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 27 de mayo de 2020

Radicación: Nro.66001-31-05-001-2018-00101-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Alfredo Torres Hurtado

Demandado: Colpensiones

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

Juzgado de origen: Juzgado Primero Laboral del Circuito

**TEMAS: PENSIÓN DE VEJEZ / DISFRUTE DE LA PRESTACIÓN / RETIRO DEL SISTEMA / CASO EN QUE SE MANTIENE LA AFILIACIÓN EN SALUD / COMPATIBILIDAD ENTRE PENSION Y SALARIO / NOTARIO PÚBLICO / NATURALEZA JURÍDICA DEL CARGO.**

La Sala de Casación Laboral en la sentencia SL5603 de 6 de abril de 2016 con radicación Nº 47.236 y ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sostuvo, con base en lo previsto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, que por regla general la fecha a partir de la cual se debe empezar a disfrutar la prestación, es aquella en la que el afiliado se haya desafiliado formalmente del sistema. (…)

… la Alta Magistratura enseñó que al no presentarse la desafiliación formal del sistema, para efectos del disfrute de la pensión de vejez, es posible derivar la voluntad de retiro teniendo en cuenta la concurrencia de otros factores externos, tales como el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la ley para acceder a la prestación económica, la cesación en las cotizaciones y la solicitud de reconocimiento. (…)

… más allá de prestar sus servicios como Notario Público, lo cierto es que el señor Torres Hurtado no ostentaba la calidad de servidor público, tal y como ya ha tenido la oportunidad de expresarlo en varias oportunidades la Corte Constitucional…, explicando que la función notarial en el régimen jurídico colombiano “(i) es un servicio público; (ii) a cargo de particulares, que actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración; (iii) que además apareja el ejercicio de una función pública, en tanto depositarios de la fe pública; (iv) que para estos efectos se encuentran investido de autoridad; (v) sin que por ello adquieran el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico”…

… se tiene que la Administradora Colombiana de Pensiones por medio de la resolución Nº SUB181677 de 31 de agosto de 2017… decide reajustar la pensión de vejez que le había reconocido al señor Alfredo Torres Hurtado… disfrutable desde el 1º de marzo de 2017, argumentando frente a éste último tópico que a pesar de que la última cotización al sistema se presentó el 31 de mayo de 2016, la verdad es que en ese momento se reportó la novedad registrada con la letra P (suspensión de pago de cotizaciones en pensión pero no en salud) lo que impide el reconocimiento de retroactivo pensional. (…)

En ese orden de ideas, al existir compatibilidad entre la pensión de vejez y el salario por servicios prestados, no hay duda en que el pago de los aportes en salud no se constituye en un impedimento para el reconocimiento de retroactivo pensional en la medida en que estos aportes son obligatorios para quienes generan el pago de salario como retribución de sus servicios prestados…

Ahora bien, de conformidad con lo explicado precedentemente, más allá de que no se hubiere presentado la novedad de desafiliación al sistema general de pensiones con el reporte de la letra que para esos efectos tiene determinada la Administradora Colombiana de Pensiones, no queda duda de que el reporte efectuado con la letra P, acompañado de la cesación inmediata de las cotizaciones efectivas al sistema a partir del 1º de junio de 2016, muestran inequívocamente que el señor Alfredo Torres Hurtado se retiró definitivamente del régimen de prima media con prestación definida inmerso en el sistema general de pensiones a partir de esa calenda y por lo tanto tenía derecho a que la entidad accionada le reconociera la prestación económica a partir del 1º de junio de 2016 y no desde el 1º de marzo de 2017…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

Hoy, veintisiete de mayo de dos mil veinte, siendo las nueve de la mañana, la Sala de Decisión Laboral N° 3 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dando cumplimiento a las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura con ocasión de la emergencia sanitaria mundial causada por la propagación del COVID 19, se constituye en audiencia pública virtual con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 12 de agosto de 2019, dentro del proceso que promueve el señor ALFREDO TORRES HURTADO, cuya radicación corresponde al Nº 66001-31-05-001-2018-00101-01.

La sala está integrada por quien les habla, JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, como ponente y las magistradas que a continuación dejan constancia de su asistencia.

Las partes allegaron al correo electrónico de este Despacho sus documentos de identificación, tarjeta profesional, poderes de sustitución y otros documentos, los cuales se subieron al chat de esta audiencia para que el resto de Magistrados los revisaran.

Al acto comparecen las personas que a continuación se identifican y a quienes se pide que luego de terminar sus presentaciones y alegatos, cierren su video y micrófono para favorecer el flujo de datos durante la audiencia.

ABOGADOS Y AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Antes de darle la palabra a los apoderados de las partes para efectos de que realicen sus alegatos y al agente del ministerio Público para su concepto, se resumen por la Sala los antecedentes del caso de la siguiente manera:

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor Alfredo Torres Hurtado que la justicia laboral declare que tiene derecho a disfrutar la pensión de vejez reconocida por Colpensiones a partir del 1º de junio de 2016 y con base en ello aspira que se condene a la entidad accionada a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado entre esa calenda y el 28 de febrero de 2017, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales a su favor.

Refiere que: Nació el 7 de abril de 1951, cumpliendo los 60 años de edad en la misma fecha del año 2011; en su calidad de Notario Público Único del Círculo de Dosquebradas, posesionado desde el 9 de agosto de 1993, continuó efectuando cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida hasta el 31 de mayo de 2016 cuando se retiró del sistema; sus servicios como Notario Público los continuó prestando hasta el 22 de septiembre de 2016 y a partir del día siguiente asumió como Notario Único del Círculo de Dosquebradas el señor Javier Cano Ramírez; el 9 de septiembre de 2016 solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, siendo negada por medio de la resolución Nº GNR367682 de 5 de diciembre de 2016, no obstante, después de interponer recurso de reposición y en subsidio el de apelación, la entidad accionada revocó el referenciado acto administrativo mediante la expedición de la resolución Nº SUB5775 de 10 de marzo de 2017, reconociendo la gracia pensional a partir del 1º de marzo de 2017; inconforme con varios aspectos inmersos en ese acto administrativo, solicitó el reajuste de la pensión de vejez, ante lo cual la entidad demandada emitió la resolución Nº SUB181677 de 31 de agosto de 2017 en donde se le reconoce un IBL de $16.348.165, que al aplicarle la tasa de reemplazo del 90% (dispuesta en el Acuerdo 049 de 1990), arrojó una mesada pensional para el 1º de marzo de 2017 del orden de $14.713.349, sin embargo, considera que el disfrute de la pensión debió fijarse para el 1º de junio de 2016, esto es, un día después de haberse retirado del sistema general de pensiones.

Al dar respuesta a la demanda –fls. 179 a 187– la Administradora Colombiana de Pensiones aceptó el contenido de los actos administrativos relacionados anteriormente. Se opuso a las pretensiones argumentando que el disfrute de la pensión de vejez fue reconocido adecuadamente desde el 1º de marzo de 2017. Formuló las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación demandada”, “Estricto cumplimiento a los mandatos legales preexistentes”, “Prescripción” y “Declaratoria de otras excepciones”.

En sentencia de 12 de agosto de 2019, la funcionaria de primera instancia determinó que el señor Alfredo Torres Hurtado en su calidad de trabajador independiente, efectuó su última cotización al régimen de prima media con prestación definida el 31 de mayo de 2016, cesando definitivamente en sus cotizaciones a partir del 1º de junio siguiente, por lo que de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, tiene derecho a disfrutar la pensión de vejez que le reconoció la Administradora Colombiana de Pensiones a partir del 1º de junio de 2016, razón por la que, después de señalar que la mesada pensional para el año 2016 era del orden de $13.913.328 al habérsele reconocido en la resolución Nº SUB181677 de 31 de agosto de 2017 una mesada del orden de $14.713.344 para el año 2017, condenó a esa entidad a reconocerle y pagarle por concepto de retroactivo pensional la suma de $126.819.985, autorizando a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional el 12% correspondiente a los aportes en salud. De la misma manera la condenó a reconocer y pagar a partir del 9 de enero de 2017, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones interpuso recurso de apelación, argumentando que el accionante no reportó la novedad de retiro inmediatamente después de hacer su última cotización al sistema, ya que el reporte que hizo corresponde a la letra P, que significa que el afiliado está realizando los trámites para el reconocimiento de la pensión de vejez, situación ésta que aunada a que él continuó prestando sus servicios como Notario Público del Círculo de Dosquebradas, impiden que se reconozca la prestación económica a partir del 1º de junio de 2016 como lo determinó la *a quo*. En esa misma línea, considera que al haberse reconocido adecuadamente la pensión de vejez a favor del señor Torres Hurtado, no es posible reconocer a su favor los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Al haber resultado condenada la Administradora Colombiana de Pensiones se dispuso el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

Oídas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver el siguiente ***PROBLEMA JURIDICO:***

***¿A partir de qué fecha tiene derecho el señor Alfredo Torres Hurtado a que se le reconozca el disfrute de la pensión de vejez que le fue reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones?***

**DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ**

La Sala de Casación Laboral en la sentencia SL5603 de 6 de abril de 2016 con radicación Nº 47.236 y ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sostuvo, con base en lo previsto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, que por regla general la fecha a partir de la cual se debe empezar a disfrutar la prestación, es aquella en la que el afiliado se haya desafiliado formalmente del sistema.

Adicionalmente, expresó que hay eventos que pueden ser advertidos por los operadores judiciales y que permiten fijar el disfrute de la pensión en fecha anterior a la desafiliación formal del sistema, por ejemplo, cuando, no obstante hacer la solicitud de reconocimiento, el afiliado es conminado por la Administradora a continuar cotizando a pesar de reunir los requisitos para acceder a la pensión, evento en el cual debe concederse el disfrute desde ese momento; y en aquellos eventos en los que el afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, casos en los que también deberá reconocerse el disfrute pensional con antelación a la fecha en que se produzca la mencionada desafiliación formal, pues en este último caso, debe verificarse la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones, a través de la configuración de los actos externos de cesación de aportes y solicitud del reconocimiento del derecho. Al respecto se pueden ver sentencias SL 3608-2018, SL 4542-2018 y SL 11895-2017.

En las mencionadas providencias, la Alta Magistratura enseñó que al no presentarse la desafiliación formal del sistema, para efectos del disfrute de la pensión de vejez, es posible derivar la voluntad de retiro teniendo en cuenta la concurrencia de otros factores externos, tales como el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la ley para acceder a la prestación económica, la cesación en las cotizaciones y la solicitud de reconocimiento.

**EL CASO CONCRETO**

Como se ve en el Decreto 1305 de 10 de agosto de 2016 emitido por el Ministerio de Justicia y Derecho –fls.16 a 18-, el señor Alfredo Torres Hurtado fue retirado del cargo que desempeñaba como Notario Único del Círculo de Dosquebradas a través del Decreto 835 de 20 de mayo de 2016, por cumplir la edad de retiro forzoso prevista en el artículo en el artículo 1º del decreto 3047 de 1989, compilado en el artículo 2.2.6.1.5.3.13 del decreto 1069 de 26 de mayo de 2015.

No obstante, más allá de prestar sus servicios como Notario Público, lo cierto es que el señor Torres Hurtado no ostentaba la calidad de servidor público, tal y como ya ha tenido la oportunidad de expresarlo en varias oportunidades la Corte Constitucional en las sentencias C-181 de 1997, C-741 de 1998, C-1508 de 2000, C-1212 de 2001, C-1159 de 2008 y C-863 de 2012, explicando que la función notarial en el régimen jurídico colombiano *“(i) es un servicio público; (ii) a cargo de particulares, que actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración; (iii) que además apareja el ejercicio de una función pública, en tanto depositarios de la fe pública; (iv) que para estos efectos se encuentran investido de autoridad; (v) sin que por ello adquieran el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico”*; características éstas que son ampliamente conocidas por la Administradora Colombiana de Pensiones, quien en el punto 1.6.8. de la Circular 1 de 2012, replicó a efectos de tener en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones económicas que ofrece el régimen de prima media con prestación definida, que: *“El notario y el personal que labora en las notarías, no son empleados o trabajadores del Estado y se encuentran sometidos a la normatividad propia de los trabajadores particulares independientemente de la entidad a donde haya efectuado sus aportes*”.

Conforme con lo expuesto, al no tener la connotación de servidor público en su calidad de Notario Único del Círculo de Dosquebradas, se procederá a resolver el problema jurídico planteado de acuerdo con las pautas establecidas en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Siguiendo ese derrotero, se tiene que la Administradora Colombiana de Pensiones por medio de la resolución Nº SUB181677 de 31 de agosto de 2017 –fls.140 a 145- decide reajustar la pensión de vejez que le había reconocido al señor Alfredo Torres Hurtado en la resolución Nº SUB5775 de 10 de marzo de 2017, expresando que él es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que cumple con los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, lo que la llevó a reconocerle un IBL del orden de $16.348.165, que al aplicarle la tasa de reemplazo del 90%, arrojó una mesada pensional de $14.713.349, disfrutable desde el 1º de marzo de 2017, argumentando frente a éste último tópico que a pesar de que la última cotización al sistema se presentó el 31 de mayo de 2016, la verdad es que en ese momento se reportó la novedad registrada con la letra P (suspensión de pago de cotizaciones en pensión pero no en salud) lo que impide el reconocimiento de retroactivo pensional.

Respecto al punto esgrimido en sede administrativa para negar el reconocimiento de retroactivo pensional, baste recordar que la Sala de Casación Laboral en sentencias SL 1914 de 2014 radicación Nº 46.644, SL 4413 de 2014 con radicación 44.825 y SL 14.531 de 15 de octubre de 2014 radicación Nº 44.770, ésta última con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha sostenido que no existe incompatibilidad entre la percepción de salario y de la pensiones derivadas del régimen de prima media con prestación definida, en la medida en que *“la tendencia jurisprudencial es a considerar la necesaria armonización de los preceptos que prescribían la incompatibilidad del salario con las pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, con las normas que rigen el sistema de seguridad social integral, para concluir que esa prohibición ha sido atenuada, y en principio cabría el disfrute simultaneo de la pensión de vejez, con el salario por servicios prestados en una entidad privada, o incluso en una de carácter público, que es el caso bajo estudio, por lo que, se itera, para su disfrute, no sería necesario el retiro del servicio, tal como lo señala la censura y la razón por la cual los cargos son fundados”.*

En ese orden de ideas, al existir compatibilidad entre la pensión de vejez y el salario por servicios prestados, no hay duda en que el pago de los aportes en salud no se constituye en un impedimento para el reconocimiento de retroactivo pensional en la medida en que estos aportes son obligatorios para quienes generan el pago de salario como retribución de sus servicios prestados como trabajadores particulares o servidores públicos, tal y como lo establece el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 al que remite el artículo 203 de la misma obra.

Ahora bien, de conformidad con lo explicado precedentemente, más allá de que no se hubiere presentado la novedad de desafiliación al sistema general de pensiones con el reporte de la letra que para esos efectos tiene determinada la Administradora Colombiana de Pensiones, no queda duda de que el reporte efectuado con la letra P, acompañado de la cesación inmediata de las cotizaciones efectivas al sistema a partir del 1º de junio de 2016, muestran inequívocamente que el señor Alfredo Torres Hurtado se retiró definitivamente del régimen de prima media con prestación definida inmerso en el sistema general de pensiones a partir de esa calenda y por lo tanto tenía derecho a que la entidad accionada le reconociera la prestación económica a partir del 1º de junio de 2016 y no desde el 1º de marzo de 2017 como lo hizo.

No existiendo discusión frente al valor de la mesada pensional reconocida en la resolución Nº SUB181677 de 31 de agosto de 2017, que lo fue del orden de $14.713.349 para el año 2017, se procede a descontar el 5.75% del IPC del año 2016 para establecer cuál es el valor de la mesada pensional para el año 2016, arrojando el valor de $13.913.332 y no la suma de $13.913.328 definida por el juzgado de conocimiento, por lo que al no haber sido controvertida esa decisión por la parte actora, la misma se mantendrá en aplicación del principio de la *no reformatio in pejus*.

Así las cosas, teniendo como base una mesada pensional de $13.913.328, entre el 1º de junio y el 31 de diciembre de 2016 (7 mesadas ordinarias + 1 adicional) se causó un retroactivo pensional de $111.306.624, que sumado a los $29.426.688 generados por las dos mesadas de enero y febrero del año 2017 en razón de una mesada pensional del orden de $14.713.349 reconocida por Colpensiones en sede administrativa, tendría derecho la parte actora a que se le reconociera un retroactivo pensional causado entre el 1º de junio de 2016 y el 28 de febrero de 2017 equivalente a la suma de $140.733.312 y no de $126.819.985 como lo determinó la funcionaria de primera instancia, quien de manera desprevenida no sumó la mesada adicional del año 2016 que correspondía a la suma de $13.913.328, error que explica la diferencia entre el retroactivo pensional arrojado en primera instancia, con el calculado en esta sede; pero como esa decisión tampoco fue controvertida por el apoderado judicial de la parte actora, la misma se conservará aplicando nuevamente el principio de la *no reformatio in pejus*; siendo del caso advertir que ninguna de las mesadas se encuentra cobijada por el fenómeno de la prescripción.

Del retroactivo pensional causado se autoriza a la Administradora Colombiana de Pensiones para que descuente el 12% correspondiente a los aportes en salud.

En lo que tiene que ver con los intereses moratorios previstos en la Ley 100 de 1993, precisó la Sala de Casación Laboral en las sentencias de 31 de marzo de 2009 radicación Nº 33.761, 12 de noviembre de 2009 radicación Nº 35.228 y en la SL-466 de 17 de julio de 2013 radicación Nº 44.363, entre otras, que los intereses que se contemplan en ese texto legal operan respecto de las pensiones disciplinadas por el Sistema de Seguridad Social en Pensiones consagrado por esa Ley y en aquellas que sean reconocidas con base en el Acuerdo 049 de 1990 que se otorguen en vigencia de la Ley 100 de 1993; por lo que, tal y como ya se dijo líneas atrás, al habérsele reconocido al señor Torres Hurtado la pensión de vejez bajo los lineamientos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 y al no habérsele cancelado en debida forma las mesadas causadas entre el 1º de junio de 2016 y el 28 de febrero de 2017, dentro de los cuatro meses siguientes a la petición elevada el 9 de septiembre de 2016, como se ve en la resolución Nº GNR367682 de 5 de diciembre de 2016 –fls.102 a 104-, tiene derecho también a que se le reconozcan los referenciados intereses a partir del 9 de enero de 2017 y hasta que se verifique el pago total de la obligación, como acertadamente lo estableció el Juzgado Primero Laboral del Circuito.

De conformidad con lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia proferida el 12 de agosto de 2019.

Costas en esta sede a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones en un 100%.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral Nº 3 del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia recurrida.

**SEGUNDO. CONDENAR** en costas en esta instancia a la parte demandada en un 100%.

Notificación surtida en estrados.

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

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Ponente

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

Magistrada Magistrada

Salva voto parcial