***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 9 de junio de 2016

**Radicación No**:66001-31-05-001-2014-00250-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Gloria Inés Manrique Echeverry

**Demandado:** Colpensiones y otro

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

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

**Tema a tratar: *Pensión de vejez. Retroactivo pensional:*** Como es sabido, diferente a la causación del derecho pensional, es su disfrute conforme los artículos 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990, incorporado en la Ley 100 de 1993, en virtud de las previsiones del inciso 2º del artículo 31, el cual exige la desafiliación del sistema pensional *“para que se pueda entrar a disfrutar de la misma”.* En ese orden, no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute, pues la primera situación 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 pensional, una vez causada la pensión, pende de la desafiliación del sistema.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los nueve (09) días del mes de junio de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve y cuarenta y cinco de la mañana (09:45 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 abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 18 de marzo de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Gloria Inés Manrique Echeverri*** contra la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y ***Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, la demandante pide que se declare la nulidad de la afiliación a la AFP Colfondos S.A., por la existencia de vicio en el consentimiento. Así mismo, que se declare que su afiliación al Régimen de Prima Media se encuentra vigente, sin solución de continuidad, y por ende, no perdió los beneficios del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Consecuente con lo anterior, pide el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 24 de octubre de 32010, junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las condenas, más las costas procesales. Adicionalmente, que se condene a la AFP Colfondos S.A. a cancelar la diferencia existente entre los aportes efectuados a esa entidad y los que deben acreditarse ante Colpensiones.

Como fundamento a tales pedimentos, expuso que nació el 24 de octubre de 1955; que se afilió al ISS el 2 de octubre de 1978; que el 29 de mayo de 2009, fecha para la cual contaba con 44 años de edad, suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A., pues el asesor comercial le indicó que dicho traslado le traería beneficios, tales como, pensionarse con 500 semanas y 55 años de edad, sin embargo, omitió informar el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual y el ingreso base de liquidación sobre el cual debía cotizar para alcanzar una pensión de vejez. Aduce que el 11 de junio de 2002 solicitó ante la AFP demandada su traslado al régimen de prima media, y que el mismo se hizo efectivo en el 2004, por lo que presentó solicitud pensional ante en extinto ISS el 25 de octubre de 2010, la cual fue resuelta de manera negativa por la entidad, por no acreditar la densidad de semanas necesaria.

 Al contestar la demanda, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que la demandante perdió los beneficios del régimen de transición, por cuanto, de manera libre y voluntaria se trasladó al Régimen de Ahorro Individual y no cumple los requisitos exigidos en la norma para recuperarlos. Formuló en defensa de sus intereses las excepciones de “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

 A su turno, la AFP Colfondos S.A. se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Propuso como excepciones de fondo “Validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad”, “Prescripción”, “Saneamiento de la eventual nulidad relativa por el paso del tiempo”, “Pago”, “Compensación” y “Buena Fe”.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira mediante sentencia del 18 de marzo de 2015, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación demandada, validez de la afiliación al RAIS y saneamiento de la nulidad relativa. Condenó en costas a la demandante y fijó las agencias en derecho en cuantía de $ 644.350.

Para arribar a tal determinación, indicó que la demandante no acreditó la existencia de alguno de los vicios – error, fuerza o dolo- del consentimiento, para proceder a la declaratoria de nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. Sostuvo que a la demandante le faltaban más de diez para para adquirir el derecho a la pensión, lo cual le daba la oportunidad de trasladarse de un régimen a otro. Agregó también la sentenciadora de primer grado que la demandante no cumple con los requisitos exigidos por vía jurisprudencial para recobrar los beneficios del régimen de transición, pues no tiene 15 años de servicios cotizados al 1º de abril de 1994, por lo que su situación pensional debía ser estudiada con base en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que exige para el año 2010 un total de 1175 semanas, las cuales no satisfizo la actora, pues sólo sufragó 1.049 semanas de aportes.

***III. APELACIÓN***

Inconforme con la decisión, se alzó la vocera judicial de la demandante en orden a que se revoque y se acceda a las pretensiones de la demanda. Señala que la a-quo realizó una interpretación equivocada del material probatorio traído a juicio, y optó por desechar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, acogida por esta Corporación, que establece que es deber de las administradoras de pensiones informar a los afiliados acerca de los riesgos y beneficios del traslado de régimen, so pena de declararse ineficaz ese tránsito. Indica además, que en asuntos en que se discute la existencia de un vicio en el consentimiento, la carga dinámica de la prueba se invierte, pesando en el fondo de pensiones la obligación de acreditar que existió una libertad informada.

***Del problema jurídico.***

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

*¿Quedó acreditada la existencia de un vicio del consentimiento que permita anular el traslado de la actora del Instituto de Seguros Sociales a la A.F.P. Colfondos S.A.?*

*¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?*

*¿Tiene la demandante derecho a la pensión de vejez peticionada?*

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, empezando por la recurrente. 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:

**III. CONSIDERACIONES**

Sería del caso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandante, revisar si efectivamente existió o no vicio en el consentimiento para declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, y por ende, si la demandante recuperó los beneficios del régimen de transición, sino fuera porque el portavoz judicial de la parte actora, el 8 de abril de 2016 aportó a la Secretaría de esta Corporación, copia de la Resolución GNR 199488 de 2015, a través de la cual Colpensiones reconoció en favor de la demandante la pensión de vejez, a partir del 1º de julio de 2015, sin lugar a retroactivo. Dicho acto administrativo fue puesto en conocimiento de la entidad demandada, sin que el mismo fuese tachado de falso.

Así las cosas, en vista de que la decisión administrativa de Colpensiones, constituye un hecho posterior a la presentación de esta acción judicial, que extingue o modifica el derecho sustancial sobre el cual versa el litigio, tal cual lo establece el inciso 4º del artículo 281 del Código General del Proceso, corresponde a esta segunda instancia desatar la apelación respecto de los puntos que no fueron reconocidos por la entidad de seguridad social, por lo que se procederá a verificar a partir de qué fecha le asiste a la demandante el derecho a disfrutar de su pensión de vejez, así como lo concerniente al tema de los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las

condenas.

Para resolver debe acotarse en primer lugar que, al tenor de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, incorporados en la Ley 100 de 1993 (art.31), el derecho a disfrutar la pensión de vejez surge una vez se produce la desafiliación al sistema pensional.

En otras palabras, la causación de la pensión de vejez 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 pensional, pende de la desafiliación al sistema.

Así pues, conforme al criterio establecido por el órgano de cierre de esta especialidad, se tiene que desde el momento en que reunidos ambos presupuestos (edad y densidad de aportes), y se deja de cotizar al sistema, se podrá empezar a disfrutar de la pensión de vejez, al configurarse así la desafiliación de manera excepcional, ante la ausencia del reporte de dicha novedad por parte del último empleador y como acto exterior e inequívoco de tal desafiliación (sentencias SL 4461 y 5603, radicación 56.171 y 47.236 de 2015 y 2016, respectivamente)

En ese orden, es procedente fijar como fecha de desafiliación del sistema pensional el 25 de octubre de 2010, fecha en que la demandante además de presentar la reclamación administrativa ante la entidad de seguridad social -fl.46-, acabó de reunir el requisito de la edad -55 años- pues nació ese mismo día y mes de 1955, amén de que tenía en su haber más de 1.000 semanas de aportes, siendo su última cotización en el mes de agosto de 2010 –fl.72-.

No prospera la excepción de prescripción formulada por las demandadas, en la medida en que la reclamación administrativa presentada el 25 de agosto de 2010, suspende la prescripción hasta el 12 de junio de 2013, fecha para la cual la entidad resolvió el recurso de apelación en contra de la Resolución No. 2406 de 2012, sin que hubiesen transcurrido más de los tres años que otorga la ley para instaurar la acción judicial, pues fue presentada el 6 de mayo de 2014 –fl.18-.

Efectuados los cálculos pertinentes, teniendo en cuenta 14 mesadas anuales dado que la causación del derecho se dio con antelación al 31 de julio de 2011, el valor del retroactivo pensional causado a favor de la actora desde el 25 de octubre de 2010 hasta el 30 de junio de 2015, pues a partir del 1º de julio de esa anualidad le fue reconocida la prestación, asciende a $33`977.160, conforme se ilustra en el cuadro que se pone de presente a los asistentes y hará parte del acta final que se suscriba con ocasión de esta diligencia.

 En cuanto a los intereses moratorios, habiéndose presentado la reclamación administrativa el 25 de octubre de 2010, el término de gracia con el que contaba la entidad para resolver de fondo el derecho reclamado y realizar el pago efectivo del mismo, con arreglo en los artículos 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la Ley 700 de 2011, fenecía el 24 de abril de 2011, por lo que los intereses moratorios se generan a partir del día siguiente, esto es, del 25 de abril de 2011 y hasta que se realice el pago efectivo de la obligación.

Por último, se autoriza a Colpensiones para descontar de las condenas impuestas, los aportes con destino al sistema general de seguridad social en salud.

Corolario de lo anterior, se revocará la decisión de primer grado, en los términos señalados precedentemente.

Costas en ambas instancias a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, en proporción igual al 50 %.

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***

***Revoca*** la sentencia proferida el 18 de marzo de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia. En su lugar:

1. **Declara** que la señora ***Gloria Inés Manrique Echeverri***, le asiste el derecho a disfrutar la pensión de vejez, a partir del 25 de octubre de 2010. En consecuencia,
2. **Ordena**a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** que modifique la Resolución GNR 199488 de 2015, a través de la cual se le reconoció a ***Gloria Inés Manrique Echeverri*** la prestación pensional***,*** en el entendidode que el disfrute de la prestación pensional es procedente a partir del 25 de octubre de 2010.
3. **Condena** a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** a pagar en pro de ***Gloria Inés Manrique Echeverri,*** la suma de $33`977.160, a título de retroactivo pensional causado entre el 25 de octubre de 2010 hasta el 30 de junio de 2015.
4. **Condena** a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** a pagar en pro de ***Gloria Inés Manrique Echeverri,*** los intereses moratorios causados a partir del 25 de abril de 2011 y hasta que se realice el pago efectivo de la obligación.
5. **Autoriza** a la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,*** descontarde las condenas impuestas, los aportes con destino al sistema general de seguridad social en salud, que serán puestos a disposición de la EPS a la que se encuentre afiliado la actora.
6. **Declara** no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.
7. Costas en ambas instancias a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, en proporción igual al 50 %.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

 Magistrado Magistrada

**ANEXO I**

**RETROACTIVO PENSIONAL**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **No. MESADAS**  | **VALOR MESADA**  |  **TOTAL**  |
| 2010 | 3,23 | $515.000 | $1.663.450 |
| 2011 | 14 | $535.600 | $7.498.400 |
| 2012 | 14 | $566.700 | $7.933.800 |
| 2013 | 14 | $589.500 | $8.253.000 |
| 2014 | 14 | $616.000 | $8.624.000 |
| 2015 | 7 | $644,350 | $4.510,450 |
| **TOTAL** | **$33.977.160** |