**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-003-2015-00289-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Luis Alfonso Aguirre Márquez

**Demandado:** Colpensiones

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

**Magistrada Ponente:** Olga Lucía Hoyos Sepúlveda.

**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.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los cinco (05) días del mes de julio de dos mil dieciséis (2016), siendo las ocho y treinta minutos de la mañana (08:30 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 grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Luis Alfonso Aguirre Márquez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y que se encuentra radicado bajo el N° 66001-31-05-003-2015-00289-01.

**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 Luis Alfonso Aguirre Márquez solicita que se declare que es beneficiario del retroactivo pensional y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer el mismo desde el mes de octubre de 2014, fecha en la cual tenía acreditados los requisitos de edad y números de semanas cotizadas; así mismo, los intereses moratorios liquidados desde esa misma fecha y hasta cuando se efectúe el pago, las costas procesales y las agencias en derecho.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) presentó novedad de retiro a Colpensiones desde el mes de septiembre de 2014 por el mecanismo de planilla asistida, por lo que su empleador para el ciclo de octubre siguiente solo canceló salud y ARL, (ii) que COLPENSIONES a través de la Resolución N° GNR 85181 del 24 de marzo de 2015 le reconoció la prestación a partir del 1° de abril de 2015, sin reconocer el retroactivo desde octubre de 2014, cuando reportó la novedad de retiro, (iii) que frente al anterior acto administrativo presentó recurso de reposición, sin que le haya sido resuelto.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso atodas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa señaló que si bien en la historia laboral solo aparecen cotizaciones hasta el mes de septiembre de 2014, no se observa el reporte de la novedad de retiro, por lo que no se encuentra obligado a reconocer el retroactivo pretendido; interpuso como excepciones de fondo las que rotuló como “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

1. **Síntesis de la sentencia consultada**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, declaró que el actor tenía derecho a que la pensión de vejez le fuera reconocida desde el 1° de octubre de 2014, fecha en la cual tenía acreditadas las condiciones para ser pensionado y además se había retirado del sistema, conforme fue reportado en la planilla de ASOFONDOS visible a folio 16 del expediente. En consecuencia, le reconoció el retroactivo generado entre el 1° de octubre de 2014 y el 30 de marzo de 2015 en la suma de $51´460.234, al cual debe descontársele la suma de $6´175.228 por concepto de descuentos en salud y, reconoció los intereses moratorios causados por 15 días de mora.

**3. Del grado jurisdiccional de consulta**

La anterior decisión no fue recurrida pero teniendo en cuenta que la misma fue adversa a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, se ordenó el grado jurisdiccional de consulta.

**CONSIDERACIONES**

1. **Del problema jurídico.**

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

* 1. ¿Desde cuándo debe reconocerse la pensión de vejez al señor Luis Alfonso Aguirre Márquez?

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

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 abril de 2015, 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 85181 de 14 de marzo de 2015.

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 entidad demandada determinó que ante la omisión del reporte de la novedad de retiro solo podía reconocerla a partir de corte de nómina, esto es, a partir del 1° de abril de 2015, como se expresó líneas atrás, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990; mientras que la parte actora insiste en que debe ser desde el 1° de octubre de 2014, fecha para la cual cumplía con los requisitos de edad y tiempo de servicios y además se había reportado la novedad de retiro por parte del empleador a través de la planilla de ASOFONDOS.

* 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 44362, 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”.

El anterior enfoque ya había sido acogido por esta Corporación desde el año 2015 y por este Despacho recientemente.

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 Luis Alfonso Aguirre Márquez nació el 29 de junio de 1954, por lo tanto, arribó a los 60 años de edad en la misma fecha de 2014 -fl. 20-; que para esa calenda tenía acreditadas 1.481,14 semanas de cotización, con lo cual se advierte causada la pensión de vejez con suficiencia.

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 quinto de la demanda y también da cuenta la Resolución N° GNR 85181 de 24 de marzo de 2013 –fl. 11-, dicho acto se llevó a cabo el 9 de octubre de 2014.

Adicional a lo anterior, la parte actora demostró que para el ciclo octubre de 2014, pagadero en noviembre de esa misma anualidad, su empleador reportó en la planilla de ASOPAGOS la novedad de retiro y, en razón de ello, solo cotizó para los subsistemas de salud y riesgos profesionales –hoy laborales –fl. 16-, situación que coincide con la información reportada en la historia laboral del señor Aguirre Márquez donde se advierte que las cotizaciones se extienden únicamente hasta el ciclo de septiembre de 2014.

En este orden de ideas, existen diferentes hechos que demuestran la voluntad inequívoca del señor Luis Alfonso Aguirre Márquez de retirarse del sistema; de tal manera que como fecha de desafiliación se tendrá en cuenta el 30 de septiembre de 2014, por cuanto la última cotización corresponde a ese ciclo, tenía reunidos los requisitos para acceder a la pensión y el 9 de octubre siguiente radicó la solicitud de reconocimiento pensional.

Así las cosas, el retroactivo sería el generado entre el 1° de octubre de 2014 y el 31 de marzo de 2015, conforme se decidió en primera instancia, por lo que se confirmará la sentencia revisada en este aspecto.

Ahora bien, respecto a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, la misma no está llamada a prosperar, como quiera que aun tomando la fecha en que fue proferida la Resolución N° GNR 85181 de 24 de marzo de 2015 –fl. 11- y la fecha de presentación de la demanda -28-05/2015-, conforme al acta individual de reparto –fl. 22- es evidente que no transcurrieron más de 3 años para que operara el fenómeno prescriptivo.

**2.2. Intereses moratorios**

**2.2.1. Fundamento jurídico**

En lo que tiene que ver con la fecha a partir de la cual proceden los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 700 de 2001, el término con que cuentan las administradoras de pensiones para proceder con el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez no puede sobrepasar los seis meses contados a partir del momento en que se radique la solicitud de reconocimiento pensional con el lleno de todos los requisitos legales.

En el caso de autos, el Juez de primer grado, concluyó que proceden los aludidos intereses sobre el retroactivo generado por un lapso de 15 días.

**2.2.2. Fundamento fáctico**

Encuentra la Sala, teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento pensional fue presentada por el demandante el día 9 de octubre de 2014, que la entidad contaba hasta el 8 de abril de 2015 para efectuar el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales respectivas, sin embargo, ello no ocurrió, precisamente porque solo a través de este proceso es que se le condenó al pago de las mismas –retroactivo-, de tal manera que los intereses deberían correr a partir de la última calenda anunciada y hasta el pago efectivo de la obligación, haciéndose necesario modificar la sentencia en este aspecto; no obstante, como ello se analiza en virtud del grado jurisdiccional de consulta, que se surte a favor de Colpensiones, no es posible imponerle una condena más gravosa.

Así las cosas, se observa que la sentencia revisada tendrá que ser confirmada en su totalidad.

Costas en esta instancia no se causaron tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**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: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **LUIS ALFONSO AGUIRRE MÁRQUEZ** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia por haber conocido del asunto en sede de consulta.

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

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

 Magistrada Magistrado

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario