**CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ – Marco normativo y diferencias / CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ - Son conceptos diferentes que fácticamente pueden o no coincidir en el tiempo / DISFRUTE DE LA PENSIÓN Y PERMANENCIA EN EL SERVICIO DEL EMPLEADO PÚBLICO - Incompatibilidad.**

En el sub lite, la controversia radica en determinar si hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia proferida en este asunto, y en su lugar, declarar la nulidad de la de las Resoluciones No. 6682 de 15 de enero de 2018 y 4454 del 28 de febrero de 2018, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, mediante las cuales negó el pago retroactivo de once (11) mesadas pensionales de 2016 (febrero a diciembre) y la prima de navidad del mismo año al señor Armando Mahecha Palacios, y resolvió negativamente recurso de apelación, respectivamente. Para desatar este asunto, precisa la Sala que el régimen aplicable para el reconocimiento de la pensión de vejez de alto riesgo a favor del señor Armando Mahecha Palacios, es el contenido en la Ley 32 de 1986, en cuyo artículo 96 dispone que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad; situación respecto de la cual no hay discusión en el sub examine. Así las cosas, a efectos de establecer la procedencia del reconocimiento y pago del retroactivo de las mesadas pensionales que reclama el actor, se tiene que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, normas que señalan lo siguiente: “ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo. (…) ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona” (negrilla fuera de texto).En sentencia del 01 de agosto de 2013, el Consejo de Estado resolvió desfavorablemente los cargos de nulidad propuestos contra los artículos 13 y 35 parciales del Acuerdo 49 de 1 de febrero de 1990 proferido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de 11 de abril de 1990. En la providencia aclaró que la causación del derecho pensional y su disfrute, son conceptos diferentes que fácticamente pueden o no coincidir en el tiempo. Así, diferenció estos conceptos así: (…) la causación del derecho pensional “ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente”, mientras que el disfrute de la misma “apunta a que, para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen”, situación que está relacionada con el momento a partir del cual se genera el pago de mesadas retroactivas. En la providencia en cita, el Consejo de Estado también hizo distinción respecto de la aplicación de la norma en tratándose de un trabajador particular o de un servidor público, así: *“*Sobre este punto se resalta que el artículo 13 del Acuerdo 49 de 1990 indica que es necesaria la desafiliación al régimen para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, y que el artículo 35 ídem establece que las pensiones del Seguro Social se pagarán previo retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso. Al utilizar la vocal “o”, el acuerdo no consagra que sean categorías sinónimas, sino que prevé la aplicación de la norma cuando se trata de un trabajador particular o de un servidor público, así en el primer caso se exige la desafiliación y en el segundo el retiro del servicio. (…). Visto lo anterior, se tiene que el retiro del servicio o desvinculación laboral, es la terminación de la relación laboral o legal y reglamentaria del trabajador o servidor, mientras que la desafiliación del régimen hace referencia al retiro del sistema general de pensiones”. Adicionalmente, el Consejo de Estado concluyó que la Vicepresidencia de Pensiones y la Dirección Jurídica Nacional, no son competentes para crear condiciones adicionales para gozar de la pensión, diferentes a las previstas en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990.En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-626 de 2014 al referirse a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, señaló que debía diferenciarse dos circunstancias temporales planteadas en las normas, a saber: (i) la causación del derecho pensional y (ii) el disfrute de las mesadas pensionales. Así mismo, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado citada en párrafos precedentes, en los siguientes términos: “En segundo lugar, en relación con la interpretación dada a las citadas normas del Acuerdo 049 de 1990, que exigen, por un lado, la desafiliación del régimen (Artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990) y, por otro lado, el retiro del asegurado del servicio (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990), el Consejo de Estado, al estudiar una demanda de simple nulidad interpuesta en contra de estas dos disposiciones, mediante Sentencia del 1º de agosto de 2013, aclaró que las mismas se aplican “cuando se trata de un trabajador particular o de un servidor público, así en el primer caso se exige la desafiliación y en el segundo el retiro del servicio.” Al respecto, precisó el Tribunal Contencioso que de conformidad con artículo 19 de Ley 344 de 1996, norma aplicable a los servidores públicos, el disfrute de la pensión de vejez y la permanencia en el servicio son incompatibles. Así las cosas, tratándose de servidores públicos, se exige para el correspondiente disfrute de la pensión, el retiro del servicio, es decir, la terminación de la relación laboral, legal o reglamentaria del trabajador. Por su parte, la desafiliación del régimen hace referencia al retiro del Sistema General de Pensiones, que implica la no realización de aportes o cotizaciones, independientemente de que el trabajador continúe vinculado a una relación laboral o se encuentre en un contrato de prestación de servicios. (…). De conformidad con lo anterior, si el trabajador decide dejar de cotizar al sistema pensional, debe desafiliarse del mismo para tener derecho a reclamar el pago de las mesadas retroactivas cuando solicite el reconocimiento pensional, salvo que se trate de un servidor público, evento en el cual debe efectivamente retirarse del servicio.”. (…)

**RETROACTIVO PENSIONAL – Presupuestos necesarios para acceder a su reconocimiento y pago en el caso concreto.**

De este modo, una vez efectuado el análisis de la jurisprudencia aplicable en casos en los cuales se solicita el reconocimiento del retroactivo pensional, la Sala estima que, en el caso bajo estudio, se encuentran acreditados los presupuestos necesarios para acceder a las pretensiones de la demanda relativas al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez, como pasa a explicarse. Conforme se reseñó en el acápite de lo probado en el proceso, el aquí demandante laboró en el INPEC de manera ininterrumpida desde el 9 de noviembre de 1995 hasta el 31 de enero de 2016 y mediante Resolución No. 005735 del 24 de diciembre de 2015 el director del INPEC aceptó su renuncia al empleo que venía desempeñando a partir del 31 de enero de 2016. Situación conocida por COLPENSIONES desde el momento mismo en que el actor presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión vejez alto riesgo, el 25 de febrero de 2016, esto es, dentro del mes siguiente a la desvinculación del cargo. Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que revisado el expediente prestacional, se pudo establecer que el señor Armando Mahecha Palacios, con anterioridad al retiro del servicio, esto es, desde el 03 de octubre de 2014 presentó ante COLPENSIONES petición de corrección de historia laboral, al evidenciar que había períodos de cotización que no aparecían reportados, aportando para el efecto, certificación del Subdirector de Talento Humano del INPEC, en la cual se indicó que el señor Mahecha Palacios “labora en este instituto desde el 09 de noviembre de 1995 hasta la fecha y se han efectuado los siguientes aportes a pensión”: (…). En el caso concreto, como ya se mencionó lo que ocupa la atención de la Sala es establecer la fecha de efectividad de la pensión reconocida, pues COLPENSIONES mediante Resolución SUB 6682 del 15 de enero de 2018, confirmada por la Resolución DIR 4454 del 28 de febrero de 2018 (actos administrativos demandados), negó el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez argumentando que la última cotización a pensión a nombre del actor, se efectuó en el mes de diciembre de 2016 por parte del empleador TROTER S.A. en planilla tipo Y – Trabajador Independiente, por esta razón, adujo que no era posible reconocer la prestación del solicitante a partir del 31 de enero de 2016 (fecha de retiro del servicio) ya que tenía cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 2016.En este sentido, advierte la Sala que en efecto en el expediente prestacional obran planillas que dan cuenta que la empresa TROTER S.A. realizó aportes a seguridad social en pensión a favor del señor Armando Mahecha Palacios, para los periodos noviembre de 2016 (por 13 días) y diciembre de 2016 (por 30 días). Sin embargo, también obra en el expediente certificación de fecha 28 de diciembre de 2016 por medio de la cual el área de recursos humanos de la empresa TROTER S.A. le informó a COLPENSIONES que por error realizó aportes a pensión en los meses de noviembre y diciembre de 2016 a nombre del señor Armando Mahecha Palacios quien presta sus servicios como transportista independiente en la compañía y solicitó la devolución de esos aportes.Valga aclarar que en el expediente administrativo no se avizoró ninguna actuación por parte de COLPENSIONES tendiente a resolver esta solicitud.Así las cosas, la Sala estima que pese a que COLPENSIONES aduce que en el reporte oficial de semanas cotizadas figuran cotizaciones a pensión a través de la la empresa TROTER S.A. a nombre del señor Armando Mahecha Palacios como independiente, para los periodos de noviembre y diciembre de 2016, la empresa en mención realizó solicitud de devolución de esos aportes pues según su dicho, por error realizó estos pagos. Situación que no fue desvirtuada por COLPENSIONES. Aunado a lo anterior, es claro, que para el momento en que el señor Armando Mahecha Palacios radicó la solicitud prestacional, tenía satisfechos los requisitos para acceder y disfrutar la pensión de vejez a partir del 1º de febrero de 2016, día siguiente al que se produjo el retiro efectivo del servicio, de manera que le asiste razón al deprecar el reconocimiento retroactivo de las mesadas pensionales dejadas de percibir en el periodo comprendido entre el 1º de febrero y el 31 de diciembre de 2016, incluida la mesada adicional de diciembre de 2016 (mesada 13). Así mismo, es evidente que COLPENSIONES no realizó un estudio meticuloso para la expedición de la Resolución Resolución GNR 289062 del 28 de septiembre de 2016, mediante la cual negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, solicitada por el señor Armando Mahecha Palacios, a pesar que el afiliado sí cumplía los requisitos para acceder a esta, conforme lo definió en la Resolución VPB 44496 del 13 de diciembre de 2016, por medio de la cual reconoció y ordenó el pago una pensión mensual vitalicia de Vejez Especial por Actividades de Alto Riesgo. Además, desde la misma solicitud de corrección de la historia laboral que elevó el actor, el actuar de COLPENSIONES fue negligente y desobligado, al punto que tuvo que incoar acción de tutela para que se diera respuesta a la petición y luego, interponer incidente de desacato para que se diera cumplimiento al fallo de tutela. Por lo anterior, se declarará la nulidad de la Resolución SUB-6682 del 15 de enero de 2018 expedida por COLPENSIONES por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez a favor del señor Armando Mahecha Palacios, y de la Resolución DIR 4454 del 28 de febrero de 2018 por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación contra la Resolución SUB-6682 del 15 de enero de 2018, confirmándola en todas sus partes. A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES reconocer y pagar al señor Armando Mahecha Palacios el retroactivo de las mesadas dejadas de cancelar, desde el 1º de febrero de 2016 fecha en que se produjo el retiro definitivo del servicio y hasta el 31 de diciembre de 2016, día anterior al ingreso al demandante a la nómina de pensiones, incluida también la respectiva mesada adicional de diciembre de 2016.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
|  <https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333002201900180011500123> |

 

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA DE DECISION No. 6**

**MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

Tunja, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

|  |  |
| --- | --- |
| **MEDIO DE CONTROL:**  | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **DEMANDANTE:**  | ARMANDO MAHECHA PALACIOS |
| **DEMANDADO:**  | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES |
| **RADICACIÓN No:**  | 150013333002201900180-01 |
| **Link de consulta**<https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333002201900180011500123>  |

**ASUNTO A RESOLVER**

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte de demandante contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**
	1. **– La Demanda**
2. Mediante apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Armando Mahecha Palacios solicitó declarar la nulidad de las Resoluciones No. 6682 de 15 de enero de 2018 y 4454 del 28 de febrero de 2018, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, mediante las cuales se negó el pago retroactivo de 11 mesadas pensionales de 2016 (febrero a diciembre) y la prima de navidad del mismo año, y se resolvió negativamente recurso de apelación, respectivamente.
3. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento y pago de retroactivo pensional del 1° de febrero al 31 de diciembre de 2016 y el retroactivo de la prima de diciembre de 2016, con sus respectivos intereses moratorios hasta que se materialice el pago, así:



1. También solicitó que se paguen las sumas debidamente indexadas; que se reconozcan los perjuicios de orden material y moral causados al demandante; que se condene en costas y gastos procesales.
2. Como fundamento de sus pretensiones, señaló que:
* El señor ARMANDO MAHECHA PALACIOS ingresó a laborar en el INPEC desde el 9 de noviembre de 1995, fecha en la cual se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensión con el Instituto del Seguro Social.
* El 9 de noviembre de 2015 adquirió el estatus pensional al cumplir 20 años de servicio y cualquier edad, no obstante, continuó laborando hasta el 31 de enero de 2016, siendo aceptada su renuncia por la Dirección General del INPEC mediante Resolución No. 005735 de 24 de diciembre de 2015, cumpliendo así un total de 20 años, 2 meses y 22 días al servicio del INPEC.
* La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES mediante la Resolución No. 74280 del 24 de mayo de 2017 le reconoció pensión de vejez por valor de $1.440.152, junto con el retroactivo que tuviese antes del 1° de enero de 2017.
* El 30 de octubre de 2017 el demandante le solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES el pago de retroactivo de mesadas pensionales por retiro definitivo del servicio, lo cual se resolvió negativamente en Resolución No. 6682 de 15 de enero de 2018.
* El 1 de febrero de 2018 se interpuso recurso de apelación contra la Resolución No. 6682 de 15 de enero de 2018, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 4454 de 28 de febrero de 2018 confirmando la resolución recurrida.
1. En ese orden de ideas, sostuvo que la pensión de vejez se debe reconocer a partir del momento en que se cumplen los presupuestos facticos y jurídicos que dan lugar a su configuración, mencionó que, en este caso el demandante cumplió los requisitos para acceder a la prestación el 8 de noviembre de 2015 y se retiró del servicio a partir del 1° de febrero de 2016, fecha desde la cual tiene derecho a que se le pague el retroactivo y desde la que se debió incluir en la nómina de pagos (documento 02demanda).

**1.2. – La providencia Impugnada**

1. Se trata de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.
2. Como fundamento de esta determinación, la Juez de instancia luego de señalar el marco jurídico relativo al Régimen pensional aplicable a los miembros del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y al retroactivo pensional, se adentró en el caso concreto, analizando las pruebas obrantes en el expediente, lo cual le permitió concluir, de un lado, que el demandante es beneficiario del régimen pensional previsto en la Ley 32 de 1986; y de otro lado, que la fecha desde la cual se debía reconocer el pago de la pensión de jubilación, era con efectos a partir del 1° de enero de 2017, como en efecto ocurrió.
3. Lo anterior, teniendo en cuenta que el 1° de enero de 2017 corresponde al día siguiente al cual el demandante dejó de cotizar para pensión. En tal sentido, señaló que cuando el afiliado cumple los requisitos para el reconocimiento de la prestación y decide continuar realizando aportes a pensión se aplaza el derecho a disfrutar de las mesadas pensionales hasta el retiro del servicio o desafiliación del sistema, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-626 de 2014 y el Consejo de Estado en sentencia 26 de noviembre de 2020.
4. Así las cosas, concluyó que no había lugar al reconocimiento al retroactivo pensional que reclama el demandante.

1. También hizo alusión a las sentencias T-482 de 2010 y T-722 de 2012 proferidas por la Corte Constitucional, que se citan en la reforma de la demanda, señalando que en estas se reconoció la pensión de vejez y el retroactivo pensional del derecho, en atención a que los demandantes eran personas de 76 y 70 años de edad y existía una evidente vulneración del derecho al mínimo vital. A su vez, sostuvo que en la sentencia T-482 de 2010 se indicó que en otros casos se ha negado el retroactivo de las mesadas pensionales cuando se demuestra que el accionante cuenta con medios de subsistencia distintos a los pretendidos. Así, en el caso concreto, arguyó que el demandante contaba con 40 años a la fecha de retiro del servicio, se empleó con posterioridad a su retiro del INPEC y decidió seguir cotizando a pensión, sin acreditar que la pensión era su único medio de subsistencia, a efectos de establecer una posible vulneración a su mínimo vital.
2. De otro lado, sostuvo que si bien es cierto en los alegatos de conclusión la parte demandante consideró que la pensión de jubilación no se liquidó con el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, también es cierto que tal pretensión no se formuló en la demanda, por lo tanto, este no era el momento procesal para proponer nuevas pretensiones.
3. Finalmente, se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida al no observar temeridad en su actuación (índice 26).

**1.3. – El recurso de apelación**

1. Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de la parte demandante apeló oportunamente solicitando que se revoque y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.
2. Al efecto, como hechos nuevos señaló que para el mes de mayo de 2016 (cuatro meses del retiro del INPEC) el demandante y su esposa iniciaron a tener problemas por falta de recursos para cubrir los gastos del hogar, para la subsistencia de la pareja y de sus dos hijos, situación que conllevó a que, en julio del mismo año, de común acuerdo decidieran dar por terminada su relación conyugal. Adujo que el proceso fue conocido por la Comisaria de Familia de Paipa y por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Duitama bajo el radicado 2017-00291 quien profirió sentencia de cesación de efectos civiles del matrimonio católico el 9 de enero de 2018, lo cual se puede verificar en el expediente pensional.
3. También mencionó que para mediados de noviembre de 2016 ante la precaria situación económica que pasaba el demandante y teniendo en cuenta que Colpensiones le acababa de negar el reconocimiento de su pensión de vejez especial de alto riesgo, recurrió a una oportunidad de trabajo con la transportadora TROTER S.A., entidad que aportó a seguridad social trece (13) días de noviembre y treinta (30) días de diciembre de 2016.
4. Como fundamento de la apelación adujo que el demandante tiene derecho a disfrutar de su pensión desde el momento de su retiro como servidor público, conforme lo establece el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, declarado exequible en la sentencia C-584 de 1997, el cual deja a discreción del funcionario la posibilidad de seguir vinculado o pensionarse.
5. Señaló que el demandante tomó la decisión de jubilarse, por tanto, dejó de laborar el 31 de enero de 2016, situación que se mantuvo hasta la segunda quincena del mes de noviembre del mismo año, tiempo en el cual a la vez que Colpensiones le notificó la resolución por medio de la cual le negaba el derecho a la pensión. Es decir, en este tiempo no percibió ningún tipo de remuneración, lo que ocasionó la ruptura de su matrimonio y la separación de su núcleo familiar.
6. Así, adujo que el demandante tiene derecho al retroactivo solicitado comprendido entre el mes de febrero a diciembre de 2016, teniendo en cuenta que su renuncia se hizo efectiva el 31 de enero de 2016, liberando la plaza del empleo público y no percibió ningún salario proveniente de la entidad a la cual renunció para acceder a su derecho de jubilación.
7. En cuanto a la jurisprudencia citada en primera instancia, señaló que no podía tomarse como referencia para el caso que se estudia, pues en los casos en estas estudiado, los demandantes continuaron devengando salario y cotizando para pensión, situación que en su criterio no ocurre en el caso concreto, toda vez que el demandante solicita el retroactivo de 11 meses, de los cuales 9 meses y 17 días no percibió ningún tipo de salario o remuneración, razón por la cual, adujo, no debe darse un trato igual.
8. De otro lado, sostuvo que el *a quo* sustentó su decisión en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, desconociendo que hay una diferencia entre el retiro del servicio, el cual procede para servidores públicos y el retiro del régimen, el cual aplica para los trabajadores particulares. En este punto, hizo referencia a la sentencia T-626 de 2014.
9. De este modo, arguyó que tanto el Acuerdo 049 de 1990 como el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, condicionan el disfrute de la pensión de los servidores públicos al retiro del servicio del funcionario.
10. Así mismo, ser refirió al trámite pensional señalando que el 25 de febrero de 2016, encontrándose el demandante retirado del servicio, radicó solicitud de reconocimiento pensional ante Colpensiones, entidad que tan solo se pronunció hasta el 28 de septiembre de 2016 mediante Resolución GNR 289062 negando el reconocimiento bajo el argumento que no cumplía el requisito de 20 años de servicio exigido en la Ley 32 de 1982, situación que obligó al demandante a recurrir la decisión, recurso resuelto de manera favorable mediante Resolución VPB 44496 del 13 de diciembre de 2016, en la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, fundamentada en que frente a los periodos en mora que podrían llegar a existir por parte del empleador debería tenerse en cuenta lo establecido en la Circular Interna 14 del 22 de junio de 2015, emitida por el Vicepresidente Jurídico y Secretario General de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.
11. Bajo ese contexto, arguyó de un lado, que la aplicación de la Circular Interna 14 del 22 de junio de 2015 se había podido haber efectuado desde el momento en que se expidió la primera resolución (la que negó el derecho), y de otro lado, que para el momento de expedición de la segunda resolución (la que reconoce el derecho), Colpensiones ya sabía que el demandante había iniciado a cotizar desde mediados del mes de noviembre del año que transcurría, hecho al cual le podía sacar provecho, situación que conlleva a la parte demandante a dar aplicación al aforismo "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans"* para lo cual citó lo señalado en Sentencia T-122 de 2017*,* toda vez que Colpensiones desplegó conductas contrarías a sus obligaciones y a la buena fe, como no tener actualizada la historial laboral del demandante, lo cual solo se logró a través de una tutela y posterior incidente de desacato, no haber perseguido el pago mediante cobro coactivo de las cotizaciones no efectuadas por el empleador y no haber aplicado en la primera resolución que resolvió la solicitud prestacional la circular interna 14 del 22 de junio de 2015.
12. Por otra parte, mencionó que conforme al artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, la equidad es un criterio auxiliar de la actividad judicial, entendiendo que esta propende por que se le dé a cada uno lo que se merece conforme a sus méritos y condiciones. En ese sentido, arguyó que el a quo desconoció el mandado constitucional al dar aplicación a normas legales y constitucionales que contemplan casos generales (índice 29).

**III. CONSIDERACIONES**

**3.1. Problema Jurídico**

1. De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación por el apoderado judicial de la parte demandada, le corresponde a la Sala determinar si hay lugar a revocar el fallo de primera instancia, y en su lugar, declarar la nulidad de las Resoluciones No. 6682 de 15 de enero de 2018 y 4454 del 28 de febrero de 2018, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, mediante las cuales negó el pago retroactivo de once (11) mesadas pensionales de 2016 (febrero a diciembre) y la prima de navidad del mismo año al señor Armando Mahecha Palacios, y resolvió negativamente recurso de apelación, respectivamente.

**3.2. Lo probado en el proceso**

1. De conformidad con las pruebas que obran dentro del expediente, se puede establecer lo siguiente:
* El señor Armando Mahecha Palacios nació el 01 de septiembre de 1975 (fl. 12).
* El demandante laboró en el INPEC desde el 9 de noviembre de 1995 (documento GEN-ANX-CI-2014\_8319460-20141003145521.pdf), de manera ininterrumpida hasta el 31 de enero de 2016. El director del INPEC, mediante Resolución No. 005735 del 24 de diciembre de 2015 aceptó la renuncia del señor Armando Mahecha Palacios al empleo denominado Inspector, Código 4137, Grado 13, del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita y declaró la vacancia definitiva de este empleo a partir del 31 de enero de 2016 (documento GEN-ANX-CI-2016\_12211976-20161014024223.pdf).
* El 3 de octubre de 2014 el señor Armando Mahecha Palacios presentó ante COLPENSIONES solicitud de corrección de historia laboral (documento GAF-FCH-F1-2014\_8319460-20141003145521.pdf).
* Al no obtener respuesta a la petición, el señor Armando Mahecha Palacios incoó acción de tutela y mediante fallo del 05 de agosto de 2015 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, resolvió:



* Ante el incumplimiento de lo ordenado en el fallo de tutela en mención, el actor interpuso incidente de desacato y el Juzgado de conocimiento requirió a COLPENSIONES para que informara sobre su cumplimiento, sin embargo, en el expediente no reposa la providencia por medio de la cual se resolvió el incidente. (documento GJR-NOT-AF-2015\_10333103-20151027071804.pdf),
* El 25 de febrero de 2016 el señor Armando Mahecha Palacios presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión vejez alto riesgo (documento GRP-FSP-AF-2016\_1920312-20160229180014.pdf).

* Mediante Resolución GNR 289062 del 28 de septiembre de 2016, notificada el 3 de octubre de 2016 (documento GEN-RES-CO-2016\_11725487-20161003041216.pdf), COLPENSIONES negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, solicitada por el señor Armando Mahecha Palacios, por no cumplir con los requisitos de la Ley 32 de 1986 ni de la Ley 797 de 2003. En este acto administrativo se indicó que el interesado acredita un total de 7,151 días laborados, correspondientes a 1,021 semanas, esto es 19 años, 10 meses y 05 días, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez bajo la Ley 32 de 1986 y tampoco bajo la Ley 797 de 2003 ya que no acredita cotización de 1300 semanas ni 62 años de edad. También se indicó que, al verificar inconsistencias en la historia laboral, se solicitó al INPEC mediante requerimiento del 22 de julio de 2016 que verificara y aclarara a cuáles cajas departamentales o fondos privados realizó los aportes y vencido el término legal no se cumplió el requerimiento, por lo cual procedió a decidir conforme a los documentos aportados.
* Mediante Resolución VPB 44496 del 13 de diciembre de 2016, notificada el 19 de diciembre de 2016 (documento GEN-RES-CO-2016\_14615605-20161219014048.pdf) COLPENSIONES revocó la Resolución GNR 289062 del 28 de septiembre de 2016 y reconoció y ordenó el pago una pensión mensual vitalicia de Vejez Especial Por Actividades De Alto Riesgo en virtud de la Ley 32 de 1986 al señor Armando Mahecha Palacios, al encontrar acreditadas 1,031 semanas de cotización, con fecha de status pensional del 10 de enero de 2016, en cuantía de $1.361.214 efectiva a partir del 01 de enero de 2017. Se indicó que el disfrute de la presente pensión será a partir de 1 de enero de 2017, por cuanto no obra novedad de retiro con el empleador TROTER S A, identificado con el Nit 830022889, para el ciclo 2016-11, razón por la cual se procede a realizar el reconocimiento de la prestación a corte de nómina. (documento GEN-ANX-CI-2016\_15003045-20161230035206.pdf).
* Mediante oficio del 28 de diciembre de 2016 el área de recursos humanos de la empresa TROTER S.A. le informó a COLPENSIONES que por error realizó aportes a pensión en los meses de noviembre y diciembre a nombre del señor Armando Mahecha Palacios quien presta sus servicios como transportista independiente en la compañía y solicitó la devolución de esos aportes (documento GEN-ANX-CI-2016\_15003045-20161230035206.pdf), así:



* Mediante Resolución GNR 42263 del 07 de febrero de 2017, COPENSIONES negó la reliquidación de la pensión de vejez del señor Armando Mahecha Palacios, por considerar que el valor de la mesada reliquidada es inferior a la que actualmente estaba devengando (documento GEN-RES-CO-2019\_14796820-20191108042810.pdf).
* Mediante Resolución DIR 74280 de 24 de mayo de 2017 se resolvió recurso de apelación contra la Resolución GNR 42263 del 07 de febrero de 2017, revocándola en todas y cada una de sus partes, y ordenó reliquidar la pensión de vejez especial a favor del señor Armando Mahecha Palacios, en cuantía de $1.440.152 a partir del 01 de enero de 2017 (fls. 15 – 19).
* Mediante oficio del 20 de octubre de 2017 el área de recursos humanos de la empresa TROTER S.A. certificó que el señor Armando Mahecha Palacios presta sus servicios como transportista independiente en la compañía desde el mes de noviembre de 2016, con un CONTRATO POR PRESTACION DE SERVICIOS, motivo por el cual se hace el pago a seguridad social como independiente (documento GEN-ANX-CI-2017\_11524703-20171030033132.pdf).
* El 30 de octubre de 2017 el actor presentó petición ante COLPENSIONES solicitando el pago de retroactivo de mesadas pensionales desde el 01 de febrero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016, incluyendo la prima de navidad (fls. 20-22), en la cual entre otras cosas informó:



 

* Mediante Resolución SUB 6682 del 15 de enero de 2018 expedida por COLPENSIONES, negó el reconocimiento y pago del retroactivo de una pensión de vejez (fls. 24 -32), notificada el 23 de enero de 2018 (documento GEN-RES-CO-2018\_783171-20180123051437.pdf).

En este acto administrativo en las consideraciones se señaló que, en el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Duitama, bajo el radicado 15238408800420170049100 cursaba acción de tutela en la cual el accionante solicitaba respuesta a la petición radicada el 30 de octubre de 2017, por tanto, procedió a realizar el estudio de la solicitud. De un lado, mencionó que era aplicable el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, y de otro lado, que de conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la pensión se reconocerá reunidos los requisitos mínimos y será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda disfrutar de la misma. En cuanto al reconocimiento y pago del retroactivo pensional solicitado, hizo referencia a la Circular 01 de 2012 expedida por la entidad, en la cual se establecen las reglas para el disfrute de la pensión de vejez, resaltado de ellas la contenida en el literal e que señala que si el afiliado es independiente y se encuentra retirado o deja de cotizar después de cumplir los requisitos, la prestación se reconocerá a partir del día siguiente a la fecha de retiro o de la última cotización. También hizo alusión a los artículos 2 y 4 de la Ley 797 de 2003, y luego, señaló:

 

 

 

 

* Frente a la anterior decisión el actor interpuso recurso de apelación el 01 de febrero de 2018 (fls. 33 – 35), indicando:

 

* Mediante Resolución DIR 4454 del 28 de febrero de 2018 (fls. 36 - 40), COLPENSIONES resolvió el recurso de apelación confirmando en todas sus partes la Resolución recurrida, al efecto mencionó que la fecha de status y la fecha de efectividad son diferentes, la primera corresponde al cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho y la segunda, hace referencia al disfrute de la prestación, la cual requiere la desafiliación al régimen. Así las cosas, sostuvo que no era posible reconocer la prestación del solicitante a partir del 31 de enero de 2016 (fecha de retiro del servicio) ya que tenía cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 2016. Este acto administrativo fue notificado el 12 de marzo de 2018 (documento GEN-RES-CO-2018\_2890084-20180312125024.pdf).

**3.3. Retroactivo Pensional - Caso Concreto**

1. En el sub lite, la controversia radica en determinar si hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia proferida en este asunto, y en su lugar, declarar la nulidad de la de las Resoluciones No. 6682 de 15 de enero de 2018 y 4454 del 28 de febrero de 2018, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, mediante las cuales negó el pago retroactivo de once (11) mesadas pensionales de 2016 (febrero a diciembre) y la prima de navidad del mismo año al señor Armando Mahecha Palacios, y resolvió negativamente recurso de apelación, respectivamente.
2. Para desatar este asunto, precisa la Sala que el régimen aplicable para el reconocimiento de la pensión de vejez de alto riesgo a favor del señor Armando Mahecha Palacios, es el contenido en la Ley 32 de 1986, en cuyo artículo 96 dispone que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad; situación respecto de la cual no hay discusión en el sub examine.
3. Así las cosas, a efectos de establecer la procedencia del reconocimiento y pago del retroactivo de las mesadas pensionales que reclama el actor, se tiene que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, normas que señalan lo siguiente:

*“****ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ.*** *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior,* ***pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma****. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.*

*(…)*

***ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ.*** *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas,* ***previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión*** *El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona”* (negrilla fuera de texto).

1. En sentencia del 01 de agosto de 2013, el Consejo de Estado[[1]](#footnote-1) resolvió desfavorablemente los cargos de nulidad propuestos contra los artículos 13 y 35 parciales del Acuerdo 49 de 1 de febrero de 1990 proferido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de 11 de abril de 1990. En la providencia aclaró que la causación del derecho pensional y su disfrute, son conceptos diferentes que fácticamente pueden o no coincidir en el tiempo. Así, diferenció estos conceptos así:

(…) la causación del derecho pensional “ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente”, mientras que el disfrute de la misma “apunta a que, para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen”, situación que está relacionada con el momento a partir del cual se genera el pago de mesadas retroactivas.

1. En la providencia en cita, el Consejo de Estado también hizo distinción respecto de la aplicación de la norma en tratándose de un trabajador particular o de un servidor público, así:

*“Sobre este punto se resalta que el artículo 13 del Acuerdo 49 de 1990 indica que es necesaria la desafiliación al régimen para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, y que el artículo 35 ídem establece que las pensiones del Seguro Social se pagarán previo retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso.* ***Al utilizar la vocal “o”, el acuerdo no consagra que sean categorías sinónimas, sino que prevé la aplicación de la norma cuando se trata de un trabajador particular o de un servidor público, así en el primer caso se exige la desafiliación y en el segundo el retiro del servicio***.

*(*…)

*Visto lo anterior, se tiene que* ***el retiro del servicio o desvinculación laboral, es la terminación de la relación laboral o legal y reglamentaria del trabajador o servidor, mientras que la desafiliación del régimen hace referencia al retiro del sistema general de pensiones***” (negrilla fuera de texto).

1. Adicionalmente, el Consejo de Estado concluyó que la Vicepresidencia de Pensiones y la Dirección Jurídica Nacional, no son competentes para crear condiciones adicionales para gozar de la pensión, diferentes a las previstas en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990.
2. En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-626 de 2014 al referirse a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, señaló que debía diferenciarse dos circunstancias temporales planteadas en las normas, a saber: (i) la causación del derecho pensional y (ii) el disfrute de las mesadas pensionales. Así mismo, hizo alusión a la sentencia del Consejo de Estado citada en párrafos precedentes, en los siguientes términos:

“*En segundo lugar, en relación con la interpretación dada a las citadas normas del Acuerdo 049 de 1990, que exigen, por un lado, la desafiliación del régimen (Artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990) y, por otro lado, el retiro del asegurado del servicio (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990), el Consejo de Estado, al estudiar una demanda de simple nulidad interpuesta en contra de estas dos disposiciones, mediante Sentencia del 1º de agosto de 2013, aclaró que las mismas se aplican “cuando se trata de un trabajador particular o de un servidor público, así en el primer caso se exige la desafiliación y en el segundo el retiro del servicio.”*

*Al respecto, precisó el Tribunal Contencioso que de conformidad con artículo 19 de Ley 344 de 1996, norma aplicable a los servidores públicos, el disfrute de la pensión de vejez y la permanencia en el servicio son incompatibles.* ***Así las cosas, tratándose de servidores públicos, se exige para el correspondiente disfrute de la pensión, el retiro del servicio, es decir, la terminación de la relación laboral, legal o reglamentaria del trabajador****.*

*Por su parte,* ***la desafiliación del régimen hace referencia al retiro del Sistema General de Pensiones****,* ***que implica la no realización de aportes o cotizaciones, independientemente de que el trabajador continúe vinculado a una relación laboral o se encuentre en un contrato de prestación de servicios.***

*(…)*

*De conformidad con lo anterior, si el trabajador decide dejar de cotizar al sistema pensional,* ***debe desafiliarse del mismo para tener derecho a reclamar el pago de las mesadas retroactivas cuando solicite el reconocimiento pensional, salvo que se trate de un servidor público, evento en el cual debe efectivamente retirarse del servicio***.” (negrilla y subrayado fuera de texto).

1. Merece la pena resaltar que la Corte Constitucional en la sentencia citada en el párrafo que antecede, concedió el amparo a los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social del accionante, y dejó en firme el fallo de primera instancia proferido dentro del proceso ordinario laboral que incoó el accionante en el cual se condenó al demandado a cancelar las mesadas reclamadas, así como al aumento legal correspondiente al año 2011 y se negó la pretensión relacionada con el pago de las semanas cotizadas en exceso.
2. Lo anterior, al encontrar acreditado que en el proceso ordinario laboral el Tribunal accionado que revocó la sentencia de primera instancia, incurrió en un defecto fáctico por omisión y por acción, debido a que no tuvo en cuenta las pruebas presentadas por el demandante que demostraban que, una vez cumplió con los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, presentó los documentos requeridos para el reconocimiento ante el Instituto de Seguros Sociales, y solicitó a la Cooperativa a la cual estaba afiliado que no se efectuaran más cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto su solicitud pensional se encontraba en trámite, así estableció que, en cabeza del empleador cotizante se encontraba el deber de presentar la respectiva novedad al fondo de pensiones, quien reportó las novedades en el estado de afiliación de sus asociados ante el ISS.
3. De otro lado, el Consejo de Estado en sentencia del 22 de julio de 2021, confirmó sentencia de primer grado en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda[[2]](#footnote-2), esto es, se accedió al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por el valor de las mesadas dejadas de percibir desde el momento en que se configuró el retiro efectivo del servicio por parte de la demandante. En este caso el Consejo de Estado, señaló:

“*Es claro, entonces, para esta instancia, que la demandante tenía satisfechos los requisitos para acceder y disfrutar la pensión a partir del 1.º de enero de 2015, fecha en la que se retiró efectivamente del servicio, de manera que le asiste razón al deprecar el reconocimiento retroactivo de las mesadas pensionales dejadas de percibir en el periodo comprendido entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 2015, pues mal estaría afirmar que le corresponde a la parte demandante asumir la carga económica derivada de no haber percibido la pensión a la que tenía derecho, por un proceder tardío frente a la solicitud de inclusión en nómina de pensionados por parte de Colpensiones.*

*No se puede perder de vista que la efectividad de las pensiones en el sector público, por lo general, está supeditada al retiro del servicio como ocurrió en este caso. En ese orden, tal como lo concluyó el a quo, la Sala considera que la efectividad de la prestación surge desde el día siguiente -1º de enero de 2015- en que la accionante se retiró del servicio.*

*Así las cosas, el recurso de alzada que se analiza no tiene vocación de prosperidad*”.

1. A su vez, respecto al pago de retroactivo pensional, se tiene que la Corte Constitucional en sentencia T-225 de 2018, tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana del accionante y ordenó al ente de previsión accionado que procediera a expedir una resolución mediante la cual reconociera las sumas adeudadas por concepto de retroactivo pensional accionante, **desde el año 2008, momento en el que elevó la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones**. Es del caso precisar que, en el caso estudiado, el actor, **suspendió el pago de cotizaciones en pensión en el año 2013**, no obstante, la Corte estimó que si bien es cierto, en comienzo podría establecerse que el actor tenía derecho a percibir las mesadas pensionales retroactivas desde el año 2013, momento en el cual su empleadora reportó la novedad de retiro y en su efecto la desafiliación al sistema de pensiones, también era cierto que la entidad accionada actuó de manera negligente durante el trámite prestacional. Al efecto señaló:

*“(…) el actuar negligente de Colpensiones en reconocer la prestación a la que el señor Laurino Asprilla tenía derecho desde el año 2008, al contar con más de 1.080.62 semanas cotizadas aproximadamente, según lo reportado en la corrección de la historia laboral entregada por Colpensiones el 04 de marzo de 2015, obligó al actor a esperar 7 años para acceder a un derecho que le asistía desde el momento mismo en el que elevó la solicitud, esto es el 09 de junio de 2008.*

*En este orden de ideas, Colpensiones no solamente fue negligente por la tardanza en resolver la petición inicial y los recursos administrativos interpuestos por el accionante con el fin de obtener el reconocimiento de su pensión de vejez, sino que además lo fue,* *al no haber realizado el meticuloso estudio que si desplegó previamente a la expedición de la Resolución GNR 67919 de 2015, en la cual concluyó que a la fecha el accionante registraba 1.341 semanas cotizadas”.*

1. Por lo anterior, analizadas las particularidades del caso y la forma en la que Colpensiones dilató el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez del actor, la Corte Constitucional dio aplicación a la excepción planteada por la Corte Suprema de Justicia destinada a otorgar el reconocimiento del retroactivo pensional con anterioridad al retiro formal del trabajador, al efecto, la Corte sostuvo que:

*“La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[3]](#footnote-3) ha señalado que* ***el juez se encuentra en la obligación de analizar las particularidades de cada caso con miras a determinar el momento en el que realmente se es acreedor del disfrute de la pensión de vejez.*** *Así, ha previsto* ***que cuando el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema****, por ejemplo, cuando solicita en reiteradas ocasiones el reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez,* ***pero la entidad de seguridad social es renuente a otorgarla, argumentando supuestas insuficiencias de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de dicha prestación, se configura una excepción a la regla general fijada para obtener el disfrute de esta, destinada a otorgar el reconocimiento del retroactivo pensional con anterioridad al retiro formal del trabajador****”* (negrilla fuera de texto).

1. De este modo, una vez efectuado el análisis de la jurisprudencia aplicable en casos en los cuales se solicita el reconocimiento del retroactivo pensional, la Sala estima que, en el caso bajo estudio, se encuentran acreditados los presupuestos necesarios para acceder a las pretensiones de la demanda relativas al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez, como pasa a explicarse.
2. Conforme se reseñó en el acápite de lo probado en el proceso, el aquí demandante laboró en el INPEC de manera ininterrumpida desde el 9 de noviembre de 1995 hasta el 31 de enero de 2016 y mediante Resolución No. 005735 del 24 de diciembre de 2015 el director del INPEC aceptó su renuncia al empleo que venía desempeñando **a partir del 31 de enero de 2016**. Situación conocida por COLPENSIONES desde el momento mismo en que el actor presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión vejez alto riesgo, el 25 de febrero de 2016, esto es, dentro del mes siguiente a la desvinculación del cargo.
3. Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que revisado el expediente prestacional, se pudo establecer que el señor Armando Mahecha Palacios, con anterioridad al retiro del servicio, esto es, desde el 03 de octubre de 2014 presentó ante COLPENSIONES petición de corrección de historia laboral, al evidenciar que había períodos de cotización que no aparecían reportados, aportando para el efecto, certificación del Subdirector de Talento Humano del INPEC, en la cual se indicó que el señor Mahecha Palacios “**labora en este instituto desde el 09 de noviembre de 1995 hasta la fecha** y se han efectuado los siguientes aportes a pensión”:



1. La anterior petición no fue resuelta por COLPENSIONES, razón por la cual el actor interpuso acción de tutela y mediante fallo del 05 de agosto de 2015 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama le ordenó a la accionada que corrigiera la historia laboral del demandante, incorporando las cotizaciones realizadas por el INPEC conforme a la certificación suministrada por el accionante en la solicitud.
2. Pese a lo anterior, cuando COLPENSIONES resolvió la solicitud prestacional del actor mediante Resolución GNR 289062 del 28 de septiembre de 2016, negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, solicitada por el señor Armando Mahecha Palacios, arguyendo que no cumplía con el requisito relativo a veinte años de prestación de servicios como lo establece la Ley 32 de 1986.
3. No obstante, al resolver el recurso que interpuso el solicitante contra el acto administrativo en mención, sí encontró acreditado tal requisito, por tanto, mediante Resolución VPB 44496 del 13 de diciembre de 2016 reconoció y ordenó el pago una pensión mensual vitalicia de Vejez Especial Por Actividades De Alto Riesgo en virtud de la Ley 32 de 1986 al señor Armando Mahecha Palacios, **efectiva a partir del 01 de enero de 2017**.
4. En el caso concreto, como ya se mencionó lo que ocupa la atención de la Sala es establecer la fecha de efectividad de la pensión reconocida, pues COLPENSIONES mediante Resolución SUB 6682 del 15 de enero de 2018, confirmada por la Resolución DIR 4454 del 28 de febrero de 2018 (actos administrativos demandados), negó el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez argumentando que la última cotización a pensión a nombre del actor, se efectuó en el mes de diciembre de 2016 por parte del empleador TROTER S.A. en planilla tipo Y – Trabajador Independiente, por esta razón, adujo que no era posible reconocer la prestación del solicitante a partir del 31 de enero de 2016 (fecha de retiro del servicio) ya que tenía cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 2016.
5. En este sentido, advierte la Sala que en efecto en el expediente prestacional obran planillas que dan cuenta que la empresa TROTER S.A. realizó aportes a seguridad social en pensión a favor del señor Armando Mahecha Palacios, para los periodos noviembre de 2016 (por 13 días) y diciembre de 2016 (por 30 días). Sin embargo, también obra en el expediente certificación de fecha 28 de diciembre de 2016 por medio de la cual el área de recursos humanos de la empresa TROTER S.A. le informó a COLPENSIONES **que por error realizó aportes a pensión en los meses de noviembre y diciembre de 2016 a nombre del señor** **Armando Mahecha Palacios quien presta sus servicios como transportista independiente en la compañía y solicitó la devolución de esos aportes.** Valga aclarar que en el expediente administrativo no se avizoró ninguna actuación por parte de COLPENSIONES tendiente a resolver esta solicitud.
6. Así las cosas, la Sala estima que pese a que COLPENSIONES aduce que en el reporte oficial de semanas cotizadas figuran cotizaciones a pensión a través de la la empresa TROTER S.A. a nombre del señor Armando Mahecha Palacios como independiente, para los periodos de noviembre y diciembre de 2016, la empresa en mención realizó solicitud de devolución de esos aportes pues según su dicho, por error realizó estos pagos. Situación que no fue desvirtuada por COLPENSIONES.
7. Aunado a lo anterior, es claro, que para el momento en que el señor Armando Mahecha Palacios radicó la solicitud prestacional, tenía satisfechos los requisitos para acceder y disfrutar la pensión de vejez a partir del 1º de febrero de 2016, día siguiente al que se produjo el retiro efectivo del servicio, de manera que le asiste razón al deprecar el reconocimiento retroactivo de las mesadas pensionales dejadas de percibir en el periodo comprendido entre el 1º de febrero y el 31 de diciembre de 2016, incluida la mesada adicional de diciembre de 2016 (mesada 13).
8. Así mismo, es evidente que COLPENSIONES no realizó un estudio meticuloso para la expedición de la Resolución Resolución GNR 289062 del 28 de septiembre de 2016, mediante la cual negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por actividades de alto riesgo, solicitada por el señor Armando Mahecha Palacios, a pesar que el afiliado sí cumplía los requisitos para acceder a esta, conforme lo definió en la Resolución VPB 44496 del 13 de diciembre de 2016, por medio de la cual reconoció y ordenó el pago una pensión mensual vitalicia de Vejez Especial por Actividades de Alto Riesgo. Además, desde la misma solicitud de corrección de la historia laboral que elevó el actor, el actuar de COLPENSIONES fue negligente y desobligado, al punto que tuvo que incoar acción de tutela para que se diera respuesta a la petición y luego, interponer incidente de desacato para que se diera cumplimiento al fallo de tutela.
9. Por lo anterior, se declarará la nulidad de la Resolución SUB-6682 del 15 de enero de 2018 expedida por COLPENSIONES por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez a favor del señor Armando Mahecha Palacios, y de la Resolución DIR 4454 del 28 de febrero de 2018 por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación contra la Resolución SUB-6682 del 15 de enero de 2018, confirmándola en todas sus partes.
10. A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES reconocer y pagar al señor Armando Mahecha Palacios el retroactivo de las mesadas dejadas de cancelar, desde el 1º de febrero de 2016 fecha en que se produjo el retiro definitivo del servicio y hasta el 31 de diciembre de 2016, día anterior al ingreso al demandante a la nómina de pensiones, incluida también la respectiva mesada adicional de diciembre de 2016.
11. Dichos valores se indexarán en los términos del artículo 187 inciso final del C.P.C.A., mediante el empleo de la fórmula que a continuación se expresa:

R=Rh x Índice Final

 Índice Inicial

1. Donde el valor presente R, se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE y vigente a la ejecutoria de la sentencia, sobre el índice inicial vigente a la fecha en que se hizo efectivo el derecho, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, teniendo como índice inicial el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el artículo 192 del C.P.A.C.A.
2. De otro lado, la Sala negará el reconocimiento y pago de los perjuicios de orden material y moral presuntamente causados al demandante, toda vez que al expediente no se allegó ninguna prueba que permitiera establecer su procedencia, por el contrario, tal pretensión simplemente se enunció sin fundamento adicional.
3. En virtud de lo anterior, la Sala encuentra no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES denominadas “inexistencia del derecho y la obligación”, “presunción de legalidad de los actos administrativos”, “improcedencia de la indexación”, “cobro de lo no debido” y “buena fe de Colpensiones”.
4. No ocurre lo mismo con la excepción denominada “improcedencia de los intereses moratorios”, la cual tiene vocación de prosperidad, pues conforme arguyó la entidad demandada, los intereses moratorios no pueden generarse sin que se haya proferido sentencia y su causación se sujetará a lo establecido en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 que señala:

*“****Artículo 192. Cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas****. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.*

*Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.*

***Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.***

*Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva,* ***cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud****.*

(…)” (negrilla fuera de texto).

1. Ahora bien, en cuanto a la excepción denominada “prescripción”, se tiene que el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, dispone que “*Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible*”. Más adelante señala que el simple reclamo escrito del empleado ante la entidad, “interrumpe la prescripción, pero por un lapso igual”.
2. En este sentido, en el caso concreto advierte la Sala que las sumas derivadas del retroactivo en el pago de las mesadas pensionales del señor Armando Mahecha Palacios, no se encuentran afectadas por el fenómeno de prescripción, como quiera que el momento en que se hizo exigible el derecho corresponde al 01 de febrero de 2016, luego, mediante escrito del 30 de octubre de 2017 el actor presentó petición ante COLPENSIONES solicitando el pago de retroactivo de mesadas pensionales desde el 01 de febrero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016, incluyendo la prima de navidad (fls. 20-22) interrumpiendo la prescripción, así, entre esta fecha y la fecha en que se presentó la demanda, esto es, 07 de junio de 2019, no transcurrieron tres (3) años para que se produjera la extinción del derecho.
3. Por lo anterior, no se encuentra acreditada la excepción de prescripción que alegó la entidad demandada.

**IV.- Condena en costas**

1. En cuanto a las costas, es pertinente, en primer lugar, señalar que *son las erogaciones económicas en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar avante la posición que detenta en el juicio, y que se representan en los gastos ordinarios, las cauciones, el pago de los honorarios a los peritos, los gastos de publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina expensas. Así mismo, se comprenden en esta noción, los honorarios de abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho[[4]](#footnote-4)*. De manera que, al hablar de costas, se entiende que se hace alusión tanto a las expensas como a las agencias en derecho[[5]](#footnote-5).
2. Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado que las costas incluyen “*las agencias en derecho que corresponden al rubro por apoderamiento dentro del proceso y el juez los reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo los criterios del artículo 366 del Código General del Proceso”.*
3. A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que, en sentencia del 22 de febrero de 2018[[6]](#footnote-6), la Sección Segunda del Consejo de Estado Consejo de Estado recogió las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señaló que para determinar las costas se debía adoptar un **criterio objetivo valorativo**, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, *“(…) lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso”.*
4. Así mismo, en sentencia proferida por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado Consejo de Estado el 20 de septiembre de 2018[[7]](#footnote-7), se coligió que la condena en costas implica una valoración **objetiva valorativa** que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes.
5. No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado Consejo de Estado[[8]](#footnote-8), señaló que la condena en costas no puede ser impuesta de manera automática por el simple hecho de que una parte resulte vencida dentro del proceso, sino que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó **conductas temerarias o de mala fe** que conduzcan a dicha condena y además, las costas deben estar probadas en el proceso.
6. A su vez, en sentencia del 22 de octubre de 2018 de la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado[[9]](#footnote-9), señaló que el juez dispone de la procedencia o no de la condena en costas, para lo cual “*debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta* ***temeridad o mala fe*** *(…*)”.
7. Más recientemente, en sentencia proferida por la misma Sección Subsección "A", con ponencia del consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019, en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora María Ofelia Leguizamo Carranza, se acudió al **régimen objetivo** sin atención al criterio de temeridad.
8. Nótese que las citadas providencias plantean criterios opuestos, de manera que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse la postura que resulta más favorable a la parte vencida, pues al no existir en esa Corporación un pronunciamiento unificado en materia de costas, no puede hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial, es decir tal circunstancia faculta al juzgador para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho.
9. En atención a lo señalado, la Sala se abstendrá de condenar en costas en ambas instancias, máxime si se tiene en cuenta que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente.

**V. DECISION**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO. - REVOCAR** la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, en el que se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, se dispone:

**SEGUNDO. – DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES denominadas “inexistencia del derecho y la obligación”, “presunción de legalidad de los actos administrativos”, “improcedencia de la indexación”, “cobro de lo no debido”, “buena fe de Colpensiones” y “prescripción”, conforme a lo expuesto.

**TERCERO. – DECLARAR** probada la excepción propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES denominada “improcedencia de los intereses moratorios”, por las razones expuestas.

**CUARTO. – DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones SUB 6682 del 15 de enero de 2018 y DIR 4454 del 28 de febrero de 2018 expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO. –** A título de restablecimiento del derecho se ordena a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES reconocer y pagar al señor Armando Mahecha Palacios el retroactivo de las mesadas dejadas de cancelar, desde el 1º de febrero de 2016 fecha en que se produjo el retiro definitivo del servicio y hasta el 31 de diciembre de 2016, día anterior al ingreso al demandante a la nómina de pensiones, incluida también la respectiva mesada adicional de diciembre de 2016.

Dichos valores se indexarán en los términos del artículo 187 inciso final del C.P.C.A., mediante el empleo de la fórmula que a continuación se expresa:

R=Rh x Índice Final

 Índice Inicial

Donde el valor presente R, se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE y vigente a la ejecutoria de la sentencia, sobre el índice inicial vigente a la fecha en que se hizo efectivo el derecho, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, teniendo como índice inicial el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**SEXTO. – NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**SÉPTIMO. –**Sin condena en costas, por las razones antes expuestas.

**OCTAVO:** - En firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados:

(Firmado electrónicamente)

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

(Firmado electrónicamente)

**FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA**

(Firmado electrónicamente)

**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**

1. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00090-00(1211-09). [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00439-01(4812-19). [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad 63823, 07 de febrero de 2018. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 01 de marzo de 2018, Rad. No.: 25000-23-42-000-2013-06449-01(3989-15). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-4)
5. El artículo 361 del CGP dispone que las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho y que estas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 22 de febrero de 2018, Rad. No.: 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de septiembre de 2018, Rad. No.: 20001-23-33-000-2012 00222-01(1160-15). Consejero Ponente: William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 20 de septiembre de 2018, Rad. No.: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 22 de octubre de 2018, Rad. No05001-23-33-000-2014-00063-02(1074-15). Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cueter. [↑](#footnote-ref-9)