El siguiente es el documento presentado por el Magistrado ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del proceso de la referencia. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría.

***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 27 de octubre de 2016.

**Radicación No**:66001-31-05-003-2014-00693-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Carlos Eduardo Robledo Gómez

**Demandado:** Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-

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

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

**Tema a tratar: Pensión de vejez. Retroactivo pensional:** El punto que determina si al causarse el derecho, están dadas las condiciones para su disfrute es la desafiliación del sistema pensional, aspecto que exige el canon 13 del Acuerdo 049 de 1990, norma que aún resulta aplicable por remisión que hace el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993. La desafiliación, por lo tanto, según ese compendio normativo, es necesaria para que el afiliado pueda empezar a disfrutar de la prestación, y que por regla general el acto de desafiliación le compete reportarlo al empleador. Sin embargo, por vía jurisprudencial, el órgano de cierre de la especialidad laboral, también ha reconocido que dicha desafiliación al sistema pensional, se puede presentar de manera excepcional ante la falta de reporte de dicha novedad. Es así como la desafiliación se puede inferir de las circunstancias que rodean cada caso en particular, pues estas disposiciones (arts. 13 y 35 Acdo 049/1990), "*admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión***” (sentencia SL 5603, de 6 de abril 2016)**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintisiete (27) días del mes de octubre de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.), reunidos en la Sala de audiencias las magistradas y el magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación presentado por el demandante y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada frente a la sentencia proferida el 30 de junio de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Carlos Eduardo Robledo Gómez* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones****.***

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

INTRODUCCIÓN

Pide el demandante que se condene a la entidad demandada a cancelar el retroactivo pensional causado entre el 20 de abril de 2011 hasta el 31 de enero de 2012, más los intereses de mora de que trata el canon 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas procesales.

Como fundamento a sus pedimentos expuso que nació el 7 de agosto de 1949 por lo que al 1° abril de 1994 tenía más de 40 años de edad; que cotizó al Seguro Social un total de 1831 semanas desde el 25 de enero de 1973 al 20 de abril de 2011, fecha en que presentó la solicitud pensional ante la entidad, la cual fue resuelta mediante Resolución No. 171 de 2012 y notificada el 1° de marzo de 2012, reconociéndole la prestación de vejez a partir del 1° de febrero de 2012, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, tomando en cuenta un IBL de $6´896.250 al que se le aplicó una tasa de remplazo del 90%, para una mesada de $6´206.625. Indica que el 7 de marzo de 2012 interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, en aras de obtener el retroactivo de la pensión a partir del 20 de abril de 2011; que mediante Resolución GNR 267631 de 2013 la pensión de vejez le fue reliquidada con base en un IBL de $6´975.203 y una tasa de remplazo del 90%, lo que arrojó una mesada para el 2012 de $6´277.683, y negó el retroactivo pensional solicitado; que contra dicho acto administrativo interpuso recurso de reposición, solicitando nuevamente el pago del retroactivo pensional, para lo cual anexó copia de la planilla del último pago a pensión, en el que su empleador “Laura Robledo S.A. en liquidación” reportó el 20 de abril de 2011 la novedad de retiro por cumplimiento de los requisitos para pensión, empero, que la entidad nuevamente emitió decisión desfavorable a través de la Resolución GNR 292235 de 2014, y negó además el pago de los intereses de mora.

La entidad convocada al proceso contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, con el argumento de que no está obligada a cancelarle al actor el retroactivo pensional, pues no acreditó la desafiliación al sistema conforme lo establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990. En su defensa, propuso como excepciones de fondo “Inexistencia de la obligación demandada” y “Prescripción”.

Tramitada la primera instancia, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, profirió fallo en el que accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando a Colpensiones reconocer y pagar en favor del actor el retroactivo pensional causado desde el 1° de mayo de 2011 y hasta el 1° de febrero de 2012, en cuantía de $60´745.188, más los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por valor de $3´687.537 que corresponden a 71 días de tardanza en el reconocimiento de la prestación. Autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo reconocido la suma de $7´289.423, a título de aportes en salud, los cuales deberán ser consignados en el fondo de salud al que se encuentre afiliado el actor. Condenó en costas a la parte vencida en un 100% y fijó las agencias en cuantía de $6´000.000.

Contra la anterior determinación se alzó la parte demandante en orden a que la condena por concepto de intereses de mora se extienda hasta la fecha en que la entidad realice de manera efectiva el pago total de las mesadas adeudadas.

Respecto del citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta ante esta Sala y surtido como se encuentra el trámite procesal de la instancia, se procede a desatarlo.

***Del problema jurídico.***

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

*¿A partir de qué fecha tiene la demandante derecho a la pensión de vejez peticionada?*

*¿A cuánto asciende el valor del retroactivo pensional?*

*¿Procede la imposición del pago de intereses moratorios? En caso positivo ¿A partir de qué fecha y hasta cuándo?*

***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, empezando por la parte 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:

***II. CONSIDERACIONES:***

La causación de la pensión, no es más que la satisfacción de los requisitos exigidos por la Ley para que surja este derecho (en el régimen de prima media tanto la edad como el número de semanas cotizadas), momento en el cual se consolida el mismo e ingresa en el patrimonio del afiliado. Por su parte, el disfrute, es la posibilidad de percibir los beneficios económicos de ese derecho, es decir, recibir las mesadas pensionales, asunto que puede o no coincidir con la causación del mismo.

