Providencia: **Sentencia de Segunda Instancia, 6 de septiembre de 2018.**

Radicación No: 66001-31-05-001-2017-00260-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Werner Gerardo Freitag Martínez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: **Francisco Javier Tamayo Tabares**

Temas: **PENSIÓN DE VEJEZ / FECHA DEL DISFRUTE / INDUCCIÓN AL ERROR / FONDO DE PENSIONES DEBE ASUMIR EL ERROR / APORTES POSTERIORES NO SE TIENEN EN CUENTA, SALVO QUE AUMENTEN EL VALOR DE LA MESADA.**

… el disfrute pensional, distinto al de su causación, se genera una vez se haya producido la desafiliación del sistema general de pensiones, a través del retiro (arts. 13 y 35 acdo. 049/90), o que es lo mismo la información que el empleador dirige a la entidad de seguridad social, de que el afiliado ha cesado en sus cotizaciones por cuenta de ese empleador; retiro del sistema que si no se hace de esa manera, la jurisprudencia, lo ha deducido de otros hechos inequívocos tendientes a producir ese mismo resultado, como es la cesación de aportes, muchas veces acompañada con la solicitud pensional. No obstante, como aquí lo que se ofrece es una inducción en error, que impidió al afiliado que cesaran sus aportes, en orden a empezar a devengar el retroactivo pensional, la penalidad que recibe el sistema pensional, es la anticipación de esta última circunstancia, la que entonces se retrotraería al momento en que hizo la solicitud pensional y que le fuera negada, pese a ostentar todos los requisitos exigidos por la Ley.

De allí, entonces, que los aportes realizados con posterioridad a tal calenda no se tomarán en cuenta, a menos que contribuyan a una liquidación más alta de su primera mesada pensional.

En esta última hipótesis, la de la inducción al error, implica que la entidad de seguridad social al entrar a decidir una solicitud de reconocimiento pensional, desconoce de manera flagrante que el afiliado, a ese momento, cuenta con los requisitos necesarios para alcanzar la gracia pensional o bien, a pesar de no cumplirlos, le informa de manera errada la necesidad de satisfacer unos mayores, que implican una mayor cotización de la que en realidad se requiere para completar los presupuestos, caso este en el cual, la inducción al error va a implicar una tardanza en recibir la prestación pensional, carga que sin duda no puede llevar la parte afiliada, máxime cuando las entidades administradoras del sistema de pensiones cuentan con unas obligaciones especiales, dada la naturaleza de su gestión y la trascendencia de los derechos en juego, por lo que la información que se brinda al usuario debe ser clara, real y actualizada, para que así este tenga certeza de que tan cerca o lejos está de consolidar su derecho pensional.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

En Pereira, a los seis (6) días del mes de septiembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (9:45 a.m.), reunidos en la Sala de audiencias las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, se declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Werner Gerardo Freitag Martínez***contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.***

1. ***INTRODUCCIÓN***

Pretende el accionante que se declare que es beneficiario del régimen de transición pensional, y en consecuencia, se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar la mesada pensional vitalicia junto con su retroactivo desde el 18 de octubre de 2006, fecha en la que cumplió los 60 años de edad, así como el incremento de la mesada en un 14% por la cónyuge y la condena en costas a la parte demandada.

Para así pedir, refiere que nació el 18 de octubre de 19 octubre de 1946; que se encuentra afiliado al régimen de prima media en el ISS, hoy Colpensiones; que mediante Resolución GNR 294972 del 24 de agosto de 2014 se negó el reconocimiento de la pensión de vejez, puesto que, sólo se reportaron 992 semanas; que el 5 de enero de 2015 presentó nuevamente solicitud de Pensión, la cual mediante Resolución GNR 126291 del 30 de abril de 2015, negó nuevamente el reconocimiento indicando, esta vez, por no lograr acreditar los 20 años de servicio para acceder a la pensión, ya que para esa fecha solamente contaba con 19 años y 9 meses se servicio; que posteriormente el 16 de mayo de 2016 se realizó otra solicitud, resuelta por medio de la Resolución GNR 190776 del 28 de junio de 2016, negando la petición, al indicar que la misma está a cargo del Departamento del Valle de Cauca, aceptando que a esa fecha contaba con 1091 semanas cotizadas, equivalente a 21 años y 2 meses de servicio; que se interpuso el recurso de reposición, resuelto en la Resolución GNR 380921 el 15 de diciembre de 2016, revocando en su totalidad la resolución impugnada, y en su lugar, reconoció y ordenó pagar la pensión de vejez sin retroactivo, esto a partir del 1 de diciembre de 2016 por valor de $793.122.oo, además se actualizó la historia laboral quedando en 1179 semanas; que impetró recurso de apelación contra ese último acto administrativo, solicitando el reconocimiento del retroactivo y el incremento pensional del 14%, alzada resuelta mediante Resolución VPB 5654 del 10 de febrero de 2017, que confirmo en su totalidad.

Admitida la demanda, La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, allegó escrito de contestación, reconociendo la condición de pensionado del actor, pero que, la entidad no está obligada por la Ley a reconocer y pagar el retroactivo solicitado en la demanda, por cuanto el demandante no demostró que cumple con los presupuestos legales para acceder al deprecado beneficio en los términos solicitados. Propuso como excepciones de fondo las de “Inexistencia de la obligación de la demandada” Buena fe” y “Prescripción”.

1. ***SENTENCIA***

Agotados los ritos procesales, la Jueza profirió sentencia en la que declaró que el actor adquirió el derecho pensional en virtud del régimen de transición aplicando la Ley 71 de 1988, esto a partir del 1 de mayo de 2014, puesto que, para esa fecha ya había satisfecho las exigencias correspondientes a la edad y el tiempo de exigidos para tal efecto, ordenando a Colpensiones que procediera a pagar el retroactivo, autorizó a la entidad el descuento del 12% que representa el aporte al sistema de seguridad social en salud; negó la pretensión referida al reconocimiento del incremento pensional por tener a cargo a la cónyuge, dado que, la norma con que se le concedió la pensión no contempla ese incremento y se condenó en costas equivalente al 50% a la parte de la demandada.

***III. APELACIÓN***

Contra el citado fallo, la parte demandada se alzó contra la decisión, en orden a que, se revoque parcialmente la decisión únicamente en relación al retroactivo de la pensión de vejez al evidenciarse en la historia laboral del actor, que la última cotización registrada se efectúo el 30 de noviembre de 2016 como trabajador independiente, por lo que la pensión se debió reconocer a partir del 1 de diciembre de 2016.

***IV. ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, para alegar.

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis se refirieron a los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

***V. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

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

*¿Es procedente reconocer el retroactivo pensional anterior a que se le reconociera la pensión de vejez al demandante?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Son hechos no controvertidos que, el demandante nació el 18 de octubre de 1946; que Colpensiones le reconoció la pensión de vejez, con fundamento en el Ley 71 de 1988, por ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de la 1993, el ingreso base liquidación de la pensión otorgada.

Se alega por parte de quien demanda que la pensión se debe empezar a disfrutar desde el 18 de octubre de 2006, pues allí adquirió según el actor el status de pensionado al haber reunido los dos requisitos, esto es, cumplir la edad y reunir la densidad de semanas de cotización. No obstante lo anterior, el demandante optó por continuar cotizando, por cuanto la entidad le informó mediante Resolución GNR294972 del 24 de agosto de 2014 que contaba con 992 semanas y que la normativa aplicable para su caso era la Ley 71 de 1988, señalándole que debía acreditar 20 años o más de cotizaciones. Posteriormente, mediante Resolución GNR380921 del 15 de diciembre de 2016, la misma entidad encontró que el demandante contaba con 1.179 semanas a diciembre de 2016 y que había adquirido el status de pensionado el 21 de junio de 2013.

Puestas así las cosas, el disfrute pensional, distinto al de su causación, se genera una vez se haya producido la desafiliación del sistema general de pensiones, a través del retiro (arts. 13 y 35 acdo. 049/90), o que es lo mismo la información que el empleador dirige a la entidad de seguridad social, de que el afiliado ha cesado en sus cotizaciones por cuenta de ese empleador; retiro del sistema que si no se hace de esa manera, la jurisprudencia, lo ha deducido de otros hechos inequívocos tendientes a producir ese mismo resultado, como es la cesación de aportes, muchas veces acompañada con la solicitud pensional. No obstante, como aquí lo que se ofrece es una inducción en error, que impidió al afiliado que cesaran sus aportes, en orden a empezar a devengar el retroactivo pensional, la penalidad que recibe el sistema pensional, es la anticipación de esta última circunstancia, la que entonces se retrotraería al momento en que hizo la solicitud pensional y que le fuera negada, pese a ostentar todos los requisitos exigidos por la Ley.

De allí, entonces, que los aportes realizados con posterioridad a tal calenda no se tomarán en cuenta, a menos que contribuyan a una liquidación más alta de su primera mesada pensional.

En esta última hipótesis, la de la inducción al error, implica que la entidad de seguridad social al entrar a decidir una solicitud de reconocimiento pensional, desconoce de manera flagrante que el afiliado, a ese momento, cuenta con los requisitos necesarios para alcanzar la gracia pensional o bien, a pesar de no cumplirlos, le informa de manera errada la necesidad de satisfacer unos mayores, que implican una mayor cotización de la que en realidad se requiere para completar los presupuestos, caso este en el cual, la inducción al error va a implicar una tardanza en recibir la prestación pensional, carga que sin duda no puede llevar la parte afiliada, máxime cuando las entidades administradoras del sistema de pensiones cuentan con unas obligaciones especiales, dada la naturaleza de su gestión y la trascendencia de los derechos en juego, por lo que la información que se brinda al usuario debe ser clara, real y actualizada, para que así este tenga certeza de que tan cerca o lejos está de consolidar su derecho pensional.

Por lo tanto, así el afiliado al momento de elevar la petición no tenga consolidado el derecho pensional, sí la información que la entidad brinda al momento de la negativa resulta abiertamente contraria a la realidad y hace exigencias que en realidad no corresponden para consolidar el derecho pensional, se debe considerar que hay inducción en error y, la prestación se deberá conceder desde el momento en que realmente se consolide el derecho, debiendo obviarse los aportes efectuados con posterioridad a ese momento, a menos que estos contribuyan a aumentar la primera mesada pensional.

En el caso puntual, se tiene que la entidad al resolver el inicial pedido de prestación, mediante la Resolución GNR294972 del 24 de agosto de 2014 –fls 18 a 23- negó la prestación pensional porque el demandante no tenía la densidad de semanas correspondientes, aduciendo que para ese momento solamente contaba con 992 semanas cotizadas. Esta información, sin duda es abiertamente contraria a la realidad, dado que el momento de proferirse esa resolución, no se relacionó en la historia laboral, las cotizaciones realizadas por el Instituto de Seguros Sociales desde el 03 de abril de 1972 hasta el 16 de febrero de 1973, así como la de Clínica del Occidente desde 16 de febrero de 1973 hasta el 18 de abril de 1973. Como se desprende de la Resolución GNR380921 del 15 de diciembre de 2016 – fls 34 a 38- Confirmada por la Resolución VPB5654 del 10 de febrero de 2018 – fls 40 a 44 - el actor contó con 1179 semanas cotizadas y 70 años de edad, además de ser beneficiario del régimen de transición, dado que, para el 25 de julio de 2005 acreditó más de 750 semanas, conclusión que la misma entidad llegó en el primer acto administrativo mencionado.

Por tal motivo, es claro que el demandante se vio compelido a seguir cotizando por una errada información de la entidad, por cuanto, al momento en que elevó la solicitud contaba con los requisitos legales para ello, razón por la cual el disfrute de la prestación debe retrotraerse a la fecha en la cual el demandante realizó la solicitud, es decir, el 10 de abril de 2014 fecha donde presentó la primera petición para el reconocimiento y pago de pensión de vejez, haciéndose efectiva a partir del 1 de mayo de 2014, en que se incorporaría en nómina, por lo que será desde esa calenda que se deberá reconocer la prestación como lo estableció el a-quo.

Así las cosas, La Sala confirmará la sentencia apelada.

De misma manera quedaría resuelta el grado jurisdiccional de consulta, que le asistiría a la misma apelante (art. 69 C.S.T.), en la medida en que la única pretensión que se abrió paso en primera instancia, fue justamente, la de anticipar el disfrute pensional, como un castigo por no haberle resuelto al afiliado, su solicitud inicial de la pensión de vejez, a sabiendas de que poseía todas las condiciones para que se reconociera tal gracia pensional, y sobre lo cual no medió ningún yerro de juicio a cargo del a-quo, en orden a infirmar su sentencia, tal como se estudió al desatarse el recurso de apelación.

Las costas en ambas instancias a cargo de la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral, Sala de Decisión No. 4 administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. ***Confirmar*** la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia.
2. ***Costas*** en ambas instancias a cargo de la entidad demandada**.**

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**Magistrado Ponente**

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada Magistrada**

**Alonso Gaviria Ocampo**

**Secretario**