**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-005-2014-00730-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Javier Castaño Mejía

**Demandado:** Colpensiones

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

**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.

**FACULTADES EXTRA Y ULTRA PETITA:**

Revisado el libelo introductorio, se advierte que la parte actora no enlistó como pretensión el reconocimiento de los aludidos intereses, de tal manera que para que fueran objeto de condena por la juzgadora de primer grado, esta debía atender los presupuestos del artículo 50 del Código Procesal Laboral, que dispone: *“el juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos,* ***cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en juicio y estén debidamente probados…****”.*

Conforme a lo expuesto, la procedencia de los intereses de mora, debió por lo menos discutirse al interior del proceso, circunstancia que no se encuentra cumplida como quiera que, se itera, no fue peticionada en la demanda y, por lo tanto, la entidad administradora accionada no tuvo la oportunidad de cuestionarla.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los veintiséis (26) días del mes de julio de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (09:00 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 y el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Javier Castaño Mejía** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y que se encuentra radicado bajo el N° 66001-31-05-005-2014-00730-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderado:

**Traslado a las partes**

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

**ANTECEDENTES**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

El señor Javier Castaño Mejía solicita que se declare que tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez desde el 1° de agosto de 2013, en consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocerle el retroactivo pensional causado entre esa fecha y el 31 de septiembre de 2014, debidamente indexado y, las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 11 de junio de 1953, por lo que cumplió los 60 años en la misma fecha del año 2013, oportunidad para la cual tenía más de 1500 semanas cotizadas ; (ii) el 18 de marzo de 2014, elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, prestación que le fue reconocida a partir del 1° de septiembre de 2014 y en cuantía de $7.347.971, mediante Resolución N° GNR 290175 de 20 de agosto de 2014 expedida por Colpensiones; (iii) frente a la referida resolución interpuso los recurso de ley, para solicitar se le reconociera el retroactivo, pero mediante Resolución N° GNR 403745 de 18 de noviembre de 2014 se confirmó la inicial.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso atodas las pretensiones de la demanda e interpuso como excepciones de fondo las que rotuló como “Inexistencia de la obligación”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios e indexación de montos”, “Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Cosa juzgada” y “Genéricas”.

1. **Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, declaró que el actor tenía derecho a que la pensión de vejez le fuera reconocida desde el 19 de marzo de 2014, por lo tanto, reconoció el retroactivo pensional causado desde esa calenda y hasta el 30 de agosto de 2014; ordenó el reconocimiento de intereses moratorios a partir del 19 de septiembre del mismo año, sobre el retroactivo pensional.

Para arribar a esa conclusión, precisó en primer lugar, la diferencia existente entre los conceptos de causación y disfrute de la pensión, en el sentido que el primero se genera una vez cumplidos los requisitos para acceder a la prestación, mientras que el segundo, se da una vez se genera la desafiliación del sistema. Frente a este aspecto, aclaró que el mismo no se equipara a la falta de cotización, porque se requiere una declaración de voluntad para que la entidad actúe de conformidad y adopte las medidas para excluir del sistema al afiliado.

Refirió que en el caso concreto, si bien el actor había cumplido los requisitos para acceder a la pensión desde junio de 2013 y había cesado las cotizaciones desde julio de ese mismo año, como solicitó el reconocimiento del derecho pensional solo hasta el 18 de marzo de 2014, era esta la fecha en que debía entenderse configurada la manifestación de voluntad

Declaró no probada las excepciones presentadas y condenó en costas a la entidad demandada.

**3. Del recurso de apelación**

Inconforme con la decisión, la vocera judicial del actor presentó recurso de apelación, el que argumentó en que la pensión debe reconocerse a partir del 1° de agosto de 2013, fecha en la que había cumplido requisitos, cesado en las cotizaciones e inclusive el empleador había reportado la novedad de retiro.

Indicó que en el presente caso no se da un retiro tácito del sistema, sino que efectivamente se expresó esa novedad de retiro y en la historia laboral se evidencia que efectivamente, a partir de ese momento no hay más cotizaciones, por lo tanto, es evidente que el actor no tenía ánimo de seguir cotizando.

Finalmente, solicitó que el Tribunal oficiosamente solicite al “PILA” que certifique si se realizó la novedad de retiro como lo reportó el empleador, pero que por razones no imputables al demandante no se ve reflejada en la historia laboral.

4. **Del grado jurisdiccional de consulta**

Respecto de la anterior decisión, esta Corporación mediante proveído de 21 de agosto de 2015 y dado que fue adversa a los intereses de Colpensiones, ordenó el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.L. y la jurisprudencia.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos.**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los problemas jurídicos en los siguientes términos:

* 1. ¿Desde cuándo debe reconocerse la pensión de vejez al señor Javier Castaño Mejía?

1.2. ¿Al señor Castaño Mejía le asiste el derecho a obtener el reconocimiento y pago del retroactivo pensional pretendido?

1.3. ¿En el presente asunto, era viable la condena por intereses moratorios aún cuando los mismos no fueron peticionados en la demanda y tampoco fueron discutidos al interior del proceso?

