**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-005-2015-00016-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Bertulfo de Jesús Franco Botero

**Demandado:** Colpensiones

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

**Magistrado Ponente:** Issa Rafael Ulloque Toscano.

**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; intelección reiterada por la Sala de Casación Laboral en sentencia del 47.236 del 6 de abril del año en curso, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

(…)

En este orden de ideas, como se acreditó que el señor Franco Botero además de satisfacer los requisitos previstos en el artículo 12 *ibídem*, dejó de cotizar al sistema general pensiones el 30 de marzo de 2009 y que el 24 de abril siguiente, esto es, transcurridos tan solo 24 días radicó la solicitud de reconocimiento pensional, se puede deducir razonablemente 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 25 de abril de 2009*.*

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**

**MAGISTRADO PONENTE: ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los siete (07) días del mes de junio de dos mil dieciséis (2016), siendo las ocho de la mañana (08:00 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 recurso de apelación interpuesto por la parte actora respecto de la sentencia proferida el 08 de septiembre de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Bertulfo de Jesús Franco Botero** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y que se encuentra radicado bajo el N° 66001-31-05-005-2015-00016-01.

**I. REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderado:

1. **TRASLADO A LAS PARTES**

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

**III. ANTECEDENTES:**

El señor Bertulfo de Jesús Franco Botero solicita que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez desde la fecha en que reunió los requisitos para acceder a ella, es decir, desde el 6 de abril de 2009 por lo tanto, se ordene el pago del retroactivo pensional causado entre el 9 de abril –sic- de 2009 al 1° de marzo de 2010, fecha en la cual se le empezó a cancelar esa prestación, junto con los intereses moratorios y las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que mediante Resolución N° 00705 de 2010 le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2010, bajo los fundamentos del Acuerdo 049 de 1990, que cumplió los 60 años de edad el 6 de abril de 2009, fecha para la cual contaba con las semanas necesarias para acceder a esa prestación.

Refiere que su última cotización al sistema pensional fue por el periodo de marzo de 2009.

Por ultimo indica que solicitó al ISS y posteriormente a COLPENSIONES el reconocimiento del retroactivo, sin respuesta alguna.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso atodas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa señaló que para determinar la fecha exacta en que ocurrió la desafiliación del sistema debe acudirse a la historia laboral válida para prestaciones sociales y no simplemente al acto administrativo que reconoció el derecho; interpuso como excepciones de fondo las que rotuló como “Inexistencia de la obligación”, “Improcedencia del re reconocimiento de intereses moratorios o indexación de montos”, “Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Buena fe” y “Genéricas”.

**IV. SENTENCIA DEL JUZGADO**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, declaró probada la excepción de prescripción y en consecuencia absolvió a la entidad demandada de las pretensiones de la demanda.

Para arribar a esa decisión manifestó que una vez solicitado el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del actor, la misma le fue concedida mediante Resolución N° 00705 de 2010, notificada el 20 de marzo de 2010, momento a partir del cual empieza a computarse el término de prescripción. Así mismo que mediante Resolución N° 4061 –sic- COLPENSIONES le negó al actor el retroactivo solicitado en razón de petición presentada el 9 de abril de 2010. De ahí que teniendo en cuenta la fecha en que se solicitó el derecho o aquella en que se notificó la Resolución inicial, la parte actora dejó transcurrir más de los 3 años que tenía para demandar.

**V. RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la anterior decisión se alzó la apoderada judicial de la parte actora indicando que la prescripción no opera en relación a las pensiones, toda que se trata de una prestación social de tracto sucesivo, tal y como se ha definido por vía jurisprudencial.

1. **CONSIDERACIONES**

 **Del problema jurídico.**

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

¿Desde cuándo debe reconocerse la pensión de vejez al señor Franco Botero?

¿Al señor Bertulfo de Jesús Franco Botero le asiste el derecho a obtener el reconocimiento y pago del retroactivo pensional pretendido?

Si la respuesta al interrogante anterior fuera positiva ¿las mesadas pensionales del retroactivo generado han sido afectadas por el fenómeno prescriptivo?

***¿***Hay lugar a condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

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, 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° 00705 del 4 de febrero de 2010 *–fl. 7 y s.s. del cuaderno de primer grado*- en el equivalente a $515.000 a partir del 1° de marzo de 2010.

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 a diferencia de la fecha adoptada por la Administradora Colombiana de Pensiones en el acto administrativo de reconocimiento, la parte actora aduce que debió serlo desde el 9 de abril –sic- de 2010, fecha para la cual había cumplido la totalidad de requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, dado que cumplió los 60 años de edad el 6 de abril anterior y su última cotización data del 30 de marzo de esa misma anualidad.

**De la fecha en que debe ser reconocida la pensión de vejez**

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 2 de octubre de 2013, radicado 44362, con ponencia de la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, ha expuesto lo siguiente:

 “Para determinar la fecha a partir de la cual procede el pago de la pensión de vejez, es pertinente clarificar que el hecho de no cotizar al sistema una vez se satisfacen los requisitos legales para acceder a aquella, no implica per se la desafiliación que exige la normativa en cuestión, pues no puede perderse de vista que debe existir un acto declarativo de la voluntad, para que la entidad de seguridad social actúe de conformidad, y adopte las medidas para excluir definitivamente del sistema al afiliado.

 Ello tiene una relevancia mayúscula, en la medida en que la afiliación no se suspende o se suprime por el hecho de que se deje de cotizar, pues aquella garantiza el acceso a la protección de las contingencias de la vida bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, entre los cuales está obviamente la cancelación de las cuotas correspondientes, que a la postre son las que van a permitir que se reconozcan, entre otras, las prestaciones pertinentes.

 Por demás, el hecho de que se produzca una novedad de retiro de un trabajador, al servicio del empleador, no puede tampoco asimilarse a la desafiliación, en tanto aquella simplemente da cuenta de una situación propia del mundo del trabajo, que no descarta la posibilidad de un nuevo ingreso, mientras que la otra tiene el carácter de definitiva y de ella pueden emerger determinados derechos”.

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; intelección reiterada por la Sala de Casación Laboral en sentencia del 47.236 del 6 de abril del año en curso, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

**Del caso concreto:**

De conformidad con los elementos probatorios adosados al expediente, se tiene que el señor Bertulfo de Jesús Franco Botero nació el 6 de abril de 1949 *–fl. 53*-, por lo tanto, arribó a los 60 años de edad en la misma fecha de 2009; que para esa calenda tenía acreditadas 664 semanas de cotización, de las cuales 508 corresponden a ciclos cancelados dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse *–conforme se extracta de la Resolución N° 00705 de 2010 que reconoció la prestación (fl. 7)-*, con lo cual se advierte causada la pensión de vejez.

Por su parte, respecto de la fecha en que la parte actora radicó la solicitud de reconocimiento pensional, de conformidad con la información que reposa en el expediente administrativo que fuera allegado por la entidad accionada, se tiene que inicialmente y mediante Resolución N° 006948 de 2009, se le negó al actor el derecho pensional que fuera solicitado el día 24 de abril de ese mismo año –fl. 31-, momento para el cual ya había cesado las cotizaciones, toda vez que la historia laboral da cuenta de que el último ciclo cancelado lo fue el correspondiente al del mes de marzo de 2009.

En este orden de ideas, como se acreditó que el señor Franco Botero además de satisfacer los requisitos previstos en el artículo 12 *ibídem*, dejó de cotizar al sistema general pensiones el 30 de marzo de 2009 y que el 24 de abril siguiente, esto es, transcurridos tan solo 24 días radicó la solicitud de reconocimiento pensional, se puede deducir razonablemente que desde el día que en que cumplió los 60 años de edad -6 de abril de 2009- se produjo su desafiliación del sistema, y por ende desde el día siguiente era posible el disfrute de la pensión, es decir, desde el 7 de abril de 2009*.*

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.

En este orden de ideas, el retroactivo sería el generado entre el 7 de abril de 2009 y el 28 de febrero de 2010.

Ahora bien, respecto a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, respecto de la cual el juzgado declaró su prosperidad, tomando como base para computar los 3 años, la fecha de la notificación de la Resolución N° 00705 de 2010, que lo fue el 20 de marzo de 2010 o el 9 de abril de ese mismo año, cuando presuntamente el actor solicitó el reconocimiento del retroactivo, extrayendo esta información de la Resolución N° 4061 de 2010 –fl. 183 y s.s.- sin embargo, esta última decisión no parece haberse proferido oficialmente, toda vez que carece de firma del funcionario competente y por el contrario en ella reposan varias observaciones e incluso una nota que dice *“devolver al sustanciador, verificar retiros, aplicar prescripción 4 años s/q circular nivel Nal”,* fechas a partir de las cuales se puede inferir configurado el fenómeno prescriptivo por cuanto la demanda fue presentada el 19 de enero de 2015, es decir, casi 5 años después.

No obstante lo anterior, advierte la Sala que el actor a través de su apoderada judicial radicó nueva solicitud de reconocimiento del retroactivo pensional el 12 de marzo de 2014 *–fl. 5-* por lo tanto, con esa actuación interrumpiría la prescripción de las mesadas causadas dentro de los 3 años previos, esto es, hasta el 12 de marzo de 2011, lapso que de todas maneras no alcanza a cobijar el retroactivo causado y reconocido a través de este proceso.

Dada la conclusión a la que acaba de arribarse, la Sala se encuentra relevada por obvias razones de efectuar disquisiciones frente a la procedencia o no del reconocimiento de los intereses moratorios deprecados.

Así las cosas, se observa que la sentencia objeto de censura es acertada y habrá de confirmarse.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora por no haber prosperado el recurso interpuesto.

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 08 de septiembre de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **BERTULFO DE JESÚS FRANCO BOTERO** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de la parte actora por no haber prosperado el recurso interpuesto.

**NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.**

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

Magistrado Ponente

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

 Magistrada Magistrado

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario