El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia

Radicación No: 66001-31-05-001-2017-00418-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Martìn Montoya Restrepo

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: PENSIÓN DE VEJEZ / CAUSACIÓN Y DISFRUTE / DIFERENCIAS / PARA EL DISFRUTE ES NECESARIO EL RETIRO DEL SISTEMA / QUE PUEDE SER EXPRESO O COLEGIRSE DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO Y OTROS ACTOS / INTERESES DE MORA / NO PROCEDEN SI LA PENSIÓN NO SE RECONOCIÓ BAJO LEY 100 DE 1993.**

… en la pensión de vejez, necesariamente, hay dos momentos que se deben tener en cuenta: la causación y el disfrute de la misma. La causación de la pensión no es más que cuando el afiliado reúne los presupuestos trazados por la ley para adquirir el derecho pensional… Por su parte, el disfrute es cuando efectivamente se empieza a disfrutar de los beneficios que la pensión otorga a su titular, esto es, esencialmente, el momento en el cual se empiezan a percibir las mesadas pensionales. Para este último aspecto, el legislador, en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, estableció que era necesaria la desafiliación del sistema pensional, esto es, el cambio definitivo de afiliado cotizante o afiliado inactivo a pensionado. Este aspecto, generalmente se debe informar de manera expresa al ente de seguridad social, para lo cual se han establecido, entre otras formas de hacerlo, la novedad de retiro. Tal novedad de retiro que reporta, o bien el empleador del afiliado ora este mismo cuando es independiente, no impone necesariamente que la persona cambie de ser afiliado a desafiliarse del sistema, pero sí permite conocer, asociado a otros hechos, como la solicitud de pensión, la intención de desafiliación…

En cuanto a los intereses moratorios a los cuales accedió la a-quo, debe indicarse que tal decisión no se encuentra ajustada a derecho, pues tal como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral (SL1866 del 23 de mayo de 2018), tales réditos resultan improcedentes en aquellas pensiones que no se reconocen con sujeción total a la Ley 100 de 1993.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, hoy veintiocho (28) de Noviembre de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho y cuarto de la mañana (8:15 a.m.), reunidos en la sala de audiencia los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto el acto, el cual tiene por objeto decidir el grado jurisdiccional de consulta y la apelación propuesta por el portavoz judicial de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 10 de mayo de 2019, por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira**, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **Martín Montoya Restrepo** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones**”.

1. **INTRODUCCIÓN.**

**MARTIN MONTOYA RESTREPO**, solicita emitir condena en contra de **COLPENSIONES** con el fin de que le sea reconocido el retroactivo de la pensión por vejez, a partir del 1º de febrero de 2014 y hasta el 31 de diciembre de 2016, fecha en que le fuera cancelada la primera mesada, además de los intereses de mora y costas procesales.

En síntesis, los hechos que soportan lo pretendido se contraen en: (i) El actor nació el 1 de diciembre de 1942, alcanzando los 60 años en el 2002; (ii) El último aporte al sistema lo hizo como independiente en enero de 2014; (iii) la pensión fue solicitada el 1 de abril de 2014, la cual reiteró el 6 de septiembre de 2016; (iv) la pensión se reconoció por resolución GNR 390175 del 26 de diciembre de 2016, a partir del 1 de enero de 2017; (v) El 4 de enero de 2017 apeló la decisión solicitando el retroactivo pensional, siendo negada por resolución VPB 6081 del 15 de febrero de 2017; (vi) Mediante petición del 27 de abril de 2017 insistió en el reconocimiento del retroactivo, sin obtener respuesta alguna del mismo.

Colpensiones al contestar, se opuso a las pretensiones y excepcionó la inexistencia de la obligación demandada y prescripción (fl. 65-69).

* 1. **Sentencia del juzgado.**

La Jueza de primer grado, accedió a las pretensiones reconociendo el retroactivo causado entre el 1 de febrero de 2014 y el 31 de diciembre de 2016, en valor de $36.495.810, además de los intereses moratorios desde el 1 de agosto de 2014, la deducción de los aportes en salud y se condenó en costas procesales. Para llegar a tal decisión, estableció que el demandante había cumplido con la carga probatoria de demostrar que se había presentado el retiro del sistema mediante los actos inequívocos que se contraían en que ya acreditada la edad mínima de pensión, el actor había cesado en sus aportes como independiente para el periodo del 2014 y adicional a ello, había solicitado la pensión de vejez. De igual manera, encontró que para el pago de la prestación, la demandada había incumplido con los términos de ley para ello, por lo que se hizo merecedor de la sanción del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

* 1. **Recurso de apelación.**

La entidad demandada, a través de su apoderado, recurrió la decisión por inconformidad en el reconocimiento del retroactivo pensional y la condena en intereses moratorios; frente al primero, arguyendo que no se había cumplido con la exigencia de probar los retiros laborales no reportados dentro de los cuatro años anteriores a efecto de que el pago de la mesada no se generará a corte de nómina, según lo imponían las circulares de la institución y, frente al segundo, fundamentando que los intereses moratorios no podían ser dispuestos para pensiones reconocidas según la Ley 71 de 1988.

* 1. **Alegatos en esta instancia.**

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

1. **CONSIDERACIONES.**
   1. **Problema Jurídico por resolver.**

La alzada propuesta por la demandada y el grado de consulta a surtir, impone a la Sala resolver los siguientes interrogantes:

¿Desde qué fecha se debe entender que la demandante se desafilió del sistema pensional y, por tanto, tiene derecho a disfrutar de la prestación pensional?.

¿Hay lugar a imponer condena por los intereses moratorios?.

* 1. **Desenvolvimiento de la problemática planteada.**

Para desatar el recurso propuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, es indispensable reconocer que en la pensión de vejez, necesariamente, hay dos momentos que se deben tener en cuenta: la causación y el disfrute de la misma. La causación de la pensión no es más que cuando el afiliado reúne los presupuestos trazados por la ley para adquirir el derecho pensional, momento en el que tal garantía ingresa en el patrimonio de la persona. Por su parte el disfrute es, cuando efectivamente se empieza a disfrutar de los beneficios que la pensión otorga a su titular, esto es, esencialmente, el momento en el cual se empiezan a percibir las mesadas pensionales. Para este último aspecto, el legislador, en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, estableció que era necesaria la desafiliación del sistema pensional, esto es, el cambio definitivo de afiliado cotizante o afiliado inactivo a pensionado. Este aspecto, generalmente se debe informar de manera expresa al ente de seguridad social, para lo cual se han establecido, entre otras formas de hacerlo, la novedad de retiro. Tal novedad de retiro que reporta, o bien el empleador del afiliado ora este mismo cuando es independiente, no impone necesariamente que la persona cambie de ser afiliado a desafiliarse del sistema, pero sí permite conocer, asociado a otros hechos, como la solicitud de pensión, la intención de desafiliación. Por ello, mal puede exigirse al afiliado que reporte su intención de desafiliación de forma diferente a esta, puesto que es el único mecanismo de comunicación que se tiene disponible para comunicar tal determinación, se insiste, aunado a otros actos expresos e inequívocos, como lo es sin duda, la reclamación pensional.

El asunto del disfrute pensional no ha sido ajeno a la jurisprudencia nacional, por lo que es pertinente, para una mejor comprensión de la decisión, citar uno de tales pronunciamientos:

“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”. (SL 5603 de 2016).

Aclarado lo anterior, ha de decirse en el caso puntual, que el actor habiendo alcanzado el rigor necesario de cotizaciones y la edad mínima de 60 años, última que logró desde el **1 de diciembre de 2002**, según la copia del registro de nacimiento (fol. 18), realizó actos externos e inequívocos que denotaron su intención de desafiliarse del sistema pensional cuando cesó en sus cotizaciones para el último periodo aportado en **enero de 2014** (fol. 85-87, historia laboral) y, además, solicitó la prestación desde el **1 de abril de 2014** (fol. 20) – *época cercana al último aporte como independiente-*, aspecto, que conlleva a concluir que el retiro del sistema data del **30 de enero de 2014** y, por ende, hay lugar al reconocimiento retroactivo de la prestación, sin que la reiteración de la solicitud de pensión realizada con posterioridad, en nada afecte el panorama, porque resulta evidente el silencio de Colpensiones para decidir la prestación que se encontraba a su cargo.

De otro lado, tampoco tiene eco el argumento del apelante, en el sentido de ser aplicable la condición impuesta en las circulares de Colpensiones, según las cuales, para el pago del retroactivo pensional previó una excepción, esto es, que “se debe probar el retiro laboral con todos los empleadores cuando la vinculación con éstos sucedió en los cuatro años anteriores a la fecha del reporte de la novedad de retiro del último empleador”, en **primer lugar**, porque la circular 01 de 2012 que así lo indica, está dirigido al afiliado dependiente con varios empleadores que cumplió con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, lo cual no se ajusta al caso concreto al estar en frente a un trabajador independiente y, en **segundo lugar**, de haber sido así, tal exigencia configura un exceso según lo ha precisado el Consejo de Estado[[1]](#footnote-1) en los siguientes términos:

“Configura un exceso porque, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, solamente exigen la desafiliación del sistema o retiro para que se pueda disfrutar de la pensión, sin que sea dable al Seguro Social, entrar a diferenciar si el trabajador dependiente tuvo vinculaciones laborales anteriores respecto de las cuales no reportó el retiro laboral, pues como se indicó anteriormente si hubo lapsos en los que el trabajador dejó de cotizar por estar cesante y cambió de empleador, esto no implica que debiera desafiliarse del sistema cada vez que cambiaba de empleador, pues no se puede hablar de múltiples afiliaciones cada vez que el trabajador cambia de empleador, ni de mora al no ser remunerado”.

Aclarado lo anterior, en síntesis, tal y como lo estableció la a-quo, hay lugar a reconocer el retroactivo a partir del día siguiente a la última cotización, es decir, desde el **1 de febrero de 2014** y hasta el día anterior a la fecha en que fue reconocida por Colpensiones, esto es, al **31 de diciembre de 2016**.

En lo atinente al valor del retroactivo, hay que indicar que al no existir discusión respecto de la mesada pensional, la cual, según la resolución GNR 390175 del 26 de diciembre de 2016 y la VPB6081 del 15 de febrero de 2017, para el año 2017 ascendía a $1.133.142, por lo que, realizados los cálculos aritméticos y, acudiendo a las variaciones porcentuales del IPC para los años 2014 al 2016, las mesadas corresponderían a las siguientes: **2014** ($968.152), **2015** ($1.003.586); **2016** ($1.071.529) valores con los que se arriba como mesada para el 2017 en **$1.133.142**, tal y como se indica en la citada resolución. Lo anterior implica que estarían errados los valores a los que llegó la a-quo y, de acuerdo a ello, el valor del retroactivo pensional seria en valor de **$38.594.326**, el cual resulta superior al que se estableció en la sentencia de primer grado. No obstante ello, como opera la consulta respecto de Colpensiones, se mantendrá la decisión de primera instancia.

En cuanto a los intereses moratorios a los cuales accedió la a-quo, debe indicarse que tal decisión no se encuentra ajustada a derecho, pues tal como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral (SL1866 del 23 de mayo de 2018), tales réditos resultan improcedentes en aquellas pensiones que no se reconocen con sujeción total a la Ley 100 de 1993. Por tal motivo, se revocará el ordinal 4º de la sentencia consultada, para en su lugar, absolver de esta condena a Colpensiones.

Quedan desatados en estos términos, tanto la apelación como el grado jurisdiccional de consulta.

En cuanto a las costas en esta instancia, atendiendo la prosperidad parcial del recurso de apelación propuesto, se abstendrá la Colegiatura de imponerlas.

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

**FALLA**:

**Primero.** Revocar el ordinal 4º de la sentencia dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 10 de mayo de 2019 y, en su lugar, se **ABSUELVE** a Colpensiones de los intereses moratorios pretendidos, por las razones expuestas.

**Segundo.** Confirmar la sentencia en todo lo demás.

**Tercero.** Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

Los Magistrados,

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

Magistrada Magistrada

**LIQUIDACIONES**

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Fecha pensión: | 01-feb-14 |  | Año | Mesada |  | Vlr. Mesadas | Indexación | Desde | Hasta |
| Vlor. Mesada: | 968.152 |  | 2014 | 968.152 |  | 38.594.326 | 0 | 01-feb-14 | 31-dic-16 |
| No. Mesadas | 13 |  | 2015 | 1.003.586 |  |  |  |  |  |
| Reclamación | 04-ene-17 |  | 2016 | 1.071.529 |  | Desde | Hasta | Ordinarias | Valor mesadas |
| Liquida Hasta : | 31-dic-16 |  | 2017 | 1.133.142 |  | 01-feb-14 | 31-dic-14 | 12,00 | 11.617.824 |
| Prescripción: | No |  | 2018 | 1.179.488 |  | 01-ene-15 | 31-dic-15 | 13,00 | 13.046.623 |
|  |  |  | 2019 | 1.216.995 |  | 01-ene-16 | 31-dic-16 | 13,00 | 13.929.879 |

1. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 1-08-2013, Rad. 11001-03-25-000-2009-00090-00(1211-09) [↑](#footnote-ref-1)