**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-002-2014-00608-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Diego Loaiza Ramírez

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Segundo 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.

**INCREMENTOS PENSIONALES – PRESCRIPCIÓN:**

Ahora bien, frente al derecho a los incrementos pensionales, estos se hacen exigibles desde el mismo momento en que se efectúa el reconocimiento de la pensión, tal y como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, en diferentes decisiones, pero que para el caso concreto, se trae a colación aquella con radicado N° 45197 del 18 de febrero de 2015, donde reitera la N° 27923 del 12 de diciembre de 2007, de lo cual se puede inferir que se trata de una línea constante al respecto…”

Descendiendo al caso concreto, se advierte que con la solicitud de reconocimiento pensional, que lleva inmerso el reconocimiento del retroactivo generado, radicada ante Colpensiones el 4 de mayo de 2011, se interrumpió la prescripción de las mesadas que pudieron haberse causado hasta ese momento y, como la entidad solo emitió su decisión a través de la Resolución N° 2673 de 2012, que le fue notificada al actor el 5 de julio de 2012, –fl. 10 vto. del cd. 1- a partir de esta última fecha, empieza a contarse nuevamente el término de prescripción, en razón a la interrupción.

En consecuencia, el señor Loaiza Ramírez contaba hasta el 5 de julio de 2012, como plazo máximo para presentar la demanda tendiente al reconocimiento del retroactivo pensional echado de menos, lo que evidentemente cumplió, toda vez que conforme al acta individual de reparto, el libelo que dio origen al presente proceso fue radicado el día 31 de octubre de 2014 –fl. 19 cuaderno principal-.

**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 y treinta minutos de la mañana (09:30 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 15 de diciembre de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Diego Loaiza Ramírez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y que se encuentra radicado bajo el N° 66001-31-05-002-2014-00608-01.

**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 Diego Loaiza Ramírez solicita que se ordene el reconocimiento y pago de: (i) retroactivo generado entre el 4 de mayo de 2011 y el 11 de mayo de 2012; (ii) incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, desde el 4 de mayo de 2011; (iii) los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y, (iv) las costas del proceso.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) el 11 de abril de 2011 cumplió los 60 años de edad y hasta el día anterior, efectuó cotizaciones al régimen pensional, alcanzando un total de 1.812 semanas; (ii) el 04 de mayo de 2011, elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, prestación que le fue reconocida mediante Resolución N° 2673 de 11 de mayo de 2012, a partir del 1° de junio de 2012 expedida por el ISS, es decir, que no reconoció el retroactivo generado desde el momento en que cumplió los requisitos para pensionarse y radicó la solicitud de reconocimiento pensional; (iii) frente a referida resolución interpuso recurso de reposición, pero a la fecha de presentación de la demanda no le había sido resuelto; (iv) el 9 de octubre de 2014 solicitó reconocimiento de incremento pensional por cónyuge a cargo, pero le fue negada mediante oficio N° BZ2014-8503741-26238990; (v) convive con la señora Oliva Taborda Robledo desde hace más de 25 años, quien depende económicamente de él y, con quien procreó un hijo, que en la actualidad tiene 24 años de edad; (vi) la pensión le fue reconocida con base en el Acuerdo 049 de 1990, normativa que en el artículo 21, literal b) establece el incremento del 14% por cónyuge o compañero (a) permanente a cargo; (vii) al momento de reconocérsele la pensión no le fueron reconocidos los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso atodas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa señaló que para tener derecho al retroactivo pensional, es necesario el cumplimiento de los requisitos para acceder a la gracia pensional y, la desafiliación al sistema, esta última no acreditada por el actora y, respecto de los incrementos pensionales, indicó que el régimen transicional permite la aplicación de la norma anterior para el reconocimiento de la pensión, pero no para los derechos accesorios como lo son los incrementos; interpuso como excepciones de fondo las que rotuló como “Inexistencia del derecho”, “Buena Fe” y “Prescripción”.

1. **Síntesis de la sentencia consultada**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, declaró que el actor tenía derecho a que la pensión de vejez le fuera reconocida desde el 4 de mayo de 2011, porque en esa fecha se había presentado el retiro tácito del sistema, consecuente con ello, reconoció el retroactivo causado entre esa calenda y el 31 de mayo de 2012. Accedió al incremento pensional por cónyuge a cargo desde la fecha de reconocimiento de la pensión, dado que el actor logró acreditar ser beneficiario del régimen de transición y por ende, destinatario del Acuerdo 049 de 1990, normativa que en el artículo 21, consagra ese derecho, respecto del cual, también logró probar que la señora Oliva Taborda convivía y dependendía económicamente de él y; ordenó el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir de la ejecutoria de la sentencia.

**3. Del grado jurisdiccional de consulta**

Respecto de la anterior decisión, dado que fue adversa a los intereses de Colpensiones, se 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 Diego Loaiza Ramírez?

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

1.3. ¿El demandante cumple los requisitos exigidos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, para acceder al incremento de su pensión, por tener compañera permanente a cargo?

1.4. ¿En el presente asunto, logró configurarse el fenómeno prescriptivo frente a los derechos reclamados?

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 junio de 2012, 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° 2673 de 11 de mayo de 2012.

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 lo hizo a partir del 1° de junio de 2012, como se enunció en precedencia; mientras que la parte actora indica que debe ser desde el 4 de mayo de 2011, fecha para la cual cumplía con los requisitos de edad y tiempo de servicios y además se había retirado del sistema.

* 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, al 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 equipararse 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.

**2.1.2. Fundamento fáctico**

De conformidad con los elementos probatorios adosados al expediente, se tiene que el señor Diego Loaiza Ramírez nació el 1°de abril de 1951, conforme se extracta de la fotocopia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 8 del cd. 1, por lo tanto, arribó a los 60 años de edad en la misma fecha de 2011; que para esa calenda tenía acreditadas 1807,86 semanas de cotización, 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 tercero de la demanda y también da cuenta la Resolución N° 2673 de 2012 –fl. 9 y s.s.-, amén de haber sido admitido por Colpensiones, al momento de contestar la demanda –fl. 36- dicho acto se llevó cabo el 4 de mayo de 2011, esto es, al mes de acreditarse la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión.

Adicional a lo anterior, la parte actora demostró con la historia laboral allegada al proceso –fls. 42 y s.s.-, que la última cotización efectuada al sistema lo fue para el ciclo de abril de 2010, momento en el cual, arribó a un total de 1807,86 semanas, como se había anunciado líneas atrás.

En este orden de ideas, existen diferentes hechos que demuestran que la voluntad inequívoca del señor Diego Loaiza Ramírez era la de retirarse del sistema; de tal manera que como fecha de desafiliación, debería haberse tenido en cuenta el 1° de abril de 2011, por cuanto para esa calenda tenía reunidos los requisitos para acceder a la pensión (dado que ese día arribó a los 60 años de edad), había acreditado que la última cotización al sistema era la del mes de abril de 2010 y el 4 de mayo de 2011, había solicitado el reconocimiento de la prestación; sin embargo, como en la demanda se solicitó que el retroactivo se reconociera desde esta última calenda y, así lo atendió el juzgado de primer grado, esta Corporación en virtud del principio de congruencia, aunado a que la revisión de la sentencia, se hace en virtud del grado jurisdiccional que se surte a favor de Colpensiones, se abstendrá de modificar la sentencia en ese sentido.

Así las cosas, el retroactivo sería el generado entre el 4 de mayo de 2011 y el 31 de mayo de 2012, conforme se decidió en primera instancia, por lo que se confirmará la sentencia revisada en este aspecto, aclarando, que lo que se evidencia es la concurrencia de actos externos de la voluntad del afiliado que demuestran que incuestionablemente pretendía retirarse del sistema, más no que lo presentado obedece a un retiro tácito del mismo.

**2.2. De los incrementos pensionales**

**2.2.1. Fundamento Jurídico:**

Conforme lo establecido por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, para que surjan a la vida jurídica dichos incrementos adicionales por cónyuge o compañero o compañera permanentes, es necesario que:(i) la pensión de la cual se deriven surja de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y,(ii)Que el cónyuge o compañero (a) permanentes no tenga pensión propia y dependa económicamente del pensionado.

Ahora bien, ha manifestado la Sala de Casación Laboral en sentencias de 27 de julio de 2005 radicación Nº 21.517; 5 de diciembre de 2007 radicación Nº 29.531 y agosto de 2010 radicación Nº 35.345, que el incremento pensional no fue derogado tácitamente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y aplica en la actualidad para las personas que accedan al derecho pensional con base en el Acuerdo 049 de 1990, así sea bajo los postulados del régimen de transición.

**2.2.2. Fundamento fáctico**

Atendiendo los medios probatorios allegados al infolio, para la Sala existe certeza respecto a los siguientes aspectos: i) el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de vejez al señor Diego Loaiza Ramírez, por haber reunido los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, tal como se advierte en la Resolución Nº 2673 de 2012 –fl. 9- ; ii) el demandante y la señora Oliva Taborda Robledo han convivido de manera ininterrumpida por un lapso de aproximadamente 37 años y, además ella depende económicamente de él, pues así lo expresaron los testigos[[1]](#footnote-1) escuchados a solicitud de las partes, quienes en forma unánime relataron acerca de su convivencia en los municipios de Cartago y Tolú, que la misma ha sido continua, dentro de la cual procrearon a un hijo que en la actualidad es mayor de edad, así mismo que la señora Oliva nunca ha laborado y que la única labor que en algún momento desempeñó fue venta de arepa que no fue rentable.

De esta manera, la parte actora logró acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para ser beneficiario del incremento pensional equivalente al 14% por persona a cargo previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990; siendo procedente confirmar la decisión de primer grado en este aspecto.

**2.3. De la prescripción**

**2.3.1. Fundamento jurídico**

De conformidad con los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. las acciones que se deriven de los derechos laborales prescriben en los 3 años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible, pero el simple reclamo escrito del trabajador sobre el mismo, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual.

Por su parte, el artículo 6 del Código Adjetivo Laboral, indica que cuando la acción se dirija en contra de la Nación o cualquier autoridad de la administración pública, debe agotarse la reclamación administrativa y que ella se entiende surtida, cuando la misma ha sido resuelta o transcurrido un mes desde su presentación, no lo ha sido.

**2.3.2. Fundamento fáctico**

No existe duda que el derecho al retroactivo pensional se hace exigible a partir del momento en que confluyen en el afiliado los requisitos mínimos para acceder a la pensión y la desafiliación del sistema pensional, instante a partir del cual empieza a computarse el término prescriptivo previsto en las normas laborales.

Ahora bien, dicho término puede ser interrumpido con la presentación de la reclamación a la autoridad encargada de reconocerlo –artículo 2539 del C.C.-, evento en el cual, empieza a computarse el lapso trienal de nuevo; no obstante, cuando la entidad se demora en emitir la respuesta correspondiente, el inicio del nuevo cómputo solo se presenta una vez le es notificado al interesado el acto administrativo que contiene la decisión, intelección apenas lógica, porque es a partir de ese instante donde se tiene conocimiento de la forma en que fue reconocido el retroactivo, esto es, si lo fue atendiendo la fecha de su generación o si por el contrario, lo fue desde una calenda posterior, evento en el cual, procede la correspondiente modificación.

Descendiendo al caso concreto, se advierte que con la solicitud de reconocimiento pensional, que lleva inmerso el reconocimiento del retroactivo generado, radicada ante Colpensiones el 4 de mayo de 2011, se interrumpió la prescripción de las mesadas que pudieron haberse causado hasta ese momento y, como la entidad solo emitió su decisión a través de la Resolución N° 2673 de 2012, que le fue notificada al actor el 5 de julio de 2012, –fl. 10 vto. del cd. 1- a partir de esta última fecha, empieza a contarse nuevamente el término de prescripción, en razón a la interrupción.

En consecuencia, el señor Loaiza Ramírez contaba hasta el 5 de julio de 2015, como plazo máximo para presentar la demanda tendiente al reconocimiento del retroactivo pensional echado de menos, lo que evidentemente cumplió, toda vez que conforme al acta individual de reparto, el libelo que dio origen al presente proceso fue radicado el día 31 de octubre de 2014 –fl. 19 cuaderno principal-.

Ahora bien, frente al derecho a los incrementos pensionales, estos se hacen exigibles desde el mismo momento en que se efectúa el reconocimiento de la pensión, tal y como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, en diferentes decisiones, pero que para el caso concreto, se trae a colación aquella con radicado N° 45197 del 18 de febrero de 2015, donde reitera la N° 27923 del 12 de diciembre de 2007, de lo cual se puede inferir que se trata de una línea constante al respecto y, en la que se expresó:

“*No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.*

*La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos ‘subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen’, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.*

*De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad,* ***debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez****. (Negrillas ajenas al texto)”.* (Subrayas propias)

En este orden de ideas, si la pensión de vejez le fue reconocida al señor Loaiza Ramírez mediante Resolución N° 2673, **expedida el 11 de mayo de 2012 –fl. 10-,** contaba por tardar hasta el 11 de mayo de 2015 para solicitar el reconocimiento del incremento pensional, lo que a todas luces ocurrió, teniendo en cuenta, inclusive la fecha en que conforme se determinó en precedencia, fue radicado el libelo introductorio (31 de octubre de 2014).

Conforme a lo expuesto, la excepción de prescripción no está llamada a prosperar.

**2.4. Intereses moratorios**

**2.4.1. 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.

**2.2.2. Fundamento fáctico**

Encuentra la Sala, teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento pensional fue presentada por la demandante el día 4 de mayo de 2011, que la entidad contaba hasta el 4 de noviembre siguiente 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.

**CONCLUSIÓN**

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

Costas en esta instancia no se causaron al 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 15 de diciembre de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Diego Loaiza Ramírez** 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 no se causaron al tratarse del grado jurisdiccional 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

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

 Magistrado Magistrada

**DANIEL BERMÚDEZ GIRALDO**

Secretario *Ad-hoc*

1. María Omaira Flórez, Carlos Antonio Jiménez, Oliva Taborda Robledo. [↑](#footnote-ref-1)