

TEMA: PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR ACTIVIDAD DE ALTO RIESGO - requiere 700 semanas de cotización especial continuas o discontinuas, contar con 55 años de edad y haber cotizado el número mínimo de semanas para el sistema general de pensiones que se refiere el artículo 9° de la ley 797 de 2003. / **PRUEBA DE EXPOSICIÓN A FACTORES DE ALTO RIESGO** - no existe una tarifa legal, sino que puede demostrarse por cualquier medio probatorio. / **OMISIÓN DE COTIZACIÓN ESPECIAL** - obligación que recae en cabeza del empleador, no puede ser el afiliado quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe reconocer la pensión especial de vejez. / **DISFRUTE DE LA PENSIÓN** - cuando se reúnen los requisitos para acceder a la pensión, se solicita a la entidad administradora de pensiones el reconocimiento de la misma y se ha dado el retiro expreso o desafiliación tácita del sistema general de pensiones. / **RETIRO DEL SISTEMA** - se puede dejar de cotizar por cumplimiento de requisitos con el reporte de la respectiva novedad al sistema de pensiones, incluso permaneciendo afiliado a salud y riesgos profesionales mientras se da el trámite.

HECHOS: se condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión especial de vejez por alto riesgo conforme el Decreto 2090 de 2003, a partir del retiro definitivo del sistema general de pensiones o de su última cotización. El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, donde señaló que debía revocarse la sentencia en primera instancia, toda vez que el hecho de que los empleadores hayan omitido realizar ciertas cotizaciones especiales, no implica que Colpensiones tenga que asumirlas y que no se acreditó debidamente el desarrollo de actividades de alto riesgo, pues es necesario que la ARL en la que se encontraba afiliado en su momento el demandante, certifique si sus actividades si eran de alto riesgo de acuerdo con el Decreto 2090 de 2003. El apoderado del demandante también apeló la decisión, solicitando se reconozca el retroactivo al menos desde la contestación de la demanda, pues era claro que el actor tenía derecho a la pensión desde el 1o de enero de 2020 y Colpensiones se opuso a las pretensiones, lo que llevó a que el proceso judicial continuara, aun sabiendo que el actor tenía derecho a su pensión.

TESIS: (...) la norma vigente reguladora de la pensión especial de vejez por trabajos de minería que impliquen prestar el servicio dentro de socavones o en subterráneos, es el Decreto 2090 de 2003 (...) en los artículos 3° y 4° establece que para acceder a la pensión especial de vejez por alto riesgo se debe haber efectuado 700 semanas de cotización especial continuas o discontinuas, contar con 55 años de edad y haber cotizado el número mínimo de semanas para el sistema general de pensiones que se refiere el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003. (...) para probar la exposición por parte del trabajador a factores de alto riesgo que lo hacen beneficiario de la pensión especial, no existe una tarifa legal, sino que puede demostrarse por cualquier medio probatorio (...). (...) si bien no en todos los períodos se efectuó la cotización especial, esta era una obligación que recaía en cabeza del empleador y no puede ser el afiliado quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe reconocer la pensión especial de vejez. (...) respecto a la procedencia del retroactivo pensional, debe indicarse que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, aplicable por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, son dos los momentos que deben diferenciarse: la causación y el disfrute de la pensión. La primera se da cuando se reúnen los requisitos de edad y número de semanas para acceder a la pensión y el disfrute cuando una vez cumplidos tales requisitos se solicita a la entidad administradora de pensiones el reconocimiento de la misma y se ha dado el retiro expreso o desafiliación tácita del sistema general de pensiones, pues para la liquidación de la pensión se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada pues mal se podría reconocer un retroactivo sobre unas semanas que efectivamente sirvieron de base para el cálculo de la prestación. (...) alega el apoderado del

demandante que para cuando se radicó la demanda el actor ya tenía los requisitos para la pensión y que entonces la prestación debe reconocerse desde esa fecha, pero lo cierto, es que el demandante en su interrogatorio confesó que aún continuaba cotizando al sistema, por lo que al no haberse desafiliado, no puede reconocérsele el retroactivo, ya que este pudo presentar el retiro del sistema cuando cumplió los requisitos, aún con la continuidad del vínculo laboral, pues esta es una posibilidad que trae el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 (...), así que no puede indicarse que el hecho de que el actor haya continuado cotizando se deba en este caso en concreto a un actuar negligente o descuidado de Colpensiones y por tanto no puede aplicarse ningún tipo de consecuencia adversa.

M.P. ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

FECHA: 03/11/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, tres de noviembre de dos mil veintitrés

21-176

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación sentencia
Demandante: **LUIS FERNANDO MENDOZA RAMOS**
Demandado: **COLPENSIONES**
Radicado No.: **05001-31-05-013-2020-00111-01**
Tema: Pensión Especial de Vejez por actividad de alto riesgo
Decisión: **CONFIRMA SENTENCIA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes dentro del proceso de la referencia.

Conforme memorial allegado con los alegatos se reconoce personería a CARMEN YOJANA RAMIREZ VILLEGAS identificada con C.C. No. 43,209,298 y portadora de la T.P. No. 157,953 del C.S de la J. para representar los intereses de COLPENSIONES conforme sustitución de poder que le hiciera FABIO ANDRES VALLEJO CHANCI, identificado con c.c. 71,379,806 y TP. 198,214 del C.S. de la J. representante legal de la firma PALACIO CONSULTORES S.A.S., en su calidad de apoderado judicial de COLPENSIONES

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 37** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante que se condene a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de pensión de vejez por actividad de alto riesgo de forma retroactiva desde el 11 de mayo de 2011, cuando cumplió 50 años o desde el 11 de mayo de 2015 cuando cumplió 54 años, junto a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación de las condenas y las costas del proceso.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EXPUSO EN SÍNTESIS LOS SIGUIENTES HECHOS:

- ✓ Que ha laborado en actividades de alto riesgo, como minero en socavón durante 21 años, 10 meses y 5 días, los cuales equivalen a 1.135 semanas a través de las empresas JUAN DE LA CRUZ MONTOYA AGUDELO, INDUSTRIAL HULLERA S.A., CONCREARENAS LTDA, CARBONES NECHI LTDA, CARBONES DEL CARIBE LTDA, SATOR SAS, SPARTA MINERA S.A.S
- ✓ Que además laboró en actividades que no son de alto riesgo durante 204 semanas y laboró un tiempo público sin cotización en la EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGIA EADE desde el 29 de septiembre de 1989 hasta el 24 de julio de 1991.
- ✓ Que sumando las semanas en alto riesgo y las semanas ordinarias ha cotizado un total de 1.339 semanas.
- ✓ Que nació el 11 de mayo 1961 y que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 58 años de edad.
- ✓ Que el 29 de enero de 2019 solicitó a Colpensiones la pensión de vejez y que tal solicitud le fue negada bajo el argumento de que no existía certeza de la prestación personal del servicio en socavones o en subterráneos; además no cumplía con las 1.300 semanas requeridas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, pues únicamente contaba con 1.263 semanas cotizadas.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtió Colpensiones el derecho pretendido oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó como ciertos los referentes al tiempo público no cotizado al ISS por parte de la Empresa Antioqueña de Energía, la edad del accionante y la negativa a la solicitud de pensión especial de vejez. De otro lado indicó que no es cierto el número de semanas en alto riesgo que se aducen como cotizadas, dado que el actor solo cotizó 406.99 semanas en alto riesgo. Respecto a los restantes hechos manifestó que no le constan por lo que deberán ser probados, aclarando que

aunque el demandante hubiera laborado para empresas con objeto social de actividades de alto riesgo, no significa que todos sus trabajadores realizaran tales actividades e inclusive resalto que se puede observar de la certificación laboral que obra a folio 26 del expediente expedida por SPARTA MINERALS, que las cotizaciones realizadas por dicha empresa a favor del actor no corresponden todas a cotizaciones de alto riesgo, indicando tácitamente que su desempeño laboral no correspondió exclusivamente a dichas actividades.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 30 de junio de 2021, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín **CONDENÓ** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al señor **LUÍS FERNANDO MENDOZA RAMOS**:

- La pensión especial de vejez por alto riesgo conforme el Decreto 2090 de 2003, a partir del retiro definitivo del sistema general de pensiones o de su última cotización, liquidada con el IBL del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con el promedio de toda la vida laboral o de los últimos 10 años, y la tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.
- La indexación de las sumas adeudadas.
- Y las costas del proceso, fijando las agencias en derecho en la suma de \$908.526.

Dentro del término de traslado, el apoderado de Colpensiones interpuso y sustento recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

Adujo que al accionante le era aplicable el Decreto 2090 de 2003, norma que exige para acceder a la pensión de vejez por actividad de alto riesgo 55 años de edad, además de haber cotizado el número mínimo de semanas exigido en el sistema general de pensiones conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 1993, de las cuales 700 debieron ser con cotización especial, estableciendo que la edad para el reconocimiento de la pensión se disminuirá en 1 año por cada 60 semanas de cotización especial adicionales a las mínimas requeridas en el sistema general de pensiones, sin que la edad pueda ser inferior a 50 años, toda vez que el actor no cumplía los requisitos para que se le aplicara por transición el Decreto 1281 de

1994, porque para el 1º de abril de 1994 tenía 32 años de edad y a la misma data tenía 316 semanas, aunque la CSJ en sentencia SL 1353 de 2019 refirió que al haber sido declarado que para ser beneficiario del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003 no era necesario acreditar los requisitos del párrafo sino únicamente tener las 500 semanas de cotización en actividad de alto riesgo a la entrada en vigencia de la norma, situación que tampoco se cumple en este caso, pues al 28 de julio de 2003, el demandante tenía 114.57 semanas con exposición a alto riesgo.

De otro indicó que conforme a los certificados laborales allegados que también reposan en el expediente administrativo, el demandante tuvo exposición a actividades de alto riesgo entre el 02/03/1992 y el 14/04/1994 con el empleador INDUSTRIAL HULLERA que equivalen a 110,57 semanas, las cuales tiene cotización especial y también laboró con SATOR S.A., siendo claro que existió una cadena de sustituciones patronales, entre el 28 de julio de 2003 al 8 de diciembre de 2014 y con SPARTA MINERAL SAS entre el 9 de diciembre de 2014 al 28 de julio de 2017, según se probó con los certificados laborales allegados y se corroboró con los testigos traídos al proceso quienes fueron compañeros de trabajo del demandante en las referidas empresas y verificaron la exposición del actor a actividades de alto riesgo en las mismas; sin embargo estos últimos empleadores no realizaron cotización especial durante todo el tiempo pues únicamente COLPENSIONES reconoce un total de **406,99** semanas con cotización especial, aunque en el expediente administrativo archivo 13 se encontró en las páginas 84 y siguientes, una relación muy detallada de las cotizaciones ya fueran con riesgo común o con alto riesgo y en esta se observó un número ligeramente superior de 420,66 semanas con cotización de alto riesgo.

Empero, señaló la a quo que la jurisprudencia ha considerado que la omisión del empleador en la cotización adicional no puede afectar el derecho pensional de quien desarrolló su labor en ese tipo de actividades, por tanto al haberse probado que el demandante desempeñó actividades de alto riesgo, debe tenerse en cuenta todo el tiempo así se haya realizado o no la cotización especial, el cual en el caso del actor equivale a **915.63** semanas laboradas en alto riesgo.

Por tanto concluyó que como el actor acreditaba 915.63 semanas en alto riesgo y que cotizó más de 1.300 semanas al sistema general de pensiones, además de contar con 55 años de edad los cuales alcanzó el 11 de mayo de 2016, era dable reconocer la pensión especial de vejez al actor; sin embargo, no podía desconocerse que el actor tanto solo alcanzó las 1.300 semanas el 1 de enero de 2020, por lo tanto concluyó que la negativa de Colpensiones para el año 2019, fue acertada pues para esta fecha el actor no tenía el mínimo de semanas requerido por lo que no era dable declarar que hubo inducción en error y por tanto al encontrarse el actor aun cotizando no había lugar a reconocer retroactivo alguno, sino que la a quo dispuso que la pensión se debía reconocer a partir de la fecha que se acredite el retiro del sistema.

Por consiguiente, estimó que tampoco era procedente el reconocimiento de los intereses moratorios, ya que para el momento en el cual el actor solicitó la pensión de vejez, esto el 29 de enero de 2019, no ostentaba el estatus pensional, pues no había cumplido con las 1300 semanas que mínimamente son exigidas para la obtención de la pensión especial de vejez en actividades de alto riesgo, por lo que la negativa de la entidad estuvo ajustada a derecho.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN PARTE ACTORA

Señaló que no está de acuerdo con la decisión de la a quo en cuanto a que el disfrute de la pensión solo podía ser a partir del retiro del sistema, pues era claro que el actor tenía derecho a la pensión desde el 1º de enero de 2020 y no puede perderse de vista que la demanda se presentó el 27 de febrero de 2020 y Colpensiones se opuso a las pretensiones, lo que llevó a que el proceso judicial continuara, aun sabiendo que el actor tenía derecho a su pensión desde la fecha ya señalada, pues la entidad tuvo la oportunidad de conciliar con el demandante y decidió mantener su posición negativa, lo que genera un perjuicio para el accionante, pues a pesar de que el despacho conceda su pensión la administradora el RPM sigue oponiéndose al mismo, por lo que debe reconocerse el retroactivo al menos desde la contestación de la demanda.

Agregó que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado frente a la negativa del retroactivo en las pensiones de alto riesgo, indicando que estas personas merecen un reconocimiento o una contraprestación por arriesgar su vida constantemente, por lo tanto, decirle al trabajador que para poder recibir su pensión debe desafilarse al sistema, sería ideal si la prestación se reconociera inmediatamente, sin embargo, esto no sucede pues es importante resaltar que esta no es la única instancia del proceso judicial, sino que también existe un superior jerárquico el cual tendrá un tiempo para resolver la apelación planteada y por tal motivo, no se le podría pedir al trabajador que se desvincule, ya que esto significaría que el mismo tendría que pasar necesidades.

2.3. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Manifestó que debía revocarse la sentencia en primera instancia, toda vez que para obtener la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo se deben acreditar 700 semanas de cotización en estas actividades, específicamente en el presente proceso en labores de minería que impliquen prestar servicios en socavones y subterráneos y en el caso de autos el accionante no acreditó los requisitos para esta pensión especial de vejez, toda vez que el número de semanas acreditadas en alto riesgo son inferiores, dado que si bien los empleadores en su momento

realizaron ciertas cotizaciones especiales y aunque fueran inferiores, fue una omisión del empleador que no tendría Colpensiones que asumirla y de hacerlo se pondría en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

De otro lado, agregó que debe tenerse en cuenta que que la simple certificación no acredita el desarrollo de actividades de alto riesgo y para ello es necesario que la ARL en la que se encontraba afiliado en su momento el demandante, certifique si sus actividades si eran de alto riesgo de acuerdo con el Decreto 2090 de 2003.

2.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Presentaron alegatos ambas partes.

En primer lugar **COLPENSIONES** reiteró que al demandante no le asiste derecho a la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, dado que este no acredita los requisitos establecidos en el Decreto 2090 de 2003, que exige 55 años de edad, el mínimo de semanas exigido en el sistema general de pensiones y 700 semanas de cotización en actividad de alto riesgo, pues según las pruebas allegadas tiene un total de 1.238 semanas, de las cuales solo 406.99 fueron cotizadas con tarifa de alto riesgo, además las certificaciones aportadas no dan cuenta del desempeño laboral permanente en actividades de alto riesgo, por lo que no hay certeza que las actividades desempeñadas al interior de las empresas fueran de alto riesgo para la Salud.

Por su parte el **demandante** solicitó se revocara la sentencia con respecto a la fecha de disfrute y que se pague el retroactivo con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1994 o subsidiariamente la indexación, ya que Colpensiones actuó indebidamente al obligar al accionante a continuar cotizando, a pesar de existir pruebas contundentes de su derecho pensional.

Agregó que es evidente que el legislador procuraba porque a esta clase de pensiones se le diera un tratamiento preferencial y por ende la oportunidad para el trabajador de pensionarse antes que los que ejercían actividades ordinarias, por lo que el demandante tenía derecho a su disfrute, desde que dio a entender con la presentación de la demanda su intención de desafiliarse del sistema, esto es desde el 27 de febrero de 2020. En efecto, la línea jurisprudencial que ha establecido la sala de casación laboral en varias sentencias, entre ellas las con radicado 44987 del 11 de mayo de 2016 y la 52907 del 11 de octubre de 2017 en las que se argumenta resumidamente que, si bien el reconocimiento a la pensión de vejez debe hacerse desde la desafiliación del sistema, las pensiones especiales por alto riesgo deben tener un tratamiento especial con respecto al disfrute, y es así

como argumenta que dichas pensiones deben ser reconocidas desde la fecha que se da a entender inequívocamente la intención de pensionarse, bien sea solicitando la prestación o presentando la demanda encaminada a esta.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Conforme al recurso de apelación consiste en determinar si el demandante cumple con los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo analizando la mora del empleador en algunos periodos o la falta de cotización especial incide en el reconocimiento de la misma. En caso positivo se estudiará cual es la norma aplicable y desde qué fecha se debe reconocer la prestación y si hay lugar a los intereses moratorios.

Así mismo, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre en sentencia 40.200 de 2015 con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas, la Sala analizará en grado jurisdiccional de **CONSULTA** los temas que no fueron objeto de impugnación por la Administradora Colombiana de Pensiones con el fin de salvaguardar los intereses del Estado como garante de la entidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, se tiene que en el caso de autos el señor LUÍS FERNANDO MENDOZA RAMOS pretende la pensión especial de vejez por haber laborado en actividad de alto riesgo, al servicio de las empresas JOSÉ DE LA CRUZ MONTOYA AGUDELO, INDUSTRIAL HULLERA, CONCREARENAS LTDA, CARBONES NECHI LTDA, CARBONES DEL CARIBEL, SATOR S.A.S., SPARTA MINERA S.A.S., alegando que en todas estas desempeñó su labor en la mina de extracción de carbón dentro del socavón.

Ahora bien, la norma vigente reguladora de la pensión especial de vejez por trabajos de minería que impliquen prestar el servicio dentro de socavones o en subterráneos, es el Decreto 2090 de 2003, el cual establece en artículo 2

“ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

- 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.*
- 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.*
- 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*
- 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.*

5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes”

Así, mismo en los artículos 3° y 4° del referido Decreto se establece que para acceder a la pensión especial de vejez por alto riesgo se debe haber efectuado 700 semanas de cotización especial continuas o discontinuas, contar con 55 años de edad y haber cotizado el número mínimo de semanas para el sistema general de pensiones que se refiere el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003. También advierte el artículo 4° del mencionado decreto, que la edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

Conforme la historia laboral del demandante visible a folios 28/39 del archivo 01 del expediente digital, se verifica que efectivamente, este laboró para dichas empresas en diferentes periodos comprendidos entre abril de 1989 hasta febrero de 2017, aunque no en todos estos periodos se realizó la cotización especial por alto riesgo, por lo que de dicha prueba no puede deducirse que la actividad realizada por el actor durante la vigencia de toda la relación laboral con las mencionados empresas haya sido de alto riesgo.

De otro lado, a folios 42 del expediente reposa certificación expedida por la empresa SPARTA S.A.S. en febrero de 2016 donde señala que efectivamente el señor LUIS FERNANDO MENDOZA labora para dicha compañía en el cargo de ayudante minero al interior de la mina, que durante su estadía en la empresa ha habido varias sustituciones patronales así:

NIT	RAZON SOCIAL	FECHA
890901007	Carbones Nechi	Enero 1999 a diciembre 2010
890110985	Carbones Caribe - Sator SAS	Enero 2011 al 08 de diciembre 2014
900585146	Sparta Minerals SAS	09 de diciembre 2014 a la fecha

Además reconoce que desde el ingreso y hasta septiembre de 2011 se cotizó el porcentaje adicional de 6% por alto riesgo y desde octubre de 2011 a la fecha se está cotizando el 16%.

Así mismo a folio 43 la empresa SATOR S.A.S. certifica que el señor MENDOZA RAMOS laboró en dicha compañía desde el 28 de julio de 2003 hasta el 8 de diciembre de 2014. Y la misma empresa en respuesta a derecho de petición a folio 44 informa que el demandante tenía como funciones como ayudante de minero, las correspondientes a un cargo de áreas operativas relacionadas con la actividad de alto riesgo, estando expuesto al riesgo categoría V.

En el mismo sentido a folio 49 se observa certificación expedida por el ex liquidador de INDUSTRIAL HULLERA donde se indica que el señor LUIS MENDONZA laboró en la empresa como PEÓN DE MINA entre el 02/03/1992 y el 14/04/1994 en alto riesgo.

Así mismo a folio 50/51 obra certificación de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS que da cuenta que las empresas SPARTA MINERALS SAS y CARBONES NECHI se encuentran afiliadas a dicha compañía en riesgos laborales con el riesgo 5.

De igual forma, se pudo constatar que el señor LUÍS FERNANDO MENDOZA RAMOS, efectivamente cuando laboró para INDUSTRIAL HULLERA entre 1992 y 1994 lo hizo dentro del socavón, pues tal como lo indica el certificado expedido por la entidad donde se dice que este se desempeñó como peón de mina, el testigo JOHN JAIRO MURIEL, quien laboró con el actor en la misma empresa, corroboró que la labor desempeñada por el actor en INDUSTRIAL HULLERA fue como malacatero y que era dentro del socavón. En el mismo sentido, el señor MURIEL MURIEL y el testigo NOE DE JESÚS QUINTERO ÁLVAREZ también verificaron lo informado por las certificaciones expedidas por SATOR SAS y SPARTA MINERAL, esto es, que el actor laboró en dichas empresas desde julio de 2003 y hasta el año 2017, las cuales tuvieron varias razones sociales tales como CARBONES NECHI, CARBONES CARIBE, SATOR, pues así lo indicaron los deponentes quienes laboraron con el actor en las aludidas empresas, el primero hasta el 2017 y el otro testigo hasta 2016, por lo que les forma directa que la labor desempeñada por el actor fue dentro del socavón, es decir, en actividad de alto riesgo.

De otro lado a folio 47 reposa certificación del señor JOSÉ DE LA CRUZ MONTOYA quien indicó que el señor LUIS FERNANDO MENSOSA laboró entre el 07/04/1989 y el 21/10/1989 en el cargo de Administrador en la MINA DE CARBÓN LA ILUSIÓN ubicada en Palomos del Municipio de Venecia. En dicho documento no se desprende que la labor ejercida por el actor haya sido dentro del socavón, pues solo se describe que era el administrador de la mina, labor que pudo ejercerse en superficie, información que tampoco pudo ser verificada por los testigos, pues a ninguno de los dos les constaba que labor desempeñó el actor al servicio del referido empleador.

En el mismo sentido, si bien en la demanda, también se aduce que el actor laboró con CONCREARENAS LTDA en actividad de alto riesgo, lo cierto es que el señor LUIS FERNANDO MENDOZA en su interrogatorio confesó que la labor que ejerció en dicha empresa fue como administrador de la arenera y que la misma no fue en minería de socavón.

De lo anterior, se concluye que la labor ejercida por el señor LUIS FERNANDO MENDOZA durante el tiempo laborado con las empresas INDUSTRIAL HULLERA, CARBONES NECHI, CARBONES DEL CARIBE, C.I. CARBONES DEL CARIBE, SATOR SAS Y SPARTA MINERAL SAS, fue en actividades de alto riesgo, pues su labor siempre se desarrolló en socavones en minas de explotación de carbón, lo que implica exposición a los riesgos para la salud propios del trabajo subterráneo, ya que para probar la exposición por parte del trabajador a factores de alto riesgo que lo hacen beneficiario de la pensión especial, no existe una tarifa legal, sino que puede demostrarse por cualquier medio probatorio, tal y como lo ha indicado la Corte Suprema en múltiples pronunciamientos como en la sentencia con radicado 31745 del 20 de noviembre 2007, reiterada recientemente en la 66640 del 4 de diciembre de 2018.

Ahora, en cuanto a las semanas cotizadas, se tiene que según historia laboral visible a folios 28/39, el señor LUÍS FERNANDO MENDOZA RAMOS cotizó en toda su vida laboral **1.302.57** semanas, de las cuales **813.42** lo fueron con los empleadores INDUSTRIAL HULLERA, CARBONES NECHI, CARBONES DEL CARIBE, C.I. CARBONES DEL CARIBE, SATOR SAS Y SPARTA MINERAL SAS, en actividades de alto riesgo.

Aclarando que si bien no en todos los períodos se efectuó la cotización especial, esta era una obligación que recaía en cabeza del empleador y no puede ser el afiliado quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tal como las sentencias 38948 de 29 de mayo de 2012 y 47244 de 2016, ha precisado que si está demostrado en el proceso que la actividad cumplida por el trabajador corresponde a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, no puede ser el afiliado quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe reconocer la pensión especial de vejez.

Por tanto, para la Sala está plenamente acreditado que el señor LUÍS FERNANDO MENDOZA RAMOS, demostró que laboró un número muy superior a superior a las 700 semanas en actividad de alto riesgo exigidas por el Decreto 2090 de 2003 para poder acceder a la pensión especial de vejez, y dado que acreditó 55 años de edad el 11 de mayo de 2016 y también cuenta con 1.302 semanas cotizadas, es decir, que cumple con el mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003, cumple con los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez como de forma acertada lo analizó la a quo.

De otro lado, respecto a la procedencia del retroactivo pensional, debe indicarse que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, aplicable por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, son dos los momentos que deben diferenciarse: la causación y el disfrute de la pensión. La primera se da cuando se reúnen los requisitos de edad y número de semanas para acceder a la pensión y el disfrute cuando una vez cumplidos tales requisitos se solicita a la entidad administradora de pensiones el reconocimiento de la misma y se ha dado el retiro expreso o desafiliación tácita del sistema general de pensiones, pues para la liquidación de la pensión se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada pues mal se podría reconocer un retroactivo sobre unas semanas que efectivamente sirvieron de base para el cálculo de la prestación.

Bajo este panorama, inicialmente tendríamos que la última cotización al sistema sería la determinante para establecer la fecha de disfrute. En el caso de autos, si bien la parte actora alega que existió una inducción en error, tesis según la cual nuestro órgano de cierre ha reconocido el derecho a disfrutar de la pensión desde el momento en que se causa la misma pese a que con posterioridad el afiliado haya continuado realizando aportes al régimen pensional, pero únicamente cuando se demuestra que dichas cotizaciones lo fueron por la errada información suministrada por parte de la entidad administradora. Sin embargo en el caso de autos, según se observa en la Resolución SUB 107382 del 3 de mayo de 2019, a folio 14, cuando el demandante solicitó la pensión el 29 de enero de 2019, este aún no cumplía con los requisitos para acceder a la prestación, pues para tal data aún no tenía las 1300 semanas, las cuales solo completó en enero de 2020, por tanto la negativa de la entidad no fue injustificada, y por ende no puede predicarse que las semanas cotizadas con posterioridad hayan sido por la errada información que suministró la entidad al actor.

Ahora, alega el apoderado del demandante que para el 27 de febrero de 2020 cuando se radicó la demanda el actor ya tenía los requisitos para la pensión y que entonces la prestación debe reconocerse desde esa fecha, pero lo cierto, es que el demandante en su interrogatorio confesó que aún continuaba cotizando al sistema, por lo que al no haberse desafiliado, no puede reconocérsele el retroactivo, ya que este pudo presentar el retiro del sistema cuando cumplió los requisitos, aún con la continuidad del vínculo laboral, pues esta es una posibilidad que trae el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 y es la de dejar de cotizar por cumplimiento de requisitos con el reporte de la respectiva novedad al sistema de pensiones incluso permaneciendo afiliado a salud y riesgos profesionales mientras se da el trámite, así que no puede indicarse que el hecho de que el actor haya continuado cotizando se deba en este caso en concreto a un actuar negligente o descuidado de Colpensiones y por tanto no puede aplicarse ningún tipo de consecuencia adversa.

Por tanto al no cumplirse con la desafiliación o por lo menos no existir constancia de la misma dentro del plenario, se deberá confirmar la decisión de la a quo de reconocer la prestación a partir de la

fecha en que se acredite el retiro del sistema y consecuentemente por las mismas razones tampoco hay lugar a imponer intereses, pues como se analizó la negativa de COLPENSIONES estuvo ajustada a derecho.

En consecuencia la sentencia de primera instancia será CONFIRMADA en su integridad.

Sin costas en esta instancia.

4 DECISIÓN DEL TRIBUNAL

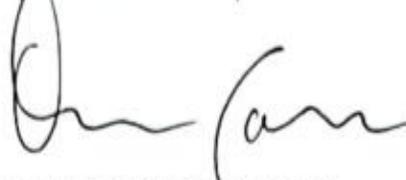
Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECIDE**

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor **LUIS FERNANDO MENDOZA RAMOS**, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. **16.655.449**, contra **COLPENSIONES**, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Demandante: **LUIS FERNANDO MENDOZA RAMOS**
Demandado: **COLPENSIONES**
Radicado No.: **05001-31-05-013-2020-00111-01**
Decisión: **CONFIRMA SENTENCIA**
Fecha de la sentencia: **03/11/2023**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy **07/11/2023** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario