



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-001-31-05-027-2018-00381-01. Proceso Ordinario de German Humberto Sicard Zerda contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que la demandada debe incluir en nómina de pensionados al actor a partir del 1º de mayo de 2011, y como consecuencia de lo anterior, se condene al pago del retroactivo pensional por el período comprendido entre el 1º de mayo de 2011 y el 28 de febrero de 2012, junto con los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó el demandante, según el cual, cumplió con los requisitos para la pensión de vejez el 6 de abril de 2011, por contar con 1813 semanas, por lo que el 8 del mismo mes y año solicitó el reconocimiento de la pensión ante el ISS, solicitando en la misma fecha a su empleador Cartón de Colombia S.A., la desafiliación al Sistema General de Pensiones, sociedad que procedió a registrar la novedad de retiro en el mes de abril de 2011; que mediante resolución No. 103960 del 15 de marzo de 2012, se reconoció la pensión y se ordenó la inclusión en nómina a partir del 1° de marzo de 2012; que elevó solicitud ante el ISS el 28 de mayo de 2012, para que se otorgara el ingreso en nómina de pensionados a partir del 1° de mayo de 2011, no obstante, al no recibir respuesta, se radicó nueva petición el 16 de julio de 2012, de la cual tampoco se obtuvo respuesta, por lo que interpuso acción de tutela el 10 de octubre de 2012, la que le correspondió al Juzgado 3° de Familia de Descongestión, despacho que mediante sentencia del 12 de diciembre de 2012, amparó el derecho fundamental, no obstante, no se emitió respuesta alguna pese a iniciarse el incidente de desacato, que el 16 de abril de 2013 se presentó nueva solicitud ante Colpensiones para que se efectuara su ingreso a nómina de pensionados a partir del 1° de mayo de 2011, la que fue desatada mediante la resolución GNR 202526 del 9 de agosto de 2013, que negó la inclusión en nómina por no contar con la desafiliación del sistema general de pensiones, decisión contra la que se interpuso recurso de reposición el 25 de septiembre de 2013, el que fue resuelto mediante acto administrativo GNR 192672 del 29 de mayo de 2014, que confirmó la decisión atacada; que elevó solicitud ante Colpensiones el 4 de abril de 2016, para que se extendiera la jurisprudencia del proceso 2009 – 00090 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, petición resuelta mediante resolución GNR 147123 del 19 de mayo de 2016, mediante la cual se reconoce el estatus de pensionado a partir del mes de abril de 2011, pero niega el retroactivo por no contar con el retiro del sistema; que elevó

solicitud ante el Consejo de Estado para que se hiciera extensible la jurisprudencia y se ordenara a Colpensiones reconocer el derecho, no obstante, mediante actos administrativos GNR 290137 y 330668 de 2016, la entidad insiste en negar el retroactivo pensional; que se solicitó el retiro del proceso ante el Consejo de Estado el 22 de noviembre de 2017, el que fue autorizado el 18 de diciembre de la misma anualidad; que se elevó nueva solicitud ante Colpensiones el 2 de marzo de 2018, la que fue desatada de forma desfavorable mediante resolución SUB 98863 de 2018.

La aquo absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, bajo el sustento que el si bien es cierto el derecho pensional debió reconocerse a partir del cumplimiento de la edad por parte del pensionado, también lo es, que el mismo se encuentra prescrito, por cuanto la reclamación administrativa se agotó en el año 2013; no obstante no se radicó oportunamente demanda alguna solicitando la concesión del derecho pensional, sino hasta el 9 de julio de 2018, término superior a los tres años de que trata el artículo 151 del C.P.T. y S.S. y 488 del C.S.T.

Inconforme con la determinación adoptada, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda. Lo anterior, por cuanto en primer lugar es viable reconocer de forma retroactiva la inclusión en nómina, ya que desde que cumplió requisitos para pensión de vejez ha solicitado por todos los medios por vía administrativa y judicial la inclusión retroactiva en nómina por satisfacer requisitos de semanas, edad y retiro y Colpensiones excedió sus competencias y exigió requisitos que no están en la ley, así como, que las jurisprudencia de las tres Altas Cortes han amparado casos como el del demandante, ya sea por condición más beneficiosa, desafiliación,

empleados del sector privado, o retiro del servicio para el sector público; así mismo, señala que las circulares internas no están por encima de la ley. Respecto de los intereses moratorios, manifestó que está demostrado que cumplió con todos requisitos de derecho pensional, edad, semanas y desafiliación, conforme a los artículos 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990 y 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que su inclusión debió darse desde 1º de mayo de 2011, no obstante, Colpensiones durante 7 años ha vulnerado los derechos del demandante por el no pago de las mesadas desde mayo de 2011 y por ello asiste derecho al pago de intereses moratorios liquidados desde 1º de mayo de 2011 y hasta la inclusión retroactiva. Finalmente, adujo frente a la prescripción, que en materia de seguridad social los derechos son imprescriptibles e irrenunciables, y el demandante ha realizado las acciones administrativas y judiciales desde el momento en que fue notificado de la resolución del año 2012 que otorgó la pensión de vejez hasta la presentación de la demanda, que el paso del tiempo no ha sido por desidia del demandante, ya que ha elevado todas las actuaciones y es sobre la entidad que recae la carga del tiempo y por ello no es procedente la prescripción.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de discusión en el proceso que el demandante es beneficiario del régimen de transición, y que por virtud de ello le fue reconocido la prestación pensional en forma directa por parte del ISS, mediante la Resolución GNR 103960 del 15 de marzo de 2012, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, el problema jurídico a resolver en

esta segunda instancia está relacionado con la fecha a partir de la cual la activa tiene derecho al disfrute o reconocimiento de la pensión, que para la parte actora, debe ser a partir del 1º de mayo de 2011, por cuanto para dicha fecha acreditó el estatus de pensionado; y en caso afirmativo, establecer si hay derecho o no al pago de los intereses moratorios reclamados.

Sobre ese punto, la Sala debe recordar que la jurisprudencia laboral ha considerado que, en efecto, una cosa es la causación del derecho y otra el disfrute de la pensión, materializándose el primero, con el cumplimiento de los requisitos de semanas o tiempo de servicio y el acaecimiento de la edad respectiva que trae la norma; mientras que por el disfrute, se ha entendido el acto por el cual se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, previa desafiliación del régimen, conceptos éstos que han dado lugar a entender que el hecho exclusivo de cumplir los requisitos mínimos para acceder a la pensión, no lleva por sí mismo a la desafiliación del sistema, por cuanto ello no impide que el trabajador o su empleador continúen cotizando para mejorar el monto o liquidación de la prestación, tanto, que el simple reporte del empleador de la novedad de la terminación del vínculo o el hecho de no continuar cotizando no le quitan la calidad de afiliado al trabajador, pues siempre podrá, posteriormente, realizar nuevas cotizaciones con el fin de mejorar su ingreso pensional; de ahí que, para la desafiliación se exija, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, que exista un acto de declaración de voluntad, expreso, conocido por la entidad de seguridad social respectiva, para que aquella tome las medidas necesarias para considerar al trabajador desafiliado del sistema, y no que ello se entienda de manera tácita, pues la afiliación es un estado que adquiere el trabajador de manera permanente así no obren cotizaciones en determinado momento de la historia laboral.

Bajo tal perspectiva, se advierte que el actor acreditó los 60 años de edad el 6 de abril de 2011, fecha para la cual el actor ya contaba con la densidad de las 1000 semanas requeridas, como quiera que del acto administrativo que reconoció la prestación, se advierte que el actor cotizó hasta el 1° de marzo de 2012 un total de 1813 semanas durante su vida laboral, y por ende, contaba con más de 1700 semanas para el momento en que cumplió los 60 años de edad, por lo que sería procedente en principio el reconocimiento del derecho pensional a partir del día siguiente a la última cotización, esto es, a partir del 1° de mayo de 2011.

Sin embargo, se hace necesario proceder con el estudio de la excepción de prescripción propuesta por la encartada, atendiendo lo normado en los artículos 151 del C.P.T. y S.S. y 488 del C.S.T., en el entendido que los derechos no reclamados con posterioridad a los 3 años a partir de su exigibilidad quedarán sujetos a la cobertura de dicho fenómeno; no obstante, con el simple reclamo escrito se interrumpirá la prescripción por un lapso igual.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que el derecho pensional se hizo exigible el 1° de mayo de 2011, elevando la reclamación respectiva ante el entonces ISS los días 28 de mayo y 16 de julio de 2012 y que fuere desatada de forma desfavorable por parte de Colpensiones mediante resolución GNR 202526 del 9 de agosto de 2013, decisión contra la que se interpuso recurso de reposición y que fue resuelta confirmando la decisión atacada mediante acto administrativo GNR 192672 del 29 de mayo de 2014, la que fue reiterada en múltiples oportunidades por la parte actora y resueltas por parte de la demandada y se radicó el escrito de demanda el 9 de julio de 2018 tal y como se desprende del acta de reparto visible a folio 54 del plenario, por lo que se advierte que el término prescriptivo corrió en contra del demandante al no efectuar la

reclamación respectiva en la vía ordinaria, por lo que le asiste razón a la falladora de primer grado frente a la absolución del retroactivo pensional deprecado, lo que conlleva a que se confirme la decisión en su integridad.

Ahora bien, debe indicarse que si bien se vislumbra de las diligencias una actuación diligente de parte del actor en lo referente a su inclusión en nómina de pensionados de forma retroactiva y el consecuente pago de sus mesadas pensionales, también lo es, que no dio inicio a las acciones en la vía ordinaria dentro del término trienal con posterioridad al agotamiento de la reclamación administrativa, por lo que los escritos presentados con posterioridad no interrumpieron el término prescriptivo, que corre en contra de la parte que ostenta la calidad de acreedora de una obligación.

Finalmente, no se hace necesario efectuar un pronunciamiento mayor concerniente a los intereses moratorios solicitados, como quiera que la pretensión principal que era la concesión del retroactivo pensional se encuentra llamada al fracaso, por lo que sus pretensiones consecuenciales siguen la misma suerte.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedarán a cargo del demandante y sin ellas en esta instancia.

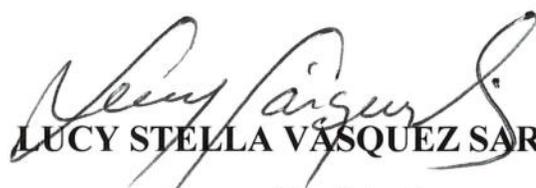
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República



de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones de esta decisión. **COSTAS** de primera instancia a cargo del demandante y sin ellas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado