**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-001-2014-00619-02

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: José Arístides Betancur Cárdenas

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

**Magistrada Ponente:** Olga Lucía Hoyos Sepúlveda.

**Tema a tratar:**

**DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ – RETROACTIVO:**

Como síntesis de lo expuesto, se tiene que el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que el afiliado pueda empezar a disfrutar de la prestación, que la novedad de retiro le compete reportarla al empleador y que por regla general la desafiliación del sistema debe provenir directamente del empleado, no obstante, la jurisprudencia laboral ha consentido que excepcionalmente ante la falta de manifestación de esa voluntad por el afilado, ésta puede inferirse de las circunstancias que rodean cada caso en particular.

(…)

Ahora bien, dado que la última cotización al sistema pensional fue efectuada por el actor para el ciclo de diciembre de 2011 -fl. 89-, podría pensarse que no es posible atender sus peticiones por cuanto no se cumple con el requisito de desafiliación al sistema para la fecha en que considera debió concederse el disfrute de su pensión –marzo de 2008-; no obstante, considera la Sala que las cotizaciones que fueron efectuadas por este con posterioridad a la fecha de solicitud de reconocimiento de la pensión tienen su razón de ser en la reiterada negativa que al respecto asumió la entidad administradora de pensiones, determinación que solo transformó por la orden emitida por la Corte Constitucional en la providencia antes referida y, consecuente con ello, profirió la Resolución N° 6993 de 2011 que fuera notificada al actor el 28 de diciembre de 2011 –fl. 51 vto.-, siendo este precisamente el último ciclo cancelado por el señor Betancur Cárdenas como se indicó.

Así las cosas, esas cotizaciones adicionales fueron canceladas por el afiliado debido al error al que fue inducido por el Instituto de Seguros Sociales, mismos que no resulta posible contabilizar porque no generan un beneficio para el actor, tal y como se ha sostenido en múltiples ocasiones por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 34514 de 2009, 39391 de 22 de febrero de 2011, 38558 del 6 de julio de 2011, 37798 de 15 de mayo de 2012 y, más recientemente en la 47236 de 06 de abril del año en curso.

En este orden de ideas, como se acreditó que para el día 1° de febrero de 2006 el señor Betancur Cárdenas cumplía con los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo 049/90 y solicitó el reconocimiento pensional el 06 de marzo de ese mismo año, esto es, con una diferencia de un poco más de un mes, son circunstancias que conducen razonablemente a deducir que desde ese día se produjo su desafiliación del sistema, y por ende desde el día siguiente era posible el disfrute de la pensión, es decir, desde el 9 de marzo de 2008, como fue solicitado en la demanda y acogidos por la a-quo*.*

Lo anterior teniendo en cuenta que entre dichas actuaciones no transcurrió un término amplio, sino todo lo contrario, cercano o prudencial, de lo cual podía concluirse que su voluntad inequívoca era la de retirarse del sistema, intelección que excepcionalmente es la que debe aplicarse cuando no se efectúa una desafiliación expresa por parte del trabajador, conforme se expresó en precedencia.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los catorce (14) días del mes de junio de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **José Arístides Betancur Cárdenas** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y que se encuentra radicado bajo el N° 66001-31-05-001-2014-00619-02.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderado:

**Traslado a las partes**

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

**ANTECEDENTES**

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

El señor José Arístides Betancur Cárdenas solicita que se declare que tiene derecho al retroactivo pensional causado entre marzo de 2008 y diciembre de 2010, equivalente a la suma de $19´509.350, junto con la indexación correspondiente.

Fundamenta sus aspiraciones en que solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, misma que le fue negada a través de la Resolución N° 004673 de 2008, por lo que interpuso los recursos de ley, los que fueron resueltos mediante Resolución N° 9821 de 2008 confirmando la decisión inicial.

Que ante esa situación presentó acción de tutela, la que fue negada por improcedente, confirmada en segunda instancia, pero al ser revisada por la H. Corte Constitucional se ordenó dejar sin efecto la Resolución N° 9821 de 2008 y expedir una nueva concediendo la pensión de vejez.

Como consecuencia de lo anterior, el ISS –hoy COLPENSIONES- emitió la Resolución N° 6993 de 2011 a través de la cual reconoce la pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2011 y no desde el 6 de marzo de 2008, fecha en la cual ya reunía los requisitos de edad y tiempo de servicios, por lo que es evidente que no se le reconoció el retroactivo generado por los meses de marzo de 2008 a diciembre de 2010.

Finalmente manifiesta que frente al anterior acto administrativo también presentó los recursos correspondientes, sin que a la fecha de presentación de la demanda le hayan sido resueltos.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso atodas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa señaló que el derecho pensional solo se empieza a cancelar una vez acreditado el retiro del servicio o la desafiliación del régimen de seguridad social, evento que en el presente asunto no aparece reportado, por lo que el derecho solo puede disfrutarse a partir del corte de nómina y no se reconoce retroactivo pensional ; interpuso como excepciones de fondo las que rotuló como “Estricto cumplimiento los mandatos legales”, “Inexistencia de la obligación” y “Prescripción”.

1. **Síntesis de la sentencia consultada**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, declaró no probadas las excepciones propuestas y, consecuente con ello, declaró que el actor tenía derecho al reconocimiento de la gracia pensional a partir del 6 de marzo de 2008, por lo que dispuso el pago del retroactivo pensional por el periodo comprendido entre esa fecha y el 31 de diciembre de 2010 a razón de $20´087.645 y la indexación por la suma de $5´335.900.

**3. Del grado jurisdiccional de consulta**

La anterior decisión no fue recurrida pero teniendo en cuenta que la misma fue adversa a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, se ordenó el grado jurisdiccional de consulta.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico.**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

* 1. ¿Desde cuándo debe reconocerse la pensión de vejez al señor José Arístides Betancur Cárdenas?

1.2. ¿Al señor Betancur Cárdenas le asiste el derecho a obtener el reconocimiento y pago del retroactivo pensional pretendido?

1. **Solución a los interrogantes planteados**

No existe discusión en torno a que al actor se le reconoció su derecho pensional de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 a partir del 1° de enero de 2011, por haber acreditado los requisitos previstos en el artículo 12 de ese cuerpo normativo, tal y como se extracta del contenido de la Resolución N° 6993 de 1° de noviembre de 2011 *–fl. 46 y s.s. del cuaderno de primer grado*- .

Lo que sí constituye materia de debate es la fecha a partir de la cual debía concederse el disfrute de la misma, toda vez que la entidad demandada determinó que ante la omisión del reporte de la novedad de retiro solo podía reconocerla a partir del 1° de enero de 2011 de conformidad con lo dispuesto por los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, mientras que la parte actora insiste en que debe ser el mes de marzo de 2008, fecha para la cual cumplía con los requisitos de edad y tiempo de servicios.

* 1. **De la fecha en que debe ser reconocida la pensión de vejez**
     1. **Fundamento Jurídico**

De conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990, la pensión de vejez se causa a partir del momento en el cual confluyen en el beneficiario la totalidad de los requisitos, esto es, la edad y el número de cotizaciones o tiempo de servicios y, se disfruta a partir de la fecha en la que se acredita la desafiliación del sistema, respectivamente.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, en sentencia del 6 de abril de 2016, radicado 44362, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha expuesto lo siguiente:

“Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el *ad quem* y que denominó *«teoría de la desafiliación tácita del sistema»*, cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido”.

El anterior enfoque ya había sido acogido por esta Corporación en decisión proferida por el Despacho del magistrado Julio César Salazar Muñoz, radicado bajo el N° 2013-00541 proferida el 14 de octubre de 2015.

Como síntesis de lo expuesto, se tiene que el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que el afiliado pueda empezar a disfrutar de la prestación, que la novedad de retiro le compete reportarla al empleador y que por regla general la desafiliación del sistema debe provenir directamente del empleado, no obstante, la jurisprudencia laboral ha consentido que excepcionalmente ante la falta de manifestación de esa voluntad por el afilado, ésta puede inferirse de las circunstancias que rodean cada caso en particular.

* 1. **Fundamento fáctico**

De conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 54 del expediente, se tiene que el señor José Arístides Betancur Cárdenas nació el 1° de febrero de 1946, por lo tanto, arribó a los 60 años de edad en la misma fecha de 2006.

De otro lado, conforme al contenido de la historia laboral válida para el reconocimiento de prestaciones, visible a folio 86 del cd. 1, se advierte que para esa calenda tan solo contaba con 785,01 semanas cotizadas, de las cuales 428.58 lo fueron dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse, de lo cual podría colegirse, en principio, que para esa fecha no cumplía requisitos para pensionarse y, por lo tanto, sólo tendría derecho a la subvención una vez completara en su historia laboral el equivalente a las 1000 semanas de cotización.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el reconocimiento pensional efectuado por el otrora Instituto de Seguros Sociales a través de la Resolución N° 6993 de 2011 –fl. 46- se fundó en la decisión emitida por la H. Corte Constitucional en providencia T-761-2010 en la cual se ordena computar como cotizados los ciclos correspondientes al periodo comprendido entre 1980 y 1994, en atención a que esa entidad se allanó a la mora por haber omitido ejercer las acciones de recobro pertinentes, con lo cual se arriba a las 1693,14 semanas cotizadas; es procedente afirmar que también, para el 1° de febrero de 2006, el actor satisfacía con creces el requisito de semanas cotizadas o tiempo de servicios.

Por su parte, respecto de la fecha en que la parte actora radicó la solicitud de reconocimiento pensional, según el contenido de la Resolución N° 004673 de 2008 –fl. 9-, dicho acto se llevó a cabo el 6 de marzo de 2008.

Ahora bien, dado que la última cotización al sistema pensional fue efectuada por el actor para el ciclo de diciembre de 2011 -fl. 89-, podría pensarse que no es posible atender sus peticiones por cuanto no se cumple con el requisito de desafiliación al sistema para la fecha en que considera debió concederse el disfrute de su pensión –marzo de 2008-; no obstante, considera la Sala que las cotizaciones que fueron efectuadas por este, con posterioridad a la fecha de solicitud de reconocimiento de la pensión, tienen su razón de ser en la reiterada negativa que al respecto asumió la entidad administradora de pensiones, determinación que solo transformó por la orden emitida por la Corte Constitucional en la providencia antes referida y, consecuente con ello, profirió la Resolución N° 6993 de 2011 que fuera notificada al actor el 28 de diciembre de 2011 –fl. 51 vto.-, siendo este precisamente el último ciclo cancelado por el señor Betancur Cárdenas como se indicó.

Así las cosas, esas cotizaciones adicionales fueron pagadas por el afiliado debido al error al que fue inducido por el Instituto de Seguros Sociales, mismos que no resulta posible contabilizar porque no generan un beneficio para el actor, tal y como se ha sostenido en múltiples ocasiones por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 34514 de 2009, 39391 de 22 de febrero de 2011, 38558 del 6 de julio de 2011, 37798 de 15 de mayo de 2012 y, más recientemente en la 47236 de 06 de abril del año en curso.

**CONCLUSIÓN**

En este orden de ideas, como se acreditó que para el día 1° de febrero de 2006 el señor Betancur Cárdenas cumplía con los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo 049/90 y solicitó el reconocimiento pensional el 06 de marzo de ese mismo año, esto es, con una diferencia de un poco más de un mes, son circunstancias que conducen razonablemente a deducir que desde ese día se produjo su desafiliación del sistema, y por ende, desde el día siguiente era posible el disfrute de la pensión, es decir, desde el 9 de marzo de 2008, como fue solicitado en la demanda y acogidos por la a-quo*.*

Lo anterior teniendo en cuenta que entre dichas actuaciones no transcurrió un término amplio, sino todo lo contrario, cercano o prudencial, de lo cual podía concluirse que su voluntad inequívoca era la de retirarse del sistema, intelección que excepcionalmente es la que debe aplicarse cuando no se efectúa una desafiliación expresa por parte del trabajador, conforme se expuso en precedencia.

Ahora bien, respecto a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, la misma no está llamada a prosperar, como quiera que entre la fecha de notificación de la Resolución N° 6993 de 2011 que le reconoció la pensión, que lo fue el 28 de diciembre de 2011 –fl. 51 vto.- y el 11 de agosto de 2014, fecha de presentación de la demanda, conforme al acta individual de reparto –fl. 55- es evidente que no transcurrieron más de 3 años para que operara el fenómeno prescriptivo.

Así las cosas, se observa que la sentencia revisada tendrá que ser confirmada en su totalidad

Costas en esta instancia no se causaron tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **JOSÉ ARISTIDES BETANCUR CÁRDENAS** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia por haber conocido del asunto en sede de consulta.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

(Con ausencia justificada)

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario