2016, por desconocer los pagos efectuados por el señor Román Gallego Pérez.

Colpensiones aceptó los hechos de la demanda relacionados con la edad del demandante, las solicitudes efectuadas a esa entidad y sus correspondientes negativas; frente a los demás manifestó que no son ciertos, no le constan o no que no eran hechos sino argumentaciones. Se opuso a las pretensiones de la demanda arguyendo que el demandante no acredita los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez en los términos que solicita. Propuso en consecuencia las excepciones que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

Por su parte, el señor Román Gallego Pérez al contestar la demanda aceptó la existencia de la relación laboral con el demandante entre el 1 de julio de 1995 y el 30 de agosto de 1997 y que, al no haber realizado los aportes por los periodos comprendidos entre el 1 de julio de 1996 y el 30 de agosto de 1997, procedió a pagarlos el 19 de noviembre de 2015 mediante la planilla PILA. En consecuencia, solicitó al Despacho que accediera a la totalidad de las pretensiones incoadas por el actor en contra de Colpensiones.

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento ordenó a Colpensiones corregir la historia laboral del señor Darío Antonio Gallego Pérez, incluyendo los periodos del 1º de julio de 1996 al 30 de agosto de 1997 como quiera que ya fueron pagados por el empleador Ramón Gallego Pérez; declaró que el demandante es beneficiario del Régimen de Transición establecido en la ley 100 de 1993 y el acto legislativo 01 de 2005, por lo que le es aplicable el acuerdo 049 de 1990; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor del señor Darío Antonio Gallego Pérez a partir del 1º de octubre de 2012 en cuantía de un SMLMV, por 14 mesadas al año y con un retroactivo que a la fecha ascendía a $61.898.076, más los intereses moratorios a partir del 1º de octubre de 2012.

Por último le otorgó el término de un mes a Colpensiones para la expedición del acto administrativo, la inclusión en nómina y el pago de la prestación, autorizándola a descontar del valor retroactivo pensional el 12% por concepto de aportes a salud.

Para arrimar a tal determinación, consideró que como el 19 de noviembre de 2015 quedó acreditado el pago de los periodos en mora por parte del empleador, tales rubros reposan en las arcas de Colpensiones y por ende deben verse reflejados en la historia laboral, ya porque fueron pagados o porque no ejerció el cobro coactivo que le permitía la ley.

En consecuencia, al sumar las semanas en mora, encontró que el actor conservó el régimen de transición hasta diciembre de 2014, por tener 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 y que como su última cotización la efectuó el 30 de septiembre de 2012 y al momento de reclamar la prestación ya contaba con 1.058 semanas, tenía derecho a que la prestación pensional le fuera reconocida a partir del 1º de octubre de 2012 por valor de un salario mínimo y dos mesadas adicionales al haberse causado antes del 31 de julio de 2011, propiamente el 26 de ese mes y año cuando solicitó nuevamente la prestación con el cumplimiento de los requisitos.

En cuanto a los intereses moratorios concluyó que como al momento en que solicitó la prestación ya estaban acreditados los requisitos, teniendo en cuenta el computo de los aportes en mora, debió la accionada reconocer la prestación en un término no mayor a 4 meses contados a partir del 26 de julio de 2011, no obstante como el demandante cotizó hasta el 30 de septiembre de 2012, los intereses moratorios empiezan a correr al día siguiente, esto es el 1º de octubre de 2012.

1. **Recurso de apelación y procedencia de la consulta**

El apoderado judicial de Colpensiones apeló la decisión argumentando que el decreto 1818 de 1996 es claro en referir que las consecuencias de la falta de cotizaciones son responsabilidad exclusiva del empleador, por lo que no puede asumir la administradora pensional una carga que no le compete.

Agrega, con respecto a los intereses moratorios, que los mismos no podían ser ordenados desde el 1º de octubre de 2012 puesto que de acuerdo a la ley 100 de 1993 estos proceden cuando se genera mora en el pago de mesadas pensionales ya reconocidas y tal como constan en todos los actos administrativos allegados al proceso, se resolvió oportunamente sobre la solicitud pensional.

Por último alega que como el actor contaba con 3 años a partir de la fecha en el cual le fue negada la prestación para acudir ante la jurisdicción, y la demanda data del 2017, prescribió el retroactivo pensional.

Por otra parte, como la decisión de primera instancia fue desfavorable para los intereses de Colpensiones, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta.

1. **Consideraciones**
   1. **Mora del empleador en el pago de aportes pensiones**

Esta Corporación, acogiendo los lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (expuestos, entre otros, en la sentencia del 2 de febrero de 2010, Radicado 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 100/93.

Asimismo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, que si no hay gestión de cobro por parte de la entidad de seguridad social, no puede existir la declaratoria de «deuda incobrable» sobre las cotizaciones que se registran en mora, por lo que no cabrían los efectos del artículo 75 del Decreto 2665 de 1988, cuales son los de tener por inexistentes esas cotizaciones.

Es por lo anterior que esta Sala, siguiendo lo adoctrinado por la Corte, ha reiterado que, concurriendo las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado, que, habiendo cumplido con lo propio, esto es, trabajo y cotización descontada por su empleador, se vea abocado a no percibir el derecho pensional por razones no atribuibles a él.

* 1. **Caso concreto**

En la historia laboral allegada por Colpensiones en medio magnético (fl. 64) se observa que el señor Román Gallego Pérez, convocado a juicio como responsable de la presunta mora, fungió como empleador del demandante entre el 8 de agosto de 1988 y el 30 de junio de 1996 y que, entre el 01 de julio de 1996 y el 31 de agosto de 1997 (periodos sobre los que gira el problema jurídico) están a nombre de la “Comercializadora de Carnes el Danubio” y con la anotación “no registra la relación laboral en afiliación para este pago” en atención a que dichos periodos fueron pagados el 19 de noviembre de 2015.

Para esta Sala la mencionada anotación por sí sola no impide la contabilización de los referidos periodos, puesto que al analizar la totalidad del material probatorio, es posible deducir que la Comercializadora de Carnes el Danubio era el establecimiento de comercio de propiedad del señor Román Gallego Pérez donde prestaba sus servicios el demandante, puesto que ello consta en el certificado laboral expedido por el demandado (fl. 22), la declaración extraproceso No. 5205 rendida en la Notaría Quinta del Circulo de Pereira por los señores Darío Antonio Gallego Pérez y Román Gallego Pérez (fl. 20) y el certificado de cámara de comercio del referido establecimiento (fl. 23), aunado al hecho de que en el reporte de semanas cotizadas tanto la comercializadora como el señor Román Gallego Pérez están identificados con el mismo número serial y entre ellos no media periodos de interrupción en la afiliación.

En síntesis, para esta Colegiatura no hay impedimento alguno para contabilizar los periodos echados de menos en la historia laboral, puesto que la prestación del servicio está acreditada y dichos periodos fueron asumidos por quien estaba en la obligación de hacerlo. Por otra parte, contrario a lo manifestado por la recurrente, con ello no se imponen a Colpensiones cargas diferentes a las contempladas en la ley, ya que en efecto percibió el pago y obra en el plenario que el mismo obedeció a las instrucciones impartidas por la misma administradora pensional al señor Román Gallego Pérez, sobre la manera de efectuar el pago de los ciclos de julio de 1996 a agosto de 1997 por existir una afiliación previa como empleador (fl. 101).

Así, una vez superado el primer problema jurídico planteado y siendo viable agregar al reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones las 60.06 echadas de menos entre 1996 y 1997, procede la Sala a revisar el reconocimiento pensional efectuado en primera instancia en virtud del régimen de transición.

En primer lugar, no hay duda de que el demandante al 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, puesto que nació el 07 de diciembre de 1944 (fl. 19) y por ende fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la ley 100 de 1994. Tampoco existe reproche de que conservó dicho beneficio puesto que al sumar a las semanas certificadas por Colpensiones (692.29), las 60.06 correspondientes a los periodos pagados extemporáneamente, se encuentra que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, el demandante había cotizado 752.36 semanas.

Así pues, como el actor conservó el régimen de transición resulta acertado que la jueza de primera instancia reconociera la pensión de vejez en aplicación del acuerdo 049 de 1990, toda vez que al 30 de septiembre de 2012 el señor Darío Antonio Gallego Pérez no solo superaba con creces los 60 años de edad (los cumplió el 7 de diciembre de 2004), sino que tenía en su haber 1.118.43 semanas cotizadas en toda su historia laboral, por lo que le asiste derecho a disfrutar de la pensión a partir del día siguiente de su última cotización, esto es, el 01 de octubre de 2012

En ese orden de ideas habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en cuanto al valor de la mesada pensional, por tratarse del salario mínimo legal y por 14 mesadas anuales, toda vez que la prestación se causó antes del 31 de julio de 2011-alcanzó las 1.000 semanas a finales del 2010, los 60 años de edad en el 2004 y solicitó el reconocimiento pensional el 26 de julio de 2011-.

En este punto y previo a la actualización del retroactivo liquidado en primera instancia, es necesario aclarar que en el caso de marras sí operó el término de prescripción al que alude la recurrente, toda vez que de la documentación allegada al proceso en medio magnético por Colpensiones (fl. 64) es posible dilucidar las siguientes actuaciones:

1. En el 2007 el demandante solicitó por primera vez el reconocimiento pensional, mismo que fue negado mediante resolución No. 009309 del 27 de septiembre de 2007.
2. El 26 de julio de 2011, casi 4 años después, solicitó la reactivación del expediente y con ello generó el proceso administrativo que culminó el 02 de septiembre de 2013 con la notificación de la resolución VPB 001535 del 21 de junio de 2013 que resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandante frente a la resolución No.6797 del 2011.
3. Una vez que el empleador efectuó el pago de los periodos que motivaron las negativas anteriores, el demandante nuevamente solicitó la prestación el 26 de febrero de 2016 y fue reiterada la negativa mediante resolución No. VPB 29877 del 19 de julio del mismo año.
4. La demanda se presentó el 18 de septiembre de 2017.

