***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 25 de febrero de 2016.*

***Radicación No****:**66001-31-05-002-2014-00039-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral.*

***Demandante****: Melva Cárdenas Perdomo*

***Demandado:*** *Colpensiones*

***Juzgado de origen****: Segundo Laboral del Circuito de Pereira.*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar:***

RETROACTIVO PENSIONAL/ Límite temporal de la desafiliación voluntaria para establecer el disfrute de la pensión

“(…) la actora cumplió los 55 años de edad el 18 de marzo de 2007, tal como se desprende de la copia de la cedula de ciudadanía visible a folio 52 del expediente, fecha para la cual contaba con 1.082,14 semanas, según se devela en la historia laboral visible a folio 301 del expediente, es decir, en esa oportunidad la actora causó el derecho pensional y, en principio, al haberse manifestado la voluntad de acceder a la pensión de vejez el 20 de marzo de 2007, sería desde esa misma calenda que entraría a disfrutar el derecho. Sin embargo, como según la misma historia laboral, aparecen aportes hasta el mes de agosto de 2008, atendiendo el mandato del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 de contabilizarse hasta la última semana aportada, es a partir de esta calenda que debe entenderse operó la desafiliación y, por tanto, desde el 1º de septiembre de 2008 se debió haber reconocido y pagado la mesada pensional respectiva (…)”

INTERESES DE MORA/ Se generan cuando el término establecido para resolver la petición pensional transcurre sin respuesta/ Plazo empieza a correr desde la presentación de la solicitud/ No reformatio in pejus

“(…) la interpretación que hizo del momento en el cual inicia a contabilizar el lapso de seis meses es equivocado, pues no se cuenta desde que la actora debió iniciar el disfrute de la pensión de vejez, sino desde que elevó la petición de reconocimiento pensional, que para este caso puntual lo fue el 20 de marzo de 2007, lo que implica que los réditos moratorios debieron reconocerse desde el 20 de septiembre de 2007 (…)

No obstante lo claro del yerro cometido, esta Sala deberá abstenerse de modificar la sentencia consultada, amén que de hacerlo incurriría en una violación del principio de la no reformatio in pejus.”

Cita: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 2 de octubre de 2013 -rad. 44362-.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veinticinco (25) días del mes de febrero de dos mil dieciséis (2016), siendo las siete y treinta de la mañana (7:30 a.m), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 03 de febrero de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Melva Cárdenas Perdomo*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Persigue la demandante que se declare que Colpensiones tiene la obligación de reconocerle y pagarle las mesadas de su pensión de vejez desde el 18 de marzo de 2007 y hasta el 1º de abril de 2013, fecha para la cual fue incluida en nómina más los respectivos intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 más las costas del proceso.

Para así pedir relata que nació el 18 de marzo de 1952; que el 20 de marzo de 2007 elevó reclamación para el reconocimiento pensional ante el ISS, que esa entidad le negó la pensión con Resolución No. 000558 del 14 de enero de 2008; que inició acción de tutela ante el Juez Promiscuo Municipal de Andalucía, Valle pidiendo el amparo de sus derechos fundamentales vulnerados por Colpensiones, que con fallo del 06 de diciembre de 2012 le tutelaron sus derechos fundamentales, que el 20 de marzo de 2013 se pidió a Colpensiones el cumplimiento de la sentencia de tutela y que la entidad, mediante Resolución GNR 053485 del 05 de abril de 2013, reconoció la pensión de vejez , sin reconocer retroactivo.

Avocado el conocimiento por la juzgadora a-quo, trabó la litis con la entidad demandada, la que arrimó contestación pronunciándose frente al sustento fáctico de la demanda, aceptando la fecha de nacimiento, la solicitud de pensión de vejez, la negativa del ISS, la interposición de acción de tutela y las resultas, así como la segunda reclamación y el reconocimiento del derecho pensional, frente a los restantes indica no ser ciertos o con constarle. Se opone a las pretensiones de la demanda y presenta como medios exceptivos de fondo los de “Inexistencia del derecho y la obligación demandada” y “Prescripción”.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira puso fin a la primera instancia, reconociendo el retroactivo respectivo a favor de la actora, a partir del 1º de septiembre de 2008; igualmente condenó al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 02 de marzo de 2009.

Tal decisión se apoyó en que si bien la demandante satisfizo todas las exigencias para acceder a la pensión de vejez el 18 de marzo de 2007, su último ciclo de cotización lo fue el de agosto de 2008, por lo que desde allí ha de entenderse la desafiliación al sistema pensional.

En cuanto a los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, los ordenó desde el 02 de marzo de 2009, partiendo de que el término de seis meses con que cuenta la entidad para incluir en nómina al pensionado es de 6 meses, y como tal deber se inició el 1º de septiembre de 2008, el 1º de marzo de 2009 se vencieron los 6 meses respectivos, sin incluir en la nómina.

***III. CONSULTA***

Teniendo en cuenta el mandato contenido en el artículo 69 del Estatuto Instrumental Laboral y de la Seguridad Social, se dispuso la remisión de las diligencias a esta Sala para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

***Del problema jurídico.***

Plantea la Sala como problemas jurídicos los siguientes:

*¿Desde qué fecha se debió reconocer la pensión de vejez a la señora Cárdenas Perdomo?*

*¿Existió mora en el pago de la pensión de vejez a la actora, que implique el reconocimiento y pago de los réditos respectivos, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

**IV. CONSIDERACIONES:**

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Para alcanzar la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, el afiliado al sistema debe satisfacer dos presupuestos: el de la edad y el mínimo de cotizaciones. Satisfechos estos presupuestos se causa el derecho a la pensión y el mismo ingresa al patrimonio del afiliado.

No obstante lo anterior, la causación del derecho no conduce indefectiblemente a su disfrute, pues este es un momento diferente que puede coincidir con él.

En efecto, el disfrute es la posibilidad de empezar a percibir la pensión, lo que se ata a un presupuesto diferente, consistente en la desafiliación al sistema pensional, tal como lo refiere el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, normatividad que es aplicable en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993. Tal desafiliación procede cuando el afiliado, de manera expresa, ha indicado su voluntad de empezar a disfrutar de su pensión.

El tema ha sido tratado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo pertinente citar uno de los apartes de la posición actual de la referida Corporación:

*“Para determinar la fecha a partir de la cual procede el pago de la pensión de vejez, es pertinente clarificar que el hecho de no cotizar al sistema una vez se satisfacen los requisitos legales para acceder a aquella, no implica per se la desafiliación que exige la normativa en cuestión, pues no puede perderse de vista que debe existir un acto declarativo de la voluntad, para que la entidad de seguridad social actúe de conformidad, y adopte las medidas para excluir definitivamente del sistema al afiliado.*

*Ello tiene una relevancia mayúscula, en la medida en que la afiliación no se suspende o se suprime por el hecho de que se deje de cotizar, pues aquella garantiza el acceso a la protección de las contingencias de la vida bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, entre los cuales está obviamente la cancelación de las cuotas correspondientes, que a la postre son las que van a permitir que se reconozcan, entre otras, las prestaciones pertinentes.*

*Por demás, el hecho de que se produzca una novedad de retiro de un trabajador, al servicio del empleador, no puede tampoco asimilarse a la desafiliación, en tanto aquella simplemente da cuenta de una situación propia del mundo del trabajo, que no descarta la posibilidad de un nuevo ingreso, mientras que la otra tiene el carácter de definitiva y de ella pueden emerger determinados derechos” (Sentencia SL 682-2013, Radicación No. 44362., M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN)*

Teniendo pues claro que debe mediar un acto de manifestación de voluntad del afiliado, la desafiliación –para efectos del disfrute de la pensión de vejez- debe además, estar acompañada de un cese en las cotizaciones, dado que según el mismo artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, para efectos de la liquidación de la prestación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada.

Partiendo –entonces- de los supuestos normativos y jurisprudenciales citados, ha de decirse que en el caso puntual, la actora cumplió los 55 años de edad el 18 de marzo de 2007, tal como se desprende de la copia de la cedula de ciudadanía visible a folio 52 del expediente, fecha para la cual contaba con 1.082,14 semanas, según se devela en la historia laboral visible a folio 301 del expediente, es decir, en esa oportunidad la actora causó el derecho pensional y, en principio, al haberse manifestado la voluntad de acceder a la pensión de vejez el 20 de marzo de 2007, sería desde esa misma calenda que entraría a disfrutar el derecho. Sin embargo, como según la misma historia laboral, aparecen aportes hasta el mes de agosto de 2008, atendiendo el mandato del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 de contabilizarse hasta la última semana aportada, es a partir de esta calenda que debe entenderse operó la desafiliación y, por tanto, desde el 1º de septiembre de 2008 se debió haber reconocido y pagado la mesada pensional respectiva, tal como lo decidió la juzgadora de primer grado.

Frente al tema de los intereses moratorios de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que los mismos se generan por la tardanza en el pago de las pensiones reguladas en la Ley 100 de 1993. Para determinar cuándo hay tardanza en el pago de una pensión, es indispensable tener en cuenta el artículo 4º de la Ley 700 de 2001, que concede a los fondos de pensiones un plazo de seis meses entre la solicitud de reconocimiento pensional y la inclusión en nómina. Vencidos esos seis meses, se entiende que la entidad ha incurrido en mora en el pago de las mesadas y se generan los respectivos réditos.

En el presente caso, se tiene que la Jueza a-quo impuso el pago de los aludidos intereses a partir del 02 de marzo de 2009, pues contabilizó los 6 meses desde el 1º de septiembre, fecha que determinó correctamente como de disfrute del derecho pensional. Sin embargo, en esta ocasión no atinó la falladora de primer grado, pues la interpretación que hizo del momento en el cual inicia a contabilizar el lapso de seis meses es equivocado, pues no se cuenta desde que la actora debió iniciar el disfrute de la pensión de vejez, sino desde que elevó la petición de reconocimiento pensional, que para este caso puntual lo fue el 20 de marzo de 2007, lo que implica que los réditos moratorios debieron reconocerse desde el 20 de septiembre de 2007 o, por lo menos, concomitantes con la calenda de disfrute de la pensión de vejez.

No obstante lo claro del yerro cometido, esta Sala deberá abstenerse de modificar la sentencia consultada, amén que de hacerlo incurriría en una violación del principio de la no reformatio in pejus.

Por lo tanto, se deberá confirmar la sentencia consultada, con la aclaración frente al tema de los intereses moratorios.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. ***Confirmar*** sentencia proferida el 03 de febrero de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral que Melva Cárdenas Perdomo promueve contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, con la aclaración frente al tema de los intereses moratorios.
2. Sin costas.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO** **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrado Magistrada

**LEONARDO CORTES PÉREZ**

Secretario