

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
POPAYÁN
SALA LABORAL**

**Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JESÚS ENRIQUE HERNÁNDEZ CLAROS
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
RADICADO No.	19-001-31-05-002-2019-00174-01
INSTANCIA	CONSULTA SENTENCIA
TEMA	Disfrute y causación de la pensión de vejez – retiro tácito al Sistema General de Pensiones.
DECISIÓN	Se confirma la sentencia de primera instancia

1.- ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de Colpensiones, frente a la sentencia de primera instancia del veinticinco (25) de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

En síntesis, pretende el demandante se **declare** que tiene derecho a que Colpensiones le reconozca el retroactivo pensional desde el 20 de octubre de 2014, y como consecuencia, se **condene** a la entidad demandada a la suma de \$51.674.438.00 por concepto de mesadas dejadas de percibir, entre el 10 de octubre de 2014 hasta julio de 2019, correspondiente al retroactivo pensional. De igual forma a la indexación de estas sumas, costas y agencias en derecho (fls. 30 a 36)

Como fundamentos fácticos expone que, fue pensionado por Colpensiones mediante resolución Nro. GNR375331 del 07 de diciembre de 2016, por ser beneficiario del régimen de transición y cumplir con los requisitos de la Ley 71 de 1988, con fecha de disfrute del 01 de diciembre de 2016.

Que realizó cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 2013, época en que ya reunía el requisito de semanas cotizadas, pero que la edad la cumplió 19 de septiembre de 2014, y en esa fecha adquirió el estatus pensional, debiendo reconocerse la pensión en esa fecha.

Expone que Colpensiones le negó el retroactivo pensional bajo el argumento que nunca se realizó la novedad de retiro al sistema por parte de su último empleador Corporación Solidaria SIEMRE.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

A través de apoderado judicial contesta la demanda, **oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones**, aceptando el reconocimiento pensional por parte de la entidad.

Que el retroactivo pensional no se le reconoció, porque, no aportó planilla donde se evidencie su retiro, requisito necesario para que se haga efectivo el reconocimiento de la pensión de conformidad

con los artículos 13 del Acuerdo 049 de 1990, 32 del Decreto 692 de 1994 y 17 de la Ley 100 de 1993.

Como mecanismo de defensa formuló las excepciones de fondo: “*inexistencia de la obligación de reconocer y pagar el retroactivo pensional*”, “*buena fe*”, “*prescripción*” e “*innominada*”. (Folio 67 a 73)

2.3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, se constituyó en AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO el día veinticinco (25) de febrero de 2020, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia en la que: **Condenó** a Colpensiones al disfrute de la pensión de vejez reconocida al señor Jesús Enrique Hernández Claro, a partir del 19 de septiembre de 2014, en aplicación del criterio del retiro tácito al sistema de pensiones.

En consecuencia, el valor de las mesadas pensionales insolutas generadas entre 19/10/2014 y el 30/11/2016, asciende al valor de \$18.054.955,00. **Ordenó** que las mesadas pensionales adeudadas entre 19 de octubre de 2014 y el 30 de noviembre de 2016 deberán actualizarse conforme la formula indicada en las consideraciones de esta sentencia. **Negó** la excepción de prescripción de mesadas pensionales.

Argumentos del Juez: Para sustentar su decisión, indicó que no existe duda que el accionante con posterioridad a 30 de septiembre de 2013 no volvió a efectuar cotizaciones, acumulando a ese momento 1429 semanas, según el contenido del acto de reconocimiento pensional, e incluso con anterioridad se evidencia actos positivos para reclamar su derecho pensional siendo negado desde 2013.

Por tanto, COLPENSIONES debió dar aplicación al retiro tácito del sistema, por lo que es procedente el reconocimiento y pago de la pensión desde el 19 de septiembre de 2014 fecha en que cumplió la edad de 60 años, siendo el valor de la mesada equivalente al

salario mínimo legal vigente y a razón de 13 mesadas al año, por efecto de lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

En firme el auto que admitió el trámite jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, frente al fallo que puso fin a la primera instancia, se dio traslado a las partes para alegar por escrito, por el término de cinco (5) días a cada una, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

El apoderado judicial de Jesús Enrique Hernández, ratificó los hechos y pretensiones de la demanda, indicando que el demandante tiene derecho al retroactivo pensional desde el 20 de octubre de 2014, teniendo en cuenta que se retiró tácitamente del sistema en diciembre de 2013, y que la jurisprudencia ha sostenido que cuando el afiliado o asegurado manifiesta su voluntad en la solicitud de pensionarse se constituye como deber del instituto demandado reconocer la prestación a partir de la fecha en la cual le fue solicitado dicho reconocimiento.

El apoderado judicial de Colpensiones, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, bajo el argumento, 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 retirarse del servicio.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:

En virtud a que la providencia de primera instancia resultó totalmente adversa a Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo

14 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar la consulta obligatoria de esta sentencia, por no haber sido apelada.

Los sujetos procesales tienen capacidad jurídica para actuar en este proceso y están representados por sus apoderados.

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce el presunto titular del derecho reclamado, en contra de la persona jurídica eventualmente obligada a reconocerlo.

La funcionaria judicial que conoció del asunto es la competente y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades insaneables.

5. - HECHOS PROBADOS SIN DISCUSIÓN EN ESTA INSTANCIA:

Esta por fuera de controversia en segunda instancia, los siguientes hechos probados:

(I) Que mediante Resolución GNR260964 del 17 de octubre de 2013 –folio 9 del cuaderno de primera instancia- Colpensiones negó el reconocimiento pensional al demandante, bajo el argumento que no cumplía con el requisito de edad.

(II) COLPENSIONES mediante Resolución GNR375331 del 07 de diciembre de 2016 –folio 11 del cuaderno de primera instancia-, le reconoce al demandante una pensión de vejez, a partir del mes de diciembre de 2016, aplicando para tal efecto lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, por ser el demandante beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100/93.

Es decir, no se discute el status de pensionado del demandante, al haber acreditado los veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y los 60 años de edad, requisitos que contempla la Ley 71/88, para ser acreedor a la pensión de jubilación por aportes.

6. ASUNTOS POR RESOLVER.

En sede del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, los problemas jurídicos a resolver son:

1. ¿Se ajusta al ordenamiento jurídico vigente, la tesis del Juez de Primera Instancia de ordenar el reconocimiento pensional al señor Jesús Enrique Hernández Claros a partir del 19 de septiembre de 2014 en aplicación del criterio del retiro tácito al sistema de pensiones?
2. En el evento de estar conforme al ordenamiento jurídico la decisión del juez de instancia, se estudiará la liquidación de las condenas y la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones.

7. RESPUESTA AL TEMA DE LA FECHA A PARTIR DE LA CUAL SE PRODUCE EL DISFRUTE DEL DERECHO PENSIONAL

TESIS DE LA SALA: Hay lugar a CONFIRMAR la sentencia consultada, porque, está probado que el demandante causó el derecho a su pensión por vejez, desde el 19 de octubre de 2014, cuando cumplió con los dos requisitos exigidos por la Ley 71 de 1988, además que, realizó su última cotización a pensión el 30 de septiembre de 2013, por lo que Colpensiones no podía exigir prueba solemne del retiro del sistema para reconocer la pensión desde esa época, pues los actos del demandante llevan a la certeza de su retiro tácito, en tanto no volvió a cotizar.

La tesis encuentra apoyo en las siguientes premisas fácticas y jurídicas:

7.1. En primer lugar, debe quedar claro, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, si bien la pensión de vejez se causa cuando se reúnen los requisitos de edad y densidad de semanas, su disfrute opera desde la desafiliación definitiva del sistema de aportes.

Las anteriores disposiciones normativas no fueron modificadas con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por disposición expresa del artículo 31 de la citada ley 100, que reza “*Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley*”.

Sobre este tema, se pueden consultar la sentencia de la CSJ-SL del 07 de septiembre de 2006 (rad. 27.140), que reitera la sentencia del 21 de febrero de 2005 (rad. 24370).

7.2. En sentencia del 7 de febrero de 2012, radicación 39.206, la CSJ-SL distinguió los conceptos de **causación de la pensión de vejez y el disfrute** de la misma así:

“Es pertinente anotar, respecto de la primera disposición que cita la censura como interpretada erróneamente, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que ésta distingue dos conceptos, el de causación de la pensión de vejez y el disfrute de la misma; el primero se refiere a que el derecho nace cuando la persona reúne las exigencias de edad y semanas cotizadas y el segundo, apunta a que, para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen, sin ningún otro requerimiento, de allí que no tenga sustento en esta preceptiva, la condición que sostiene la acusación, de que debe darse la desvinculación del trabajador para que pueda comenzar a disfrutar la pensión. (...)”.

7.3. Sobre el tema de la desafiliación al sistema, la CSJ- SL ha

sostenido, de manera general, que esta situación no se presenta de manera tácita, por el contrario, supone un acto de declaración de voluntad, bien sea del empleador o del afiliado, que, desde luego, debe ser conocido por la entidad de seguridad social, quien debe tomar las medidas administrativas correspondientes para que el afiliado sea excluido del sistema.

Pero, a su vez, la misma SL -CSJ no desconoce que, de manera excepcional, la desafiliación se puede inferir de la concurrencia de varios hechos, tal como lo explicó en sentencia SL5541-2019:

*“Sobre la figura de la desafiliación, esta Sala ha considerado que aquella acontece cuando el afiliado exterioriza su voluntad de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, **reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender.** En esa medida, sobre el alcance y sentido de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala ha adoctrinado **que cuando no se cuente con el acto formal de desafiliación, deben examinarse las circunstancias fácticas del caso a fin de determinar en qué momento debe entenderse que el afiliado desiste de su afiliación al sistema pensional y se hace exigible la mesada causada.** Así se adoctrinó en la sentencia CSJ SL9036-2017, reiterada, entre otras, en la CSJ SL900-2018:*

(...)

En este orden, podría decirse que si bien la regla general para el inicio de la percepción de la pensión es la desvinculación del sistema que compete reportarla al empleador, no obstante, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares que deben advertir los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia”.

Esta tesis jurisprudencial ha sido mantenida por la CSJ-SL de manera pacífica, como dan cuenta las sentencias, del 23 de agosto de 2017, radicación 51100 y del 25 de septiembre de 2019 numerada SL4024-2019, Radicación n° 65096.

7.4. Análisis del caso:

Acogiendo los conceptos legales de causación y disfrute de la pensión y su interpretación por parte de la CSJSL, se pasa a

analizar el presente asunto:

Ya se dijo y no hay discusión, el demandante es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y le fue aplicada la Ley 71 de 1988 para el reconocimiento de su pensión de vejez, norma que exige la edad de 60 años para los hombres y un tiempo de veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social.

Estando probado que el señor Jesús Enrique Hernández nació el 19 de octubre de 1954, de acuerdo con la copia la cedula de ciudadanía y las resoluciones de Colpensiones que resuelven su derecho pensional, cumplió los 20 años el mismo día y mes, pero del año 2014.

En cuanto al número de semanas cotizadas al sistema de pensiones, se observa que, su última cotización se realizó el 30 de septiembre de 2013, como se desprende de la historia laboral de cotizaciones vista a folios 4 a 6 del cuaderno de instancia.

De acuerdo a los actos administrativos expedidos por Colpensiones, dentro del trámite del reconocimiento pensional al demandante, la causación del derecho se produce desde el 19 de octubre de 2014, porque así aparece en el recuadro “*fecha status*”.

Esta situación jurídica no es objeto de discusión, en tanto, para esa época el demandante cumplió los 60 años de edad, único requisito que le hacía falta para obtener el estatus de pensionado.

De manera que, al estar probado que el actor cumplió los 60 años de edad el 19 de octubre de 2014, y para esa data tiene cotizadas 1.429 semanas, es decir, más del equivalente a 20 años de aportes al sistema de pensión, no queda duda, para esta fecha se causa su derecho a la pensión por vejez, con las reglas de la Ley 71 de 1988.

7.5. En lo que respecta al disfrute de la pensión y el reconocimiento del retroactivo demandado, la Sala considera que

esta conforme a derecho la decisión del juez de instancia de reconocer la pensión al demandante a partir del 20 de octubre de 2014, día siguiente a la causación del derecho, por las siguientes razones:

Si bien es cierto, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en el proceso no aparece prueba del acto formal que demuestre la voluntad del demandante de desafiliarse del sistema pensional, sin embargo, siguiendo la tesis del Tribunal de Cierre en esta materia, la desafiliación se puede desprender de los siguientes hechos:

En primer lugar, por cuanto el demandante no volvió a cotizar al sistema, pues luego de la última cotización realizada por el empleador “Corporación Solidaria Siempre”, no existe prueba que haya cotizado o intentado seguir cotizando como independiente, es más, la última cotización con el empleador, que fue en septiembre de 2013, coincide con la última que efectuó en aportes al sistema de salud, según el expediente administrativo acompañado por Colpensiones.

En segundo lugar, porque el demandante desplegó actos tendientes a obtener la pensión de vejez, mediante la solicitud que realiza el 18 de septiembre de 2012, que fue negada por Colpensiones con la resolución Nro. GNR 260964 del 17 de octubre de 2013.

En tercer lugar, cuando el actor cumplió con la edad para obtener la pensión, volvió a solicitar a Colpensiones el reconocimiento pensional, a partir del 19 de octubre de 2014, como dan cuenta las resoluciones GNR 375331 del 07 de diciembre de 2016 (Folios 11 a 14) y los recursos de reposición y apelación interpuestos, ante el hecho del reconocimiento de la pensión, con disfrute desde el 1 de diciembre de 2016, conforme aparece en la parte motiva de la resolución SUB 76584 del 22 de marzo de 2018 a folios 21 a 25.

Con estos hechos indiciarios ciertos, sin otros que los controviertan, para la Sala hay total certeza de la desafiliación tácita del sistema de pensiones, por el demandante y únicamente esperó cumplir con el requisito de la edad, para realizar la

petición e insistir en sede administrativa el reconocimiento del derecho al disfrute pensional para la fecha que cumplió con todos los requisitos legales.

Por lo anterior, se confirma la sentencia de primera instancia.

8. RESPUESTA A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

La Sala confirma la decisión de primera instancia de negar la declaración de la excepción de prescripción, alegada por la pasiva, dado que la causación del derecho ocurrió el 19 de octubre de 2014 y la petición administrativa para el reconocimiento de la pensión y su disfrute desde esta fecha, se realizó el 20 de octubre de 2016, como da cuenta la parte motiva de la resolución SUB253572 del 14 de noviembre de 2017, la cual, sólo quedó ejecutoriada con la respuesta a los recursos de reposición y apelación, este último con la resolución DIR 6268 del 02 de abril de 2018 a folios 26 a 29, con la cual se entiende interrumpido el término prescriptivo, a voces de los artículo 6 y 151 del CPLSS.

Como quiera, la presente demanda se presentó el 06 de agosto de 2019, según la anotación al folio 38, no prescribió ninguno de los valores demandados a título de retroactivo de mesadas pensionales.

Por lo anterior, se confirma el ordinal Tercero de la parte resolutive de la sentencia consultada.

9. REVISIÓN DEL VALOR DE LAS CONDENAS PROFERIDAS EN PRIMERA INSTANCIA:

Revisada la liquidación aportada el folio 87, utilizada por el Juez de Primera Instancia para proferir la condena del ordinal primero de la parte resolutive, se encuentra acorde con la parte motiva y, por lo tanto, se confirma, junto con la condena a la indexación ordenada en el ordinal segundo.

10. COSTAS: Como se trata del grado jurisdiccional de consulta y

hay lugar a confirmar la sentencia de primer grado, la Sala no condenará en costas de segunda instancia, por no haberse causado.

11.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de La República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia del veinticinco (25) de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, Cauca dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor JESÚS ENRIQUE HERNÁNDEZ CLARO contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por las razones expuestas en esta audiencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS de segunda instancia.

TERCERO: La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO**, al cual se adjunta copia de la presente sentencia para conocimiento de las partes y sus apoderados.

Los Magistrados,


LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado
Popayán-Cauca



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA