

Radicación Nro. : 66001-31-05-001-2009-0545-01  
 Proceso : ORDINARIO LABORAL  
 Demandante : AMPARO FRANCO VELEZ  
 Demandado : INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES  
 Juzgado de Origen : Primero Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda)  
 Providencia : SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA  
 Tema : **DISFRUTE PENSIÓN DE VEJEZ.** El derecho a disfrutar la pensión de vejez, nace desde cuando el afiliado se retira definitivamente del sistema pensional, requisito sin el cual la persona puede entrar a disfrutar de la pensión de vejez, retiro que, puede obrar de manera expresa, tácita o automática. Cuando el retiro se realiza de manera automática no es procedente alegar el derecho al pago del retroactivo.

## REPUBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. 038 del 29 de abril de 2010**

#### AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

En Pereira (Risaralda), a los veintinueve (29) días del mes de abril del año dos mil diez (2010), siendo las dos y cuarenta y cinco minutos de la tarde (02:45 p.m.), fecha y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente diligencia, se reunieron los señores Magistrados que integran la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, Dres. **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN** -*quien actúa como ponente*- **ALBERTO RESTREPO ALZATE** y **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**. En asocio de la Secretaria Edna Patricia Duque Isaza, se declaro abierto el acto y la Sala se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento, en el presente proceso Ordinario Laboral instaurado por la señora **AMPARO FRANCO VELEZ** en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

En sesión previa que se hizo constar en la mencionada acta, la Sala discutió y aprobó el proyecto que presentó la Magistrada Ponente, el cual alude a la siguiente:

**S E N T E N C I A:**

Pasa la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia emitida el 6 de Noviembre de 2009 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), dentro del proceso Ordinario Laboral reseñado en la referencia.

## **I. LA DEMANDA**

### **1. Pretensiones:**

Que se declare que a la señora Franco Vélez, le asiste el derecho a que se le reconozca y paguen las mesadas dejadas de pagar –retroactivo- con los intereses moratorios adeudados entre la fecha de reconocimiento de la pensión y hasta cuando se realizó el pago efectivo de la obligación, con la correspondiente imputación de pagos y se le condene en costas.

### **2. Hechos Relevantes:**

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Que mediante petición del 3 de enero de 2005, solicitó a su empleador Suzuki Motor de Colombia suspender los descuentos por el pago de aportes a la seguridad social en pensiones, y aunque lo hizo, omitió reportar el retiro del sistema ante el Instituto de Seguros Sociales.

Que la demandante en el año 2006 alcanzó los requisitos de edad y semanas cotizadas para adquirir el derecho a la pensión de vejez, siéndole reconocida esta por parte de la demandada a partir del 01 de abril de 2005 (Fol. 14).

Que el reporte de desafiliación a partir del 1º de enero de 2005 era necesario para que el Instituto de Seguros Sociales procediera al reconocimiento del retroactivo desde el cumplimiento de los requisitos.

Que mediante derecho de petición recibido el 6 de agosto de 2008, solicitó ante el Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago del retroactivo

correspondiente a las mesadas de enero a marzo de 2005, al igual que los intereses moratorios correspondientes.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Dentro del término legal otorgado para tal efecto, el Instituto de Seguros Sociales presentó escrito en el que manifiesta no constarle la petición de retiro efectuada ante el empleador, admite como cierto que la novedad del retiro no fue reportada por éste y niega que el actor hubiera laborado hasta el mes de enero de 2005 y que sus aportes hubieran cesado a partir de dicho mes, porque solo hasta el mes de mayo del mismo año se mantuvo la relación laboral y el retiro del sistema se produjo el 3 de junio de 2005. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y excepcionó "PRESCRIPCIÓN", "INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS", "COBRO DE LO NO DEBIDO" e "IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES DE MORA".

## **III. LA SENTENCIA CONSULTADA**

Clausurado el debate probatorio, la juez de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de la sentencia objeto de análisis en la que resuelve negar todas las pretensiones de la demanda presentada por la señora **AMPARO FRANCO VÉLEZ** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y condenó a la parte actora al pago de costas a favor de la entidad demandada.

Para arribar a la anterior determinación expresó que si bien la actora había dejado de cotizar desde el **22 de mayo de 2005**, conforme a la certificación allegada por su empleador (Fol. 44), la resolución a través de la cual le fue concedida la prestación, la misma se había concedido a partir del 1º de abril de 2005, lo cual había sido más favorable de lo que realmente debió concedérsele, pues conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990, la pensión solo puede empezar a disfrutarse una vez cumplidos todos los requisitos para acceder a ella; y a partir del día siguiente a la fecha en que se acredite el retiro del servicio o la fecha de desafiliación del régimen de seguridad social.

#### **IV. DE LA PROCEDENCIA DE LA CONSULTA**

La Consulta es un segundo grado de competencia funcional, destinada a que el superior revise oficiosamente las sentencias proferidas por el a quo, cuando las pretensiones resultan adversas al trabajador y no se interpone recurso de apelación.

Por lo anterior, en virtud de lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., es forzosa la consulta de la sentencia que resultó desfavorable totalmente a las pretensiones del demandante, a fin de proteger en forma inmediata los derechos irrenunciables del trabajador y hacer efectivo el acatamiento de las normas laborales, dada su connotación de orden público.

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **1. Presupuestos Procesales:**

Sirve la revisión del informativo para determinar que los requisitos esenciales para su formación y desarrollo normal (Competencia para conocer el asunto, demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer a juicio), se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite ser decidido con sentencia de mérito. Por otra parte, tampoco se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado.

##### **2. Problema jurídico por resolver:**

El asunto bajo estudio plantea a la Sala los siguientes problemas jurídicos:

- a. ¿A partir de qué momento debió reconocer el Instituto de Seguros Sociales la pensión de vejez al demandante?.

##### **3. Caso en concreto.**

Para entrar a dilucidar el punto de controversia, primero hay que tener en cuenta que la prestación fue concedida a la demandante a partir del 1º de abril de 2005, y que dicho reconocimiento se hizo con fundamento en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable para todos los efectos

pensionales, el artículo Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad [Fol. 14].

El eje de la litis, gira en torno a establecer si la actora le asiste o no el derecho al pago del retroactivo pensional, desde el 1º de enero de 2005 y hasta la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la prestación -1º de abril de 2005-, para ello, es indispensable establecer en qué momento la demandante cumplió con el requisito de haberse retirado del sistema de pensiones, como aspecto relevante para entrar a disfrutar de la prestación reconocida.

Sin necesidad de más elucubraciones, bástenos remitirnos a los argumentos esbozados por esta Sala sobre el particular:<sup>[1]</sup>

*"(...) Sobre tal aspecto, la Ley 100 de 1993 en ninguno de sus apartes establece con claridad desde qué momento el pensionado empieza a disfrutar de su pensión o qué presupuestos se deben dar para ello. La norma más cercana al tema del retiro es el canon 17, que en su tenor literal expresa:*

*"ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.*

***La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.***

*Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes" –Destacado de la Sala-*

*Sin embargo, estima esta Sala que de dicha norma no es posible derivar las condiciones necesarias para el disfrute de la pensión, pues la misma se encarga de regular el tema de las cotizaciones, su obligatoriedad, cuando cesa esa obligación y demás temas relacionados con **las aportaciones**, más no regula el tema del pago de las mesadas.*

*Lo anterior entonces, de conformidad con el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, lleva a que se deba acudir a la norma del sistema pensional anterior, que sí se encarga de establecer, en forma expresa, qué presupuestos deben reunirse para que la persona pueda disfrutar de su pensión. Y dicha norma no es otra que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que reza:*

---

<sup>1</sup> Tribunal Superior de Pereira, Sala Laboral, Sentencia del 25 de febrero de 2010. Acta Número. 017. Proceso Ordinario adelantado por Adalgiza Osorio Rincón contra el Instituto de Seguros Sociales, M.P. Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares.

*"ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, **pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma.** Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo" –Negrillas para destacar–.*

*Establece esta norma la perentoriedad del retiro del sistema pensional, como presupuesto sine qua non para que la persona pueda entrar a disfrutar de la pensión de vejez, retiro que, según la interpretación que le ha dado esta Sala, puede obrar de tres maneras: (i) expreso; (ii) tácito y (iii) automático.*

*La primera de las formas, se presenta cuando el encargado de liquidar y pagar el aporte -el empleador o el mismo afiliado (en el caso de los trabajadores independientes)-, informan al fondo de pensiones el retiro del sistema pensional. La segunda forma, consiste, esencialmente, en que la persona cesa en sus cotizaciones y además solicita su pensión, caso en el cual **ha de entenderse** que se ha retirado definitivamente del sistema para entrar a reclamar la prestación que le corresponde, operando entonces la separación del sistema desde la data de la última cotización, siempre que la solicitud se hubiere presentado en época cercana a ésta. La final forma de que obre el retiro, la automática, se presenta cuando el afiliado que solicita su pensión, continúa cotizando hasta el momento en que es incorporado en la nómina de pensionados, momento para el cual obrará, en forma automática, la desafiliación del sistema.*

*Los efectos pecuniarios del retiro del sistema, en el caso de la última de sus formas explicadas anteriormente, no acarrearán ningún inconveniente, pues es claro que allí no se presenta ningún retroactivo pensional. Sin embargo, el panorama puede cambiar radicalmente, cuando el retiro opera en forma expresa o tácita, casos en los cuales se genera para el pensionado, el derecho a percibir un retroactivo.*

*En estos casos, es necesario determinarse desde cuando nace el derecho a percibir el retroactivo, punto que en el caso del retiro expreso sería de sencilla resolución, pues bastaría con verificar en qué fecha manifestó el afiliado o su empleador el retiro del sistema de pensiones y si, para esa calenda, ya acreditaba la totalidad de los presupuestos legales para acceder a la pensión. En el retiro tácito la solución de esta incógnita pasará por verificar varias situaciones a saber: (i) que haya dejado de cotizar al sistema pensional, (ii) que haya elevado solicitud de reconocimiento de la pensión y (iii) que para la fecha de la solicitud ya se hubieren cumplido todos los presupuestos para acceder a la pensión. Reunidos estos presupuestos se entenderá que el asegurado se retiró del sistema de pensiones en la fecha en que hizo la solicitud o en que efectuó la última cotización según el caso, surgiendo así el derecho al retroactivo pensional respectivo.*

*Así las cosas, a manera de conclusión, puede decirse que el pago del retroactivo se genera cuando se ha presentado un retiro al sistema de pensiones, de manera previa al reconocimiento de la prestación pensional, sea que se informe de manera expresa o el mismo pueda inferirse de la cesación de las cotizaciones y de la solicitud de reconocimiento de la prestación pensional.*

*Vale acotar además, que del contenido del canon 13 del Acuerdo 049 de 1990, el retiro que debe verificarse es el último, esto es, el definitivo retiro del sistema pensional, sin que sea válido manifestar que en vinculaciones anteriores no se manifestó el retiro.*

*Además, estima esta Sala necesario indicar que, el retiro que exige la mencionada regla legal no es otro que el del sistema de seguridad social en pensiones, no de la totalidad del sistema de seguridad social –salud y riesgos profesionales-, por ello, no se afecta el cese de la obligación de cotizar en pensiones con el hecho de que se sigan efectuando cotizaciones al sistema de salud y riesgos profesionales, máxime cuando el canon 17 de la Ley 100 de 1993, autoriza a la persona que cumple los presupuestos para acceder a la pensión a cesar en sus cotizaciones al régimen pensional, siendo ello totalmente independiente de la afiliación a los demás regímenes del sistema de seguridad social”.*

Al analizar el consolidado de la historia laboral del actor allegada al plenario [Fol. 35 y Sgts), se observa que el demandante estuvo cotizando al sistema pensional en calidad de afiliado dependiente –*Suzuki motor de Colombia S.A*- hasta el **22 de mayo de 2005** [Fol. 38], siendo su último aporte hasta el ciclo “05-2005”, observándose el registro de la respectiva novedad de retiro, el cual es coherente con la certificación vista a folio 44 del expediente.

Conjugando lo anterior, es fácil concluir que el retiro del sistema pensional en el caso de marras, tuvo lugar el 30 de marzo de 2005, pues de la resolución por la cual fue concedida la prestación al actor, se extrae que la petición de reconocimiento fue presentada el **30 de diciembre del 2004** –fl. 34- y tanto en la historia laboral como en la certificación expedida por su empleador –Fol. 44- conllevan a determinar que el actor continuó cotizando y laborando como trabajador dependiente, tanto que su empleador solo procedió a “*reportar el retiro del sistema una vez recibida la resolución de pensión*” –Fol. 44- (sic); lo cual de entrada hace improcedente acceder a las pretensiones del actor, porque precisamente al ser una de las finalidades de la pensión reemplazar el salario, para entrar a disfrutar de la prestación era fundamental su retiro del sistema de manera automática, situación ésta que no genera el derecho al retroactivo reclamado.

Conforme a lo dicho, procederá esta Colegiatura a confirmar la decisión adoptada por el Juez *a-quo*, pero por las razones expuestas en el presente proveído.

Sin costas en esta sede.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA), SALA LABORAL**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**VI. RESUELVE:**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2009, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por la señora **AMPARO FRANCO VELEZ** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, pero por razones diferentes.

Sin costas en esta sede.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFICACIÓN EN ESTRADOS:** La suscrita Secretaria deja expresa constancia de que la anterior providencia se notificó en estrados a las partes, tal como lo ordena la ley.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma por las personas que en la misma intervinieron.

Los Magistrados,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ALBERTO RESTREPO ALZATE**

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA**  
Secretaria