



CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL2555-2020

Radicación n.º 79733

Acta 23

Bogotá, D.C., primero (1.º) de julio de dos mil veinte (2020).

Decide la Corte el recurso de casación que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió el 31 de agosto de 2017, en el proceso que en su contra adelanta **WILFREDO GONZÁLEZ HENAO**.

I. ANTECEDENTES

El citado accionante promovió demanda laboral contra Colpensiones con el propósito de que se condene a reconocerle una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo en los términos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, el retroactivo, la indexación, los intereses moratorios y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 28 de febrero de 1958; que cotizó para los riesgos de invalidez vejez y muerte un total de 1.720,29 semanas en Colpensiones; que laboró al servicio de Goodyear de Colombia S.A. del 9 de julio de 1987 al «18 de junio de 2014», donde estuvo expuesto a altas temperaturas; que el 18 de julio de 2013 solicitó a dicha empresa que lo retirara del sistema de pensiones por cumplir los requisitos para acceder a una prestación por vejez, petición que se negó, y que el 20 de diciembre de 2013 pidió a la demandada que le reconociera pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, a la que no accedió por no acreditar 700 semanas de cotizaciones especiales.

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó unos y negó otros. En su defensa, manifestó que el demandante no tiene la densidad de 700 semanas con cotizaciones especiales para acceder a la prestación pretendida. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de fallo de 26 de junio de 2015, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación que interpuso el accionante, mediante la sentencia recurrida en casación, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali revocó la del *a quo* y, en su lugar, dispuso:

Primero: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer en favor del señor Wilfredo González Henao [...], la pensión especial de vejez por altas temperaturas, a partir del 20 de diciembre de 2013 y liquidadas hasta el 30 de agosto de 2017, a razón de 13 mesadas anuales, y a continuar pagando a partir del mes de septiembre de dicha anualidad, una mesada igual a \$3`143.978.

Segundo: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a pagar a favor del demandante intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir de abril de 2014, los cuales se cancelarán sobre la totalidad de mesadas pensionales retroactivas, a la tasa máxima de interés moratorio, al día en que se efectúe el pago total de las mismas.

Tercero: Conminar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que efectúe el respectivo cobro de las cotizaciones adicionales, siempre y cuando el empleador del actor no las hubiere cancelado, sobre las semanas cotizadas entre el 23 de junio de 1994, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994, y en adelante hasta la última cotización de alto riesgo.

(...)

En lo que interesa a los fines del recurso extraordinario, el Tribunal determinó que el problema jurídico se contraía a determinar si el actor tenía derecho a la pensión especial por actividades de alto riesgo y la incidencia, en la misma, del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad que realizó aquel.

Con tal objeto, sostuvo que eran hechos indiscutidos que Wilfredo González Henao nació el 28 de febrero de 1958; que laboró al servicio de Goodyear Colombia S.A. del 9 de julio de 1987 al «22 de marzo de 2013», y que en marzo del año 2000 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad hasta octubre de 2006 cuando retornó al primero.

Luego, indicó que el Decreto Ley 2090 de 2003 establece que para acceder a las prestaciones que regula, el interesado debe estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida, arribar a la edad de 55 años y contar con la densidad de semanas que exige la Ley 797 de 2003, de las que, mínimo 700 deben corresponder a cotizaciones especiales por actividades de alto riesgo, y que cumplido todo ello, el requisito de la edad se reduce en un año por cada 60 semanas adicionales a las mínimas requeridas, hasta un máximo de 50 años de edad.

Refirió que el artículo 6.º *ibidem* prevé un régimen de transición que favorece a los afiliados que a su vigencia (23 de julio de 2003), tenían al menos 500 semanas de

cotizaciones especiales, poseían la densidad de aportes de que trata la Ley 797 de 2003 y cumplían con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al permitirles pensionarse con los preceptos anteriores que regulaban la materia.

Señaló que el régimen anterior era el estatuido en el Decreto 1281 de 1994 que exigía, para acceder a la pensión especial, un mínimo de 1.000 semanas cotizadas, de las que 500 deben corresponder a actividades de alto riesgo y 55 años de edad.

Adujo que, por su parte, el artículo 9.º del Decreto 2090 de 2003 establece los supuestos que deben cumplirse para adquirir la pensión especial, cuando, a su vigencia – 28 de julio de 2003–, el interesado estaba afiliado al RAIS; que en tales casos es necesario el traslado al régimen de prima media con prestación definida en un plazo máximo de 3 meses, contados a partir de la fecha de su publicación, sin que fuera necesario el cumplimiento del término de permanencia de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Sostuvo que en sentencia C-030-2009 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de dicha disposición, bajo el entendido de que el aludido lapso de 3 meses se cuenta a partir de la comunicación de ese fallo, sin que sea necesario el cumplimiento del término de permanencia, con la aclaración de que el afiliado puede aportar voluntariamente los recursos adicionales necesarios

en el evento de que el ahorro en el régimen de ahorro individual con solidaridad sea inferior al monto del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida.

En tal dirección, indicó que la pensión especial por actividades de alto riesgo es exclusiva para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, *«y por ende no es dable que se deban pagar las cotizaciones adicionales del 6% y 10% según el caso y mucho menos trasladar esa carga al trabajador, como en efecto lo consideró el a quo, máxime que señor Wilfredo González Henao, ya se encontraba perfectamente afiliado y trasladado al régimen de prima media desde octubre de 2006, pues de la lectura de la historia laboral se desprende que las cotizaciones trasladadas por él al régimen de ahorro individual al de prima media administrado por Colpensiones se efectuaron hasta el mes de septiembre de 2006 y por ende tal traslado no tenía por qué ser un obstáculo para el reconocimiento de la prestación»*.

Así, subrayó que la prestación debatida debía analizarse a la luz del Decreto 1281 de 1994, dado que el accionante se encontraba amparado por el régimen de transición de que trata el artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003, en tanto a su vigencia (28 de julio de 2003), contaba con más de 500 semanas de cotizaciones en actividades de alto riesgo (824,14) con el empleador Goodyear de Colombia S.A., y que de la historia laboral se colegía que cotizó un total de 1.739.

Luego, indicó que el accionante cotizó un total de 1.164 semanas bajo la exposición a altas temperaturas, motivo por el que, adicional a las primeras 1.000, contaba con 64 que permitían la reducción de la edad en dos años; de ahí que pudiera acceder a la prestación de vejez a los 53 años, esto es, el 23 de febrero de 2011.

Aclaró que el último aporte data del 18 de junio de 2014, pero que la pensión debía concederse desde la fecha en que el actor reclamó su reconocimiento ante Colpensiones, es decir, el 20 de diciembre de 2013. Llegó a tal conclusión, luego de citar la sentencia CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798, en la que esta Sala adoctrinó que, por regla general, el disfrute de la prestación se genera desde la fecha en que esta se reclama administrativamente, con la concurrencia del retiro del sistema, pero cuando media una conducta negligente de la entidad de seguridad social y el afiliado tenía derecho a percibirla con anterioridad por tener todos los requisitos para ese fin, se deben analizar las particularidades del caso.

En lo relativo a la excepción de prescripción, dijo que no operó toda vez que la pensión especial se solicitó el 20 de diciembre de 2013, se negó por Colpensiones el 16 de junio de 2014 y la demanda se presentó el 27 de noviembre de la misma anualidad, sin que entre uno y otro acto transcurrieran tres años.

Al calcular la pensión, señaló que el IBL era el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios que sirvieron de base para las cotizaciones de los últimos 10 años de servicios, que arrojaba una suma de \$3´100.096, más favorable que el de toda la vida laboral; que el monto correspondía al 85% en los términos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993; que por tanto, la primera mesada equivalía a la suma de \$2´635.081 para el 2013, en razón de 13 mesadas a la luz de lo estatuido en el Acto Legislativo 01 de 2005, y que el retroactivo causado del 20 de diciembre de 2013 al 30 de julio de 2017 ascendía al valor de \$136´852.935.

Sostuvo que las cotizaciones adicionales del 6% y 10% estaban a cargo de la empleadora Goodyear Colombia S.A., por tal razón, autorizó a la demandada para cobrarlas.

Al finalizar, indicó que era procedente el pago de los intereses moratorios desde el 21 de abril de 2013 hasta que se realice el pago.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario de casación lo interpuso la demandada, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, confirme la del *a quo*.

Subsidiariamente, pide que la Sala case parcialmente el fallo de segundo grado en cuanto condenó al pago del retroactivo pensional del 20 de diciembre de 2013 al 30 de agosto de 2017, para que, en sede de instancia, condene al pago del retroactivo a partir del 30 de julio de 2014.

Con tal propósito, formula dos cargos por la causal primera de casación, que no fueron objeto de réplica.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial, por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 3.º, 6.º y 9.º del Decreto 2090 de 2003, en relación con los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993; de los artículos 3.º y 5.º del Decreto 1281 de 1994, lo que, a su vez, generó la aplicación indebida de los artículos 21, 34, 141 y 143 de la Ley 100 de 1993.

En la demostración sostiene que el error del Tribunal consistió en conceder la pensión especial de vejez en favor del accionante, en los términos del Decreto 1281 de 1994, bajo el argumento equivocado de que Colpensiones «*debía responder por el porcentaje adicional correspondiente al empleador y que no canceló (...).* Concretamente respecto de

los aportes atinentes al tiempo en el que el accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual».

Aduce que si el *ad quem* hubiera interpretado correctamente los artículos 3.º, 6.º y 9.º del Decreto 2090 de 2003, habría concluido que el empleador del demandante no estaba obligado a realizar cotizaciones especiales por actividades de alto riesgo en los periodos en que estuvo afiliado al RAIS, *«y en ese sentido Colpensiones no puede responder por las mismas al retorno del demandante al régimen de prima media».*

Refiere que en los términos de la sentencia de la Corte Constitucional C-030-2009, el traslado voluntario del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad tuvo como consecuencia la imposibilidad de realizar cotizaciones especiales, dado que prestaciones como la debatida *«no están contempladas bajo ese régimen (...), y en ese sentido el empleador no estaba obligado a realizar un aporte adicional y Colpensiones no puede responder por el hecho de que este no los efectúe».*

En tal dirección, señala que el juez de apelaciones interpretó erróneamente los artículos 3.º y 5.º del Decreto 1281 de 1994, en tanto *«concluyó del análisis del artículo 5 que correspondía a Colpensiones, hacerse cargo del porcentaje adicional no realizado por el empleador en el periodo en el que el trabajador se trasladó al régimen de ahorro individual y que en esa medida se reunían los*

presupuestos establecidos en el artículo 3 del mencionado decreto».

En suma, asevera que se debió negar la prestación puesto que de la correcta intelección de las disposiciones acusadas, se colige que el régimen de ahorro individual con solidaridad no regula pensiones especiales por exposición a altas temperaturas y que, por tal motivo, mientras el demandante estuvo afiliado a ese régimen pensional, el empleador no estaba obligado a efectuar aportes adicionales; luego, a su regreso a Colpensiones no era posible validar cotizaciones especiales *«como si se hubieran realizado y tenerlas como aportadas para efectos pensionales».*

VII. CONSIDERACIONES

No discute el recurrente que Wilfredo González Henao nació el 28 de febrero de 1958; que laboró al servicio de Goodyear Colombia S.A. del 9 de julio de 1987 al 22 de marzo de 2013 (f.º 20), donde estuvo expuesto a altas temperaturas; que en marzo del año 2000 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, hasta su retorno al primero en octubre de 2006, y que el régimen aplicable es el estatuido en el Decreto 1281 de 1994, por virtud de la transición de que trata el Decreto 2090 de 2003.

En tal contexto, a la Sala le corresponde establecer si, en aras del acceso a una pensión especial de vejez por

actividades de alto riesgo, se deben validar como cotizaciones especiales, los periodos en que el interesado estuvo afiliado al régimen de ahorro individual.

Con la expedición del Decreto Ley 2090 de 2003 se unificó la regulación de las pensiones de alto riesgo; en su artículo 3.º estableció una prestación especial en favor de *«los afiliados al régimen de prima media con prestación definida del Sistema General de Pensiones»*, que desarrollen permanentemente actividades de alto riesgo.

Por su parte, el artículo 9.º de la misma norma estatuyó que los trabajadores dedicados a las mencionadas labores que a la fecha de su entrada en vigencia -28 de julio de 2003- estuvieran afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, *«deberán trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en un plazo máximo de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto. En este caso no será necesario que hubieren cumplido el término de permanencia de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993»*.

Tal disposición fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-030-2009, en el entendido de que *«el plazo de tres (3) meses se contará a partir de la comunicación de la presente sentencia»*, y que *«la persona que ejerza la opción, puede aportar voluntariamente los recursos adicionales necesarios en el evento de que el ahorro en el Régimen de Ahorro*

Individual con Solidaridad sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media, como se advirtió en la sentencia C-789 de 2002».

La Corte Constitucional adoptó dicha determinación al considerar que, en aras de la obtención de la pensión especial, la posibilidad de regresar al régimen público de pensiones desde el régimen privado no tenía eficacia, por cuanto lo ahorrado en la cuenta individual era inferior al valor de los aportes legales correspondientes al régimen administrado por Colpensiones, en contravía de lo señalado en la sentencia C-789 de 2002; pero que tal dificultad era salvable, si se armonizaba el derecho a acceder a una pensión con la conservación de la sostenibilidad financiera del sistema, otorgando al interesado la oportunidad de aportar voluntariamente los recursos necesarios para igualar aquellas sumas. Dicho fallo puntalmente señaló:

Así las cosas, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional estableció que uno de los requisitos para cambiarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, para aquellas personas que llevaran quince años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, consistió en que el ahorro del régimen de ahorro individual no fuera inferior al monto del aporte legal correspondiente, es previsible que algunas personas que trataron de ejercer la opción de trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media para acceder a la pensión especial por actividades de alto riesgo, en el término de 3 meses previsto en las normas demandadas, no pudieron realizar el traslado debido a que se encontraron con el obstáculo de tener un ahorro en el régimen de ahorro individual inferior al monto del aporte legal correspondiente en el régimen de prima media. En razón a ello la opción para beneficiarse de la pensión especial sin tener que cumplir los términos de permanencia no fue realmente efectiva.

La efectividad del derecho a cambiar de régimen pensional dentro del marco constitucional y legal vigente depende de que éste pueda ser ejercido sin trabas insalvables. Uno de estos obstáculos es precisamente impedir que el interesado aporte voluntariamente los recursos adicionales en el evento de que su ahorro en el régimen de ahorro individual sea inferior al monto del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. Esta barrera es salvable si el interesado aporta los recursos necesarios para evitar que el monto de su ahorro, al ser inferior en razón a rendimientos diferentes o a otras causas, sea inferior al exigido. Esto no sólo es necesario dentro del régimen general, sino también en los regímenes especiales con el fin de conciliar el ejercicio del derecho del interesado en acceder a la pensión y el objetivo constitucional de asegurar la sostenibilidad del sistema pensional.

De lo reseñado se extraen las siguientes conclusiones:

(i) la pensión especial por actividades de alto riesgo regulada en el Decreto 2090 de 2003 es exclusiva del régimen de prima media con prestación definida, e implica para su causación, entre otros requisitos, el pago de cotizaciones adicionales especiales; (ii) por lo anterior, si el trabajador expuesto a condiciones que ponen en riesgo su salud, se traslada al régimen de ahorro individual con solidaridad, su empleador no se obliga al pago de los mencionados aportes adicionales, y (iii) si, después, el trabajador pretende acceder a las prestaciones reguladas en el Decreto 2090 de 2003, puede regresar al régimen de prima media con prestación definida con todo lo ahorrado en el fondo privado, pero como este no puede ser inferior al monto total del aporte legal de haber permanecido en Colpensiones (C-789 de 2002), debe permitírsele realizar el traslado con el pago a su cargo de las cotizaciones adicionales generadas por las actividades de alto riesgo, dentro del plazo señalado en sentencia CC C-030-2009 (3 meses a su publicación 28/01/2009).

En tal panorama, no se discute que el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad en marzo del año 2000, y que en octubre de 2006 retornó al ISS; esto es, antes de la publicación de la sentencia CC C-030- 2009.

Ahora, cuando el accionante retornó al régimen de prima media en la anualidad de 2006, su afiliación se validó con el traslado de los recursos que figuraban en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, pero sin consideración de las cotizaciones adicionales por su exposición a altas temperaturas durante el tiempo que estuvo vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Luego, cuando se profirió la sentencia C-030-2009, tampoco tuvo la opción de realizar los aportes adicionales para equiparar el capital ahorrado con el legal requerido en el fondo de pensiones público por las actividades de alto riesgo, puesto que ya se encontraba válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

En efecto, el actor nunca gozó de la oportunidad de aportar el capital equivalente a los puntos porcentuales adicionales a las cotizaciones ordinarias, por dos razones: la primera, porque si bien el artículo 9.º del Decreto 2090 de 2003 permitía el retorno al régimen público desde el régimen privado para acceder a la pensión especial, en los términos de la sentencia de constitucionalidad condicionada, tal previsión no tenía efectividad alguna porque no estableció la opción de pagar los aportes

especiales; y la segunda, porque cuando la Corte Constitucional definió la exequibilidad condicionada de ese precepto con la concesión del plazo de tres meses desde la publicación de la sentencia C-030-2009 para retornar al régimen de prima media con prestación definida con el consecuente pago de cotizaciones adicionales para acceder a la pensión especial, el demandante ya estaba vinculado al ISS hoy Colpensiones.

Así, la Sala considera que el Tribunal no se equivocó al validar las cotizaciones especiales de los periodos en que el accionante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, puesto que en sede administrativa la entidad demandada no podía negarle la pensión especial debatida, sin antes permitirle pagar los aportes derivados de las actividades de alto riesgo que desarrolló mientras estuvo afiliado a los fondos privados y, como tal oportunidad no se concedió, ello tampoco podía constituirse en un obstáculo para el acceso a la prestación.

En efecto, la interpretación del artículo 9.º que propone la recurrente carece de la entidad suficiente para derruir tal conclusión, porque: (i) centra el discurso en el titular de la obligación para el pago de las cotizaciones especiales en periodos de afiliación al fondo privado, sin ahondar en la conciliación entre el derecho a la pensión y la sostenibilidad del sistema, que es el objetivo de la norma; (ii) desconoce el derecho a la libre elección de régimen pensional, porque impone al afiliado una exigencia de imposible cumplimiento, esto es, la densidad de aportes

adicionales, sin conceder la posibilidad de pagarlos, con lo cual hace inoperante el traslado; (iii) avala la contradicción que hay entre validar el regreso a Colpensiones desde un fondo privado, y la obstaculización para contribuir al logro de un mayor beneficio pensional producto de tal vinculación, y (iv) desconoce el contenido del artículo 13 de la Constitución Política, dado que genera para el interesado un trato desigual e injustificado, respecto de aquellos trabajadores que realizaban actividades laborales de la misma naturaleza que sí tuvieron la oportunidad de trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos para financiar la prestación especial.

Además, es importante aclarar que aun en el hipotético caso en el que se hubiere configurado una duda en la interpretación de la mencionada disposición, de todas formas, la propuesta por la censura no es la más favorable para el accionante. Por tanto, no se justifica la limitación que pretende imponer Colpensiones de impedir el pago de los puntos porcentuales que requiere el actor para acceder a la pensión debatida, erogación que, además, redundará en beneficio de la sostenibilidad financiera del sistema.

En síntesis, contrario a lo sostenido por la recurrente, la imposibilidad de pagar aportes adicionales no obstaculiza que el accionante acceda a la pensión debatida, porque, como se dijo, el artículo 9.º del Decreto 2090 de 2003 permite que los recursos especiales derivados de las actividades de alto riesgo con afiliación al régimen privado de pensiones, ingresen válidamente a Colpensiones.

Sin embargo, en lo que sí erró el juez de segunda instancia fue en señalar que, en casos como este, el empleador debe asumir la totalidad de las cotizaciones especiales, cuando lo cierto es que hay unos periodos en que tal obligación no le es oponible, pero de manera paralela, su asunción es optativa y a cargo del afiliado.

En efecto, para el momento del traslado del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, se encontraba en vigor el Decreto 1281 de 1994 que en sus artículos 2.º y 4.º avaló los aportes por actividades de alto riesgo a dicho régimen. Ello, hasta la vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003) que limitó la posibilidad de acceder a la prestación especial estudiada, únicamente a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, del 1.º de marzo de 2000 al 28 de julio de 2003, Goodyear de Colombia S.A. debía asumir las cotizaciones especiales causadas en favor del accionante, en los términos dispuestos por el Tribunal.

Por otra parte, aun cuando el Decreto 2090 de 2003 prohíbe las cotizaciones especiales en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el alcance de su artículo 9.º permite equilibrar el derecho a la pensión especial con la sostenibilidad financiera del sistema, otorgándole al afiliado y con cargo a sus recursos, la opción de sufragar el costo de los puntos porcentuales adicionales a las cotizaciones ordinarias; de ahí que la acusación sea fundada.

En consecuencia, se casará la sentencia confutada, en cuanto *conminó* a Colpensiones para que realizara el cobro al empleador de la totalidad de las cotizaciones adicionales por las actividades de alto riesgo, mientras el demandante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual.

VIII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por la vía directa, en la modalidad de infracción directa de los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990.

En la demostración sostiene que el Tribunal se equivocó al reconocer el retroactivo de la pensión a partir del 20 de diciembre de 2013, puesto que *«el accionante para dicha data, aún continuaba cotizando al sistema y por tanto no había acreditado su desafiliación al mismo»*, de manera que el retroactivo procedía desde el 30 de julio de 2014, fecha de la última cotización.

En tal dirección subraya que la desafiliación al sistema es *«un requisito indispensable para el disfrute de la pensión de vejez, por ende, en este caso solamente es dable hacer el reconocimiento prestacional a partir de la fecha en que el accionante acredite la mencionada desafiliación»*.

IX. CONSIDERACIONES

En lo relativo al disfrute de la pensión especial de vejez, esta Sala adoctrinó que, conforme los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, se requiere la desvinculación

formal del sistema general de pensiones. Sin embargo, también precisó que, ante situaciones particulares, es posible acudir a otras posibilidades interpretativas y, en consecuencia, pagar la pensión con antelación a dicho acto, cuando, por ejemplo, el afiliado continúa cotizando por la negativa injustificada de la entidad de conceder la prestación pedida oportunamente o en el supuesto en que la conducta del afiliado evidencie su voluntad de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema (CSJ SL5603-2016).

En este asunto, el Tribunal advirtió la concurrencia de dos factores que le permitieron adquirir certeza de la intención del demandante de no seguir vinculado al sistema de pensiones, para recibir la prestación desde el 20 de diciembre de 2013, pese a que su último aporte data de junio de 2014: por un lado, la solicitud de retiro del sistema que elevó el 13 de junio de 2013 a su empleadora, y por otro, la petición del 20 de diciembre de 2013 a la accionada para el reconocimiento de la pensión especial por actividades de alto riesgo.

En tal dirección, y tal como se refirió al resolver el primer cargo, la accionada actuó con negligencia al momento de resolver la solicitud del actor e indicarle que no contaba con la densidad de cotizaciones especiales, sin darle la oportunidad de pagarlas. Por tanto, a pesar de que no hubo un retiro formal del sistema general de pensiones, para el momento que se pidió la prestación, el demandante ya tenía causado el derecho, de modo que el Tribunal no

erró al concederlo desde tal momento, esto es, a partir del 20 de diciembre de 2013, más si se tiene en cuenta que el actuar de la entidad demandada lo obligó a continuar cotizando. En consecuencia, el cargo no es próspero.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación, dado que el cargo primero es fundado.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

De lo dicho en sede del recurso extraordinario, se tiene que Colpensiones no podía negar el derecho prestacional debatido bajo el argumento de que Wilfredo González Henao no contaba con la densidad de cotizaciones especiales requeridas para tal fin. Antes bien, debió recaudar las cotizaciones especiales mientras estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad por dos vías: cobrar a Goodyear de Colombia S.A. las causadas del 1.º de marzo de 2000 al 28 de julio de 2003, y darle la oportunidad al demandante de pagar aquellas que se causaron del 29 de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2006. Con respecto a estas últimas, se autorizará su descuento del retroactivo pensional, en suma igual a la diferencia que resulte entre los aportes ordinarios con los puntos porcentuales adicionales del 6% y 10% del ingreso base de cotización.

Las costas de ambas instancias estarán a cargo de Colpensiones.

XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió el 31 de agosto de 2017, en el proceso ordinario laboral que **WILFREDO GONZÁLEZ HENAO** adelanta contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en cuanto conminó a la demandada a cobrar al empleador los puntos adicionales a las cotizaciones ordinarias por actividades de alto riesgo, en todo el tiempo que el actor estuvo vinculado al régimen de ahorro individual.

En sede de instancia, se conmina a Colpensiones a cobrar a Goodyear de Colombia S.A. las cotizaciones adicionales, siempre y cuando el empleador del actor no las hubiere cancelado, sobre las semanas cotizadas desde el 23 de junio de 1994, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994, hasta el 28 de julio de 2003. Asimismo, se autoriza a dicho fondo de pensiones a descontar del retroactivo pensional, la diferencia que resulte entre los aportes ordinarios, con los puntos porcentuales adicionales del 6% y 10%, causados por actividades de alto riesgo en el periodo del 29 de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2006.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA

FERNANDO CASTILLO CADENA

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Sala de Casación Laboral

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN