El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: Sentencia del 3 de agosto de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-005-2016-00219-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Uriel Gómez Gutiérrez

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Temas: FECHA DE CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ/ RECONOCIDA POR COLPENSIONES DESDE EL 3 DE MAYO DE 2013/ CONFIRMA.

No siendo objeto de controversia que a través de la Resolución GNR 409599 del 16 de diciembre de 2015 Colpensiones le concedió al señor Uriel Gómez Gutiérrez pensión de jubilación a partir del 3 de mayo de 2013, con fundamento en la ley 33 de 1985 y en cuantía de $707.407, resultado de aplicar una tasa de reemplazo del 75%, a un IBL de $943.209; el debate se centra en determinar si el reconocimiento de la prestación debió hacerse en una fecha anterior a la tenida en cuenta por la demandada.

(…)

En ese orden de ideas, debe manifestar la Sala que al haberse solicitado la prestación el 2 de agosto de 2013 (fl. 45) y haber dejado de efectuar cotizaciones el día 31 de marzo de 2014 –de acuerdo al reporte de semanas cotizadas contenida en el CD del expediente administrativo visible a fl. 127 vto-, la fecha de disfrute no era otra que el día siguiente en que efectuó la última cotización, esto es, el 1º abril de 2014, no obstante como Colpensiones reconoció la prestación a partir del 3 de mayo de 2013, la misma debe mantenerse incólume.

Lo anterior, por cuanto, al continuar cotizando el demandante y haber solicitado la pensión en el 2013, no hay prueba que permita inferir, que desde que cumplió los requisitos en el 2008, tenía intención de acceder a la gracia pensional, sin que tenga injerencia que las cotizaciones efectuadas en los últimos años, hayan sido en el sector privado.

En conclusión, se confirmará la sentencia objeto del recurso. Las costas en primera instancia no variarán. En esta instancia se causan en un 100% en contra del apelante. Fíjense por la secretaria del juzgado de origen.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Agosto 3 de 2018)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las \_:\_ de hoy, viernes 3 de agosto de 2018, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Uriel Gómez Gutiérrez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”**.

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los fundamentos de los argumentos expuestos en las alegaciones se tuvieron en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver la apelación propuesta por la parte demandante contra la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 31 de julio de 2017, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

 De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y a los argumentos de la apelación, le corresponde a la Sala determinar a partir de cuándo tiene derecho el demandante a disfrutar de la pensión de jubilación establecida en la ley 33 de 1985.

1. **La demanda y su contestación**

El citado demandante solicita que se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague el retroactivo pensional causado entre el 3 de mayo de 2008 y el 2 de mayo de 2013 de conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985 y el art. 76 del decreto 1847 de 1969, modificado por el decreto 625 de 1988. En consecuencia, pretende que se condene a Colpensiones a pagar la suma de $45.583.533 por el retroactivo mencionado, más los intereses moratorios causados desde el 3 de febrero de 2014 y hasta que se haga efectivo el pago.

Para fundar sus peticiones, manifiesta que nació el 26 de marzo de 1957 y que al 1 de abril de 1994 acreditaba más de 40 años de edad y 15 años de servicios. Agrega que tiene más de 20 años servidos al sector público, retirándose del mismo, de manera definitiva el 29 de octubre de 2003.

Refiere que adquirió el derecho a obtener la pensión de jubilación el 3 de mayo de 2008, al cumplir 55 años de edad y 20 años de servicios, por lo que solicitó la prestación el 2 de agosto de 2013 ante Colpensiones, ante lo cual, mediante Resolución GNR 402468 del 14 de noviembre de 2014, le fue reconocida la pensión de jubilación por aportes a partir del 3 de mayo de 2013 en cuantía de $589.500, en virtud del régimen de transición previsto en el art. 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con la ley 71 de 1988.

Indica que el 19 de febrero de 2015 solicitó la reliquidación y el retroactivo pensional ante Colpensiones, siéndole reconocida la pensión de jubilación con fundamento en la ley 33 de 1985 mediante la resolución GNR 168075 del 6 de junio de 2015, al acreditar 55 años de edad y 20 años de servicios. No obstante, el 22 de junio de 2015 interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación en contra de la anterior decisión, con el fin de obtener el retroactivo pensional y la reliquidación de la pensión de jubilación, mismo que fue resuelto mediante la resolución GNR 409599 del 16 de diciembre de 2015, en la que se fijó una mesada de $707.407 a partir del 3 de mayo de 2013.

Finalmente informa que en las resoluciones GNR 168075 del 6 de junio de 2015 y GNR 409599 del 16 de diciembre de 2015, Colpensiones señala como fecha de status el 3 de mayo de 2008 y, que la entidad, a la fecha de presentación de la demanda, no ha resuelto el recurso de apelación interpuesto el 22 de junio de 2015.

Colpensiones aceptó los hechos relacionados con la edad del demandante, el contenido de las resoluciones GNR 402468 del 14 de noviembre de 2014, GNR 168075 del 6 de junio de 2015 y GNR 409599 del 16 de diciembre de 2015 y que el demandante es beneficiario del régimen de transición. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban. Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de la obligación”; “Prescripción”; y “Compensación”.

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento declaró probada la excepción de “inexistencia de la obligación” propuesta por Colpensiones, en consecuencia negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas en un 80% a la parte demandante.

Para llegar a tal determinación, consideró, en síntesis, que si bien el actor cumplió 55 años de edad el 3 de mayo de 2008 y contaba con 20 años de servicios, tal como lo exige la ley 33 de 1985, para disfrutar del derecho pensional es necesaria la desafiliación al sistema, ya sea con la manifestación expresa de la voluntad de pensionarse o el acto inequívoco de dejar de cotizar, esto último que tan solo ocurrió hasta el 2014. Sustentó sus razonamientos en jurisprudencia de esta corporación (15 febrero de 2017 radicado 2015-00684 M.P. Julio Cesar Salazar Muñoz) y de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL- 6398 de 2016).

En cuanto a los intereses moratorios, concluyó, que tratándose de prestaciones pensionales reconocidas bajo las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, los mismos no proceden.

1. **Recurso de apelación**

El apoderado judicial de la parte actora recurre la decisión, arguyendo que al concederse la pensión en virtud del régimen de transición en concordancia con la ley 33 de 1985, el acto que se exige es el retiro efectivo del servicio público, lo que aconteció en el 2003, no siendo acertado equiparar la situación de un servidor público con el de un trabajador del sector privado, pues es a este último a quien se le debe aplicar las consideraciones de la juez de primera instancia en cuanto a la desafiliación del sistema.

Por otra parte, alega que la jurisprudencia nacional ha considerado que cuando hay aportes posteriores que menguan el derecho pensional, estos no deben tenerse en cuenta para el reconocimiento, por lo que solicita a la Sala que no tenga en cuenta las mesadas cotizadas con posterioridad al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión bajo la ley 33 de 1985.

1. **Consideraciones**

**4.2 Caso concreto**

No siendo objeto de controversia que a través de la Resolución GNR 409599 del 16 de diciembre de 2015 Colpensiones le concedió al señor Uriel Gómez Gutiérrez pensión de jubilación a partir del 3 de mayo de 2013, con fundamento en la ley 33 de 1985 y en cuantía de $707.407, resultado de aplicar una tasa de reemplazo del 75%, a un IBL de $943.209; el debate se centra en determinar si el reconocimiento de la prestación debió hacerse en una fecha anterior a la tenida en cuenta por la demandada.

A efectos de determinar el problema jurídico planteado, se debe recordar que la causación de la prestación y el disfrute de la misma son dos momentos distintos, que no necesariamente coinciden. Así, en el caso de marras el actor causó su derecho pensional el 3 de mayo de 2008, fecha en la que cumplió 55 años de edad y para la cual ya contaba con 20 años de servicios, tal como lo expresó Colpensiones en todos los actos administrativos expedidos a favor del señor Gómez Gutiérrez.

En cuanto al disfrute de la prestación, debe remitirse a los planteamientos sostenidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia más reciente, propiamente en la SL 9036-2017 del 21 de noviembre de 2017 M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia laboral, reiteró que:

“(…) la Corporación precisó que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, «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». (,…)”

En cuanto a la aplicación de la regla contenida en el art. 13 del decreto 049 de 1990, a pensiones otorgadas en virtud de la ley 33 de 1985, en la sentencia SL 6398 del 27 de abril de 2016, expresó la Corte Suprema de Justicia que esta procede cuando el reconocimiento pensional está a cargo del ISS, hoy Colpensiones.

En ese orden de ideas, debe manifestar la Sala que al haberse solicitado la prestación el 2 de agosto de 2013 (fl. 45) y haber dejado de efectuar cotizaciones el día 31 de marzo de 2014 –de acuerdo al reporte de semanas cotizadas contenida en el CD del expediente administrativo visible a fl. 127 vto-, la fecha de disfrute no era otra que el día siguiente en que efectuó la última cotización, esto es, el 1º abril de 2014, no obstante como Colpensiones reconoció la prestación a partir del 3 de mayo de 2013, la misma debe mantenerse incólume.

Lo anterior, por cuanto, al continuar cotizando el demandante y haber solicitado la pensión en el 2013, no hay prueba que permita inferir, que desde que cumplió los requisitos en el 2008, tenía intención de acceder a la gracia pensional, sin que tenga injerencia que las cotizaciones efectuadas en los últimos años, hayan sido en el sector privado.

En conclusión, se confirmará la sentencia objeto del recurso. Las costas en primera instancia no variarán. En esta instancia se causan en un 100% en contra del apelante. Fíjense por la secretaria del juzgado de origen.

º

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala de Decisión Laboral No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 31 de julio de 2017, dentro del proceso iniciado por **Uriel Gómez Gutiérrez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones-** **Colpensiones**.

**SEGUNDO.-** Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Liquídense por la Secretaría del juzgado de origen.

 **Notificación surtida en estrados.**

**Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada Ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**