1. **Solución a los interrogantes planteados**

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, a partir del 1° de septiembre de 2014, 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° GNR 290175 de 20 de agosto de ese año, en la cual, aunque se relacionaron tiempos públicos, los mismos no fueron tenidos en cuenta para el reconocimiento de la prestación, tal y como se advierte a folios 14 vto. y s.s.

En este punto, resulta pertinente precisar que la aplicación de la referida normativa, se llevó a cabo, dado que el mismo resultaba beneficiario del régimen de transición, aun teniendo en cuenta las previsiones del acto legislativo 01 de 2005; por edad, porque al 1° de abril de 1994 contaba con 40 años de edad cumplidos –nació el 11 de junio de 1953-, así como por semanas cotizadas, dado que sumadas las semanas cotizadas al ISS hasta el 29 de julio de 2005 y el tiempo laborado como servidor público entre el 1° de marzo de 1971 y el 31 de agosto de 1990 –relacionado en la Resolución N° GNR 290175 de 2014 –fl. 13 y s.s.-, se tiene un total de 837,72 semanas

Ahora bien, 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 la funcionaria de primer grado determinó que lo era a partir del 19 de marzo de 2014; mientras que la parte actora indica que debe ser desde el 1° de agosto de 2013, fecha para la cual cumplía con los requisitos de edad y tiempo de servicios, además había cesado las cotizaciones y su empleador había reportado la novedad de retiro.

* 1. **De la fecha en que debe ser reconocida la pensión de vejez**
		1. **Fundamento Jurídico:**

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 6 de abril de 2016, radicado 47236, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha expuesto lo siguiente:

“Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el *ad quem* y que denominó *«teoría de la desafiliación tácita del sistema»*, cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

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”.

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 le corresponde por regla general al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia laboral ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede inferirse de las circunstancias que rodean cada caso en particular, como es dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte del afiliado.

De otro lado, es necesario precisar que no pueden equiparse los conceptos de retiro y desafiliación del sistema, toda vez que el primero, hace referencia a un cambio en la situación laboral del empleador, pero la segunda, se refiere directamente a la cesación de la pertenencia al sistema, evento que solo puede darse cuando efectivamente se encuentran satisfechos los requisitos para acceder a una de las prestaciones derivadas del sistema.

* 1. **Fundamento fáctico**

De conformidad con los elementos probatorios adosados al expediente, se tiene que el señor Javier Castaño Mejía nació el 11 de junio de 1953, conforme se extracta de la fotocopia de la cédula de ciudadanía, visible a folios 11 del cd. 1, por lo tanto, arribó a los 60 años de edad en la misma fecha de 2013; que para esa calenda tenía acreditadas 909 semanas de cotización efectuadas exclusivamente al ISS, de las cuales 874,15 lo fueron en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, con lo cual se advierte causada la pensión de vejez con suficiencia, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Por su parte, respecto de la fecha en que el actor radicó la solicitud de reconocimiento pensional, tal y como se adujo en el hecho cuarto de la demanda y también da cuenta la Resolución N° GNR 290175 de 2014 –fl. 13-, amén de haber sido aceptado por la entidad demandada al contestar la misma –fl. 34- dicho acto se llevó cabo el 18 de marzo de ese mismo año.

Adicional a lo anterior, la parte actora demostró con la historia laboral allegada al proceso –fls. 23 y s.s. y 48 y s.s.-, que la última cotización efectuada al sistema lo fue para el ciclo julio de 2013, momento en el cual, arribó a un total de 1.073,01 semanas, pero teniendo en cuenta 156,86 laboradas en las Empresas Públicas Municipales, por lo tanto, al restarle estas, se cuenta con 916,14 a esa calenda.

El conjunto de los actos desplegados por el actor, permite inferir que desde el momento de la última cotización al sistema, dada la proximidad que tuvo con la solicitud de reconocimiento pensional, que la voluntad inequívoca del señor Castaño Mejía era la de retirarse del sistema, contrario a lo colegido por la primera instancia, en el sentido que la desafiliación del sistema debe entenderse satisfecha tan solo a partir de la fecha en que se efectuó la reclamación administrativa.

En suma, como fecha de desafiliación del sistema de parte de señor Javier Castaño Mejía, se tendrá el 1° de agosto de 2013, en consecuencia, el retroactivo será el generado entre esa calenda y el 31 de agosto de 2014, por lo que se modificará la sentencia revisada en este aspecto.

Así las cosas, el retroactivo pensional, asciende a la suma de $102´016.290, por el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2013 al 30 de agosto de 2014, conforme a la liquidación que se pone de presente a los asistentes y hace parte integral de esta decisión.

Ahora bien, respecto a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, la misma no está llamada a prosperar, como quiera que desde la fecha en que se entiende operó el retiro del sistema y por tanto, se hizo exigible la prestación, esto es, 1° de agosto de 2013 y la fecha de presentación de la demanda -19-12/2014-, conforme al acta individual de reparto –fl. 29 vto.-, aun sin tener en cuenta la interrupción presentada con la reclamación administrativa, es evidente que no transcurrieron más de 3 años para que operara el fenómeno prescriptivo.

**2.2. Intereses moratorios – Facultades ultra y extra petita**

La condena emitida en el numeral cuarto de la sentencia revisada por concepto de intereses moratorios, a partir del 19 de septiembre de 2014 y hasta el pago efectivo de la obligación, sobre el retroactivo reconocido, será revocada por las razones que a continuación pasan a señalarse.

Revisado el libelo introductorio, se advierte que la parte actora no enlistó como pretensión el reconocimiento de los aludidos intereses, de tal manera que para que fueran objeto de condena por la juzgadora de primer grado, esta debía atender los presupuestos del artículo 50 del Código Procesal Laboral, que dispone: *“el juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos,* ***cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en juicio y estén debidamente probados…****”.*

Conforme a lo expuesto, la procedencia de los intereses de mora, debió por lo menos discutirse al interior del proceso, circunstancia que no se encuentra cumplida como quiera que, se itera, no fue peticionada en la demanda y, por lo tanto, la entidad administradora accionada no tuvo la oportunidad de cuestionarla.

Vale la pena precisar, que si bien en la contestación de la demanda, el apoderado judicial interpuso como excepción de fondo la de *“improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios o indexación de montos”,* analizado en su totalidad el escrito –fls. 34 y s.s., se infiere que se trata de un formato genérico utilizado como medio defensivo, más no destinado a la defensa efectiva o material frente a la pretensiones formuladas por el señor Castaño Mejía; pues nótese que se indicó que *“no es viable la* ***condena pretendida*** *toda vez que el derecho invocado por* ***los demandantes*** *no se ha consolidado”,* cuando en el presente asunto, no se formuló la pluricitada pretensión, la parte activa de la acción es singular y además, no puede decirse que el derecho no se encuentra consolidado, cuando en vía administrativa la pensión ya había sido reconocida.

Aunado a lo anterior, en los alegatos de conclusión, las partes guardaron silencio frente a este aspecto.

Por lo visto, no le era permitido a la jueza de primera instancia ordenar el reconocimiento y pago de los intereses de mora a favor de la parte actora.

Ahora bien, dado que se revocará la decisión de primera instancia en cuanto a los intereses moratorios reconocidos y, dado que la segunda pretensión condenatoria se orientó al reconocimiento de la indexación de las condenas, en esta Sede se accederá a la misma, teniendo en cuenta que el simple transcurso del tiempo afecta el valor de la moneda y que, es evidente que la misma resulta ser menos gravosa para la entidad demandada, respecto de quien se conoce la decisión de primera instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Por lo tanto, la suma que debe ser reconocida por concepto de indexación, asciende a $11´816.877, conforme a la liquidación que se pone de presente a los asistentes y forma parte integral del acta que se levante con ocasión de esta decisión.

**CONCLUSIÓN**

Así las cosas, se observa que los numerales segundo y tercero de la sentencia revisada deberán ser modificados en relación con la fecha a partir de la cual el demandante puede disfrutar de su pensión de vejez y el monto total del retroactivo, respectivamente y; se revocará el numeral cuarto, para en su lugar, absolver a la demandada del pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y, adicionar un numeral con el fin de condenarla a reconocer la suma de $11´816.877, por concepto de indexación del retroactivo.

Costas en esta instancia no se causaron, dada la prosperidad del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y por tratarse del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

**DECISIÓN**

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: MODIFICAR** los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Javier Castaño Mejía** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, los cuales quedarán así:

*SEGUNDO: DECLARAR que el señor Javier Castaño Mejía tiene derecho a que se le reconozca y pague el retroactivo pensional deprecado a partir del 1° de agosto de 2013, fecha en la cual tenía acreditados los requisitos para adquirir la pensión, además de la desafiliación del sistema.*

*TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a reconocer y pagar a favor del señor Javier Castaño Mejía un retroactivo de $102´016.290, liquidado entre el 1° de agosto de 2013 y el 30 de agosto de 2014, fecha en que Colpensiones le reconoció la pensión, teniendo en cuenta 13 mesadas.*

**SEGUNDO:** **REVOCAR** el numeral cuarto de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Javier Castaño Mejía** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión y, en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de la condena por concepto de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

**TERCERO: ADICIONAR** el numeral CUARTO de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2015 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Javier Castaño Mejía** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES,** el que será del siguiente tenor:

*CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a reconocer y pagar a favor del señor Javier Castaño Mejía la suma de once millones ochocientos dieciséis mil ochocientos setenta y siete pesos ($11´816.877), por concepto de indexación del retroactivo pensional reconocido, conforme se explicó en la parte motiva de esta decisión.-*

**CUARTO:** **CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**QUINTO:** Costas en esta instancia no se causaron, dada la prosperidad del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y por tratarse del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Notificación surtida en estrados.

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

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

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

 Magistrado Magistrada

**DANIEL BERMÚDEZ GIRALDO**

Secretario *Ad-hoc*

