

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL
DESCONGESTIÓN**

MAGISTRADA PONENTE: MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO

SANTIAGO DE CALI, DIECISÉIS (16) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

**RADICADO: 76001310500720170072701.
DEMANDANTE: GUSTAVO BARREIRO PORTOCARRERO.
DEMANDADA: COLPENSIONES.**

Conforme lo previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala de Descongestión de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por las Magistradas MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO, quien la preside, EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES y CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ se reunió con el **OBJETO** de resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que profirió el 9 de abril de 2018, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, Valle del Cauca. Previa deliberación las Magistradas acordaron la siguiente:

SENTENCIA No. 069.

1) ANTECEDENTES.

a) PRETENSIONES.

Reclama el demandante que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez, a partir del 1 de diciembre de 2014, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, con los intereses moratorios o en subsidio la indexación.

b) HECHOS.

Como fundamentos fácticos relevantes de su demanda afirmó que nació el 16 de noviembre de 1947. Que cotizó 1007 semanas, entre el 29 de mayo de 1979 y el 30 de noviembre de 2014. Que para el 1 de abril de 1994 contaba con 47 años de edad y para el 31 de mayo de 2014, tenía 763 semanas cotizadas.

c) RESPUESTA DE COLPENSIONES.

La demandada descorrió el traslado de la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento de que el disfrute de la pensión de vejez está supeditado a la desafiliación del asegurado del régimen solidario de prima media, como lo disponen los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. En su defensa propuso las excepciones que denominó "*inexistencia de la obligación*", "*falta de causa para demandar*", "*prescripción*", "*cobro de lo no debido*", "*buena fe*" y "*innominada*".

2) SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juez de primera instancia en sentencia del 9 de abril de 2018 resolvió declarar no probadas las excepciones formuladas por la demanda, por lo que la condenó a pagar la pensión de vejez en favor del señor Gustavo Barreiro Portocarrero, a partir del 29 de diciembre de 2014, más los intereses moratorios sobre el valor del retroactivo adeudado, desde el 30 de abril de 2015. Igualmente, autorizó a Colpensiones a descontar el 12% del valor del retroactivo pensional adeudado, con excepción de las mesadas adicionales.

3) CONSULTA.

Como quiera que en la decisión de primera instancia se fulminó condena contra una entidad descentralizada de la cual es garante la nación, en aplicación del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social corresponde a la Sala conocer del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

4) APELACIÓN.

Inconforme con la decisión de primera instancia el apoderado de la parte activa la recurrió, manifestando su inconformidad con la autorización a Colpensiones de descontar el 12% del retroactivo pensional por concepto de aportes en salud, argumentando que el actor venía realizando estas cotizaciones, a través de su empleador, por lo que con ese doble pago se incurriría en un enriquecimiento sin justa causa.

5) SEGUNDA INSTANCIA.

En auto del 27 de junio de 2018, la Sala de Decisión Laboral del de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Por auto del 2 de diciembre del 2020 se resolvió una solicitud de impulso procesal.

El Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, creó el Despacho de Descongestión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali y este asunto fue remitido para ser objeto de esa medida, mediante auto del 7 de abril de 2021.

Por auto del 12 de agosto de 2021, se avocó el conocimiento del proceso y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020.

6) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Las partes guardaron silencio.

7) CONSIDERACIONES.

a) PROBLEMAS JURÍDICOS.

Como quiera que en el presente asunto debe resolverse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y el recurso de apelación propuesto por la parte demandante, la Sala comenzará por resolver el primero y solo en el evento de que continúen existiendo las razones que dieron lugar a la alzada procederá a su resolución,

por lo que los problemas jurídicos a resolver serán los siguientes: i) le asiste derecho al señor Barreiro Portocarrero a disfrutar de la pensión de vejez que Colpensiones le reconoció, a través de la Resolución SUB 187768 del 5 de septiembre de 2017, a partir del 1 de diciembre de 2014; ii) en caso afirmativo, se analizará si el retroactivo pensional reclamado debe reconocerse con los intereses moratorios o la indexación; iii) resultaba procedente que el *a quo* autorizara a Colpensiones a descontar el 12% sobre el valor del retroactivo pensional, con destino al Subsistema de Seguridad Social en Salud.

Así las cosas, se procede a resolver de la siguiente manera.

b) DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VEJEZ

Antes de resolver el problema jurídico planteado, es menester dejar por sentados los siguientes hechos que se encuentran demostrados en el plenario: i) el demandante nació el 16 de noviembre de 1947 (fl. 12); ii) entre el 29 de mayo de 1979 y el 31 de mayo de 2017 el afiliado cotizó 1136 semanas al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones (fls. 31 a 36); iii) mediante resolución SUB 187768 del 5 de septiembre de 2017, la Administradora Colombiana de Pensiones reconoció una pensión de vejez en favor del señor Gustavo Barreiro Portocarrero, con fecha de status 5 de octubre de 2014 y efectividad 1 de septiembre de 2017 (fls. 42 a 45).

Para desatar la controversia de marras, se debe recordar lo preceptuado en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, según los cuales:

"ARTÍCULO 13. CAUSACION 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."*

De conformidad con las anteriores disposiciones, el disfrute de la pensión de vejez está supeditado al reporte de la novedad de retiro en el sistema, empero, existen ciertos eventos, en los que, pese a no realizarse esa anotación, es posible deducir de la conducta del afiliado su intención inequívoca de entrar a disfrutar de la prestación pensional, como cuando solicita el reconocimiento y pago de la pensión desde una fecha determinada, deja de cotizar al sistema o finaliza la relación laboral que da origen a los aportes.

Igualmente, existen eventos en los que la falta de desafiliación obedece a una conducta negligente de la administradora de pensiones, que niega el derecho, pese a que el afiliado reúne los requisitos para entrar a disfrutar de la prestación, de ahí que sea su conducta la que lo conmine a seguir cotizando al sistema, ante la inseguridad que genera en la persona de las exigencias necesarias para causar su derecho pensional.

La anterior casuística ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias radicado 34514 del 1º de septiembre de 2009, radicado 39391 del 22 de febrero de 2011, SL1963-2020, SL1713-2021 y SL5303 del 2016, esta última en la que se dijo:

"El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante, lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.”

En el *sub lite*, tenemos que el señor Barreiro Portocarrero causó el derecho a la pensión de vejez que le reconoció Colpensiones, el 5 de octubre de 2014, cuando cumplió el requisito de la densidad, tal como se lee en la Resolución SUB 187768 del 5 de septiembre de 2017.

Igualmente, si analizamos los requisitos exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, para acceder a esa prestación pensional, encontramos, de conformidad con el Acto Administrativo de folios 41 a 45, que el pensionado alcanzó las 1000 semanas de aportes, el 5 de octubre de 2014, fecha para la que contaba con 60 años de edad, como puede deducirse de su fecha de nacimiento, acreditada con la documental de folio 12.

En ese sentido, puede colegirse pacíficamente que el derecho al reconocimiento de la prestación pensional se causó el 5 de octubre de 2014, cuando el demandante cumplió el requisito de la densidad, por cuanto para esa fecha ya contaba con la edad necesaria, por lo que partiendo de esa data se dará aplicación a las normas que regulan la materia para determinar el momento a partir del cual el actor debía comenzar a disfrutar el derecho.

Siendo el principal requisito exigido por la normatividad que regula el tema el reporte de la novedad de retiro del sistema, encuentra la Sala que el señor Barreiro Portocarrero no lo acreditó, toda vez que para el ciclo de octubre de 2014 no se reportó novedad alguna, como tampoco se evidencia en los periodos subsiguientes, tal como puede verse en la historia laboral que milita de folios 31 a 36.

Tal circunstancia es aceptada por el accionante en su demanda, cuando afirma que su empleador se negó a reportar la novedad de retiro hasta que no tuviera el acto administrativo de reconocimiento de la pensión.

De otro lado, de los demás elementos de convicción arrimados al plenario no es posible inferir la intención inequívoca del accionante de retirarse del sistema y comenzar a disfrutar de su pensión de vejez, pues de la Resolución GNR 189218 del 24 de mayo de 2014, se deduce que el actor aspiraba a obtener su pensión, desde el 3 de abril de 2014, fecha para la cual no contaba con el número mínimo de semanas exigido.

Posteriormente, el 29 de diciembre de 2014, el demandante solicitó nuevamente el reconocimiento de la prestación, y pese a que en líneas anteriores se concluyó que para esta fecha si acreditaba los requisitos para casuar el derecho, lo cierto es que la negativa de la entidad de seguridad

social estuvo fundada para ese momento, toda vez que cuando se resolvió, consideró las semanas aportadas hasta el 31 de enero de 2015, y tan solo encontraba 1002, las cuales resultaban insuficientes, tal como puede verse en la Resolución GNR 75478 del 12 de marzo de 2015, adosada a folios 20 a 22 del plenario.

En ese sentido, en el archivo GAF-FCH-F1-2014_10698690-20141226091742 de expediente administrativo se encuentra una solicitud de corrección de historia laboral presentada por el actor, y aunque no se reporta ningún acto administrativo por medio del cual se definiera la misma ni se menciona nada sobre el particular en las resoluciones que analizaron el derecho pensional del demandante, de las mismas si se deduce que la historia laboral del actor sufrió variaciones significativas, al punto que para el mes de septiembre de 2017, cuando la entidad examinó nuevamente su derecho pensional encontró acreditadas 1000 semanas de aportes para el 5 de octubre de 2014.

De donde, considera la Colegiatura que la negativa de la demandada a reconocer la pensión de vejez al demandante a través de la Resolución GNR 75478 del 12 de marzo de 2015 obedeció a argumentos atendibles, que escapan de los escenarios en que las administradoras de pensiones inducen a sus afiliados a seguir cotizando.

En soporte de la anterior decisión, la Sala se remite a las consideraciones vertidas en la sentencia SL456-2021, en la cual se dijo:

"Por lo tanto, en el caso concreto no se evidencia con claridad un comportamiento irrefutable del señor Serna Hoyos de querer desafiliarse del Sistema. Incluso, a pesar de que Colpensiones le negó el reconocimiento a la pensión de vejez a través de la Resolución n.º GNR 308433 del 19 de noviembre de 2013 (folios 20 a 23 del primer cuaderno), y que, por tal motivo, se registraron aparentemente cotizaciones adicionales hasta enero de 2014, debe advertirse que tal situación no obedeció precisamente a un actuar negligente de la entidad, sino que, por el contrario, correspondió a unas contradicciones en la historia laboral que requerían para su corrección la participación de los empleadores del accionante y que solo se definió durante este proceso en sede de Tribunal."

Así las cosas, como quiera que en el presente caso no se acreditó la voluntad irrefutable del pensionado de desafiliarse del Subsistema de Seguridad Social en Pensiones con anterioridad al 1 de septiembre de 2017, deberá revocarse la sentencia de primera instancia en cuanto fulminó condena por el retroactivo pensional deprecado.

En consecuencia, se declarará probada la excepción de "*cobro de lo no debido*" formulada por Colpensiones.

Dicho lo anterior, resulta inane hacer consideraciones respecto de los intereses moratorios o la procedencia del descuento con destino al Subsistema de Seguridad Social en Salud sobre el retroactivo pensional.

c) COSTAS.

Conforme lo dispone el numeral 4 del artículo 365 del C.G. del P., al cual se acude en virtud a la integración normativa autorizada por el artículo 145 del C. de P.L. y de la S.S., se condena en costas a la parte demandante en ambas instancias, las cuales serán a favor de la demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de 1 smlmv.

8) DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE DESCONGESTIÓN DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

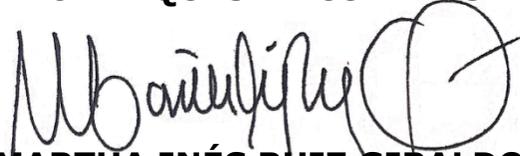
PRIMERO: REVOCAR la providencia proferida el 9 de abril de 2018 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, Valle del Cauca del Cauca, en el proceso que promovió el señor **GUSTAVO BARREIRO PORTOCARRERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de "cobro de lo no debido" formulada por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

TERCERO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor **GUSTAVO BARREIRO PORTOCARRERO**.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo del señor **GUSTAVO BARREIRO PORTOCARRERO** y en favor de **COLPENSIONES**. Se fijan como agencias en derecho la suma de 1 smlmv.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO
Magistrada Ponente



EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada



CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada

La presente providencia debe ser notificada por edicto, con sujeción a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia AL2550-2021.

Firmado Por:

Martha Ines Ruiz Giraldo
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1d8c1fd120ad49a9cbc6256a9afea96acc7fda03b525a61acfd9ff4966bbfa6**

Documento generado en 16/11/2021 01:29:50 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>