De lo anterior es posible colegir que, pese a que el demandante solicitó en varias oportunidades la gracia pensional, la reclamación administrativa solo suspende el término prescriptivo por una sola vez, por lo que aun si en gracia de discusión se aceptara que la solicitud que interrumpió la prescripción fue la efectuada en el 2011 y no la del 2007, por ser en esta cuando reunía los requisitos para acceder a la prestación, lo cierto es que entre el 02 de septiembre de 2013 –notificación que resolvió definitivamente su solicitud- y la presentación de la demanda pasaron 4 años y por ende se ven afectados por el término prescriptivo todos los emolumentos causados con anterioridad al 18 de septiembre de 2014. En consecuencia, se modificará el ordinal tercero de la sentencia recurrida, en el sentido de declarar parcialmente probada la excepción de prescripción frente a los emolumentos causados con anterioridad al 18 de septiembre de 2014.

Así las cosas, para la efectividad en el cumplimiento del presente fallo, se procedió a calcular el retroactivo causado y no prescrito entre el 18 de septiembre de 2014 y el 31 de diciembre de 2019, lo cual arrojó la suma de $ 54.883,360, tal como se observa en la tabla anexa que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta que se levante con ocasión de la presente diligencia, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad y los descuentos de ley. En este orden de ideas se modificará el ordinal quinto del fallo de primer grado.

Respecto de los intereses moratorios advierte esta Colegiatura que si bien fue acertado el discernimiento de la A-quo respecto del momento en el que empezó a correr el término para que Colpensiones reconociera la pensión, esto es, desde que el actor solicitó el reconocimiento de la prestación -26 de julio de 2011-, como lo accesorio comparte la suerte de lo principal, no queda otro camino que modificar la decisión de primera instancia en este punto, toda vez que los mentados intereses también se vieron afectados por el término prescriptivo y en ese entendido corren a partir del 18 de septiembre de 2014.

Finalmente, sin costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso.

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**.- **MODIFICAR** los ordinales tercero, quinto y sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Darío Antonio Gallego Pérez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** y el señor **Román Gallego Pérez**, los cuales quedarán así:

*Tercero: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción de los emolumentos causados con anterioridad al 18 de septiembre de 2014 y no probada la excepción de inexistencia de la obligación demandada.*

*Quinto: ORDENAR, como consecuencia de la anterior decisión, que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, proceda a efectuar el reconocimiento y pago a favor del señor DARIO ANTONIO GALLEGO PÉREZ el retroactivo pensional, correspondiente a las mesadas pensionales causadas a partir del 18 de septiembre de 2014 y hasta que se haga la inclusión en nómina, lo que al 31 de diciembre de 2019 asciende a la suma de $54.883,360, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad y los descuentos de ley.*

*Sexto: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a cancelar a favor del señor DARÍO ANTONIO GALLEGO PÉREZ, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 18 de septiembre de 2014, los cuales se deben liquidar mes a mes a la tasa máxima legal vigente a la fecha de pago de la pensión”*

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primer grado.

**TERCERO.-** Sin costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso.

**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

**RETROACTIVO PENSIONAL CAUSADO ENTRE EL 18 DE SEPTIEMBRE DE 2014 Y EL 31 DE DICIEMBRE DE 2019.**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Desde** | **Hasta** | **Causadas** | **Valor mesada** | **Prescrito** |
| 01-oct-12 | 31-dic-12 | 4 | $ 566,700 | $ - |
| 01-ene-13 | 31-dic-13 | 14 | $ 589,500 | $ - |
| 01-ene-14 | 17-sep-14 | 8,56 | $ 616,000 | $ - |
| 18-sep-14 | 31-dic-14 | 5,44 | $ 616,000 | $ 3.351,040 |
| 01-ene-15 | 31-dic-15 | 14 | $ 644,350 | $ 9.020,900 |
| 01-ene-16 | 31-dic-16 | 14 | $ 689,455 | $ 9.652,370 |
| 01-ene-17 | 31-dic-17 | 14 | $ 737,717 | $ 10.328,038 |
| 01-ene-18 | 31-dic-18 | 14 | $ 781,242 | $ 10.937,388 |
| 01-ene-19 | 31-dic-19 | 14 | $ 828,116 | $ 11.593,624 |
|  |  |  |  | $ 54.883,360 |

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada ponente