El punto que determina si al causarse el derecho, están dadas las condiciones para su disfrute es la desafiliación del sistema pensional, aspecto que exige el canon 13 del Acuerdo 049 de 1990, norma que aún resulta aplicable por remisión que hace el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993. La desafiliación, por lo tanto, según ese compendio normativo, es necesaria para que el afiliado pueda empezar a disfrutar de la prestación, y que por regla general el acto de desafiliación le compete reportarlo al empleador.

Sin embargo, por vía jurisprudencial, el órgano de cierre de la especialidad laboral, también ha reconocido que dicha desafiliación al sistema pensional, se puede presentar de manera excepcional ante la falta de reporte de dicha novedad, y se infiere de las circunstancias que rodean cada caso en particular, pues estas disposiciones (arts. 13 y 35 Ado. 049/1990), "*admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión*” (sentencia SL 5603, de 6 de abril 2016).

De allí, entonces, que la ameritada jurisprudencia insiste que “*dicha situación de desafiliación, puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido*”.

No se puede desconocer, sin embargo que pese a la falta de reporte de afiliación del último empleador, mediaría la desafiliación como acto expreso e inequívoco, cuando el afiliado, en amparo del artículo 17 de la ley 100 de 1993, informa o da la orden a su empleador de cesar en sus cotizaciones, por haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión por vejez.

En el caso puntual y concreto, se tiene que el señor Carlos Eduardo Robledo Gómez efectuó cotizaciones hasta el 20 de abril de 2011, tal cual se colige de la Resolución No. 171 de 2012, amén de que su último empleador presentó la novedad de retiro del sistema pensional en esa calenda, por reunir los requisitos para pensión, en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, tal como se verifica en la planilla integrada de autoliquidación de aportes “SOI” y de la copia de la Resolución GNR 292235 del 21 de agosto de 2014 visibles a fl.26 y 32, respectivamente.

Luego entonces, la desafiliación al sistema se dio de manera definitiva con esos actos expresos e inequívocos.

En ese orden, el goce efectivo de la prestación surgiría procedente a partir del 21 de abril de 2011, empero, como la sentenciadora de primer grado lo fijó desde el 1° de mayo de ese año, no le es dable a la Sala agravar la situación de la entidad en favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, por lo que se confirmará este punto.

Revisado el valor del retroactivo pensional causado entre el 1º de mayo de 2011 y el 31 de enero de 2012, encuentra la Sala acertada la tasación por parte de la a-quo, en cuantía de $ 60´745.188, por lo que forzoso resulta la confirmación de este fragmento de la decisión.

No está llamada a prosperar la excepción de prescripción formulada por la entidad demandada, habida cuenta que la reclamación administrativa presentada el 20 de abril de 2011, tal cual se colige de la Resolución No. 171 de 2012, interrumpió el término prescriptivo, quedando suspendido hasta el 29 de agosto de 2014, fecha en que se le notificó la respuesta al recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo que negó el retroactivo (ver fl.25), amén de que esta demanda fue presentada el 14 de noviembre de 2014 (fl.8), es decir dentro de los tres años siguientes que otorga la ley para instaurar la acción.

Frente al pago de los intereses de mora de que trata el artículo 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 caso de autos, la reclamación se radicó el 20 de abril de 2011, por lo que el término de gracia otorgado a la entidad de seguridad social fenecía el 19 de octubre de 2011, siendo procedente la imposición de los intereses de mora a partir del día siguiente, es decir, del 20 de octubre de 2011, tal como lo dispuso la a-quo.

Finalmente, el recurrente pretende que la condena por este concepto sea extendida hasta el momento en que la entidad efectué el pago total de la obligación y que no se limite hasta la fecha en que la prestación fue reconocida.

Para resolver, basta con indicar que las mesadas causadas entre el 1º de mayo de 2011 y el 31 de enero de 2012 no han sido canceladas por la entidad de seguridad social, de modo que, siguen generando intereses de mora hasta la fecha de su satisfacción total. Siendo ello así, resulta equivocada la postura de la a-quo al liquidar los réditos hasta el 31 de enero de 2012, fecha en que el actor fue incluido en nómina de pensionados, por lo que el ordinal 3º de la sentencia se modificará.

Costas en esta instancia a cargo de la entidad demandada y en favor del actor.

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. *Modifica* el ordinal 3º de la sentencia proferida el 30 de junio de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral interpuesto por Carlos Eduardo Robledo Gómez en contra de Colpensiones, en el sentido de que los intereses de mora corren desde el 20 de octubre de 2011 y hasta que se haga el pago total de la obligación.
2. *Confirma* lo demás.
3. Costas en esta instancia a cargo de la entidad demandada y en favor del actor.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Magistrada

ANEXO I

RETROACTIVO PENSIONAL

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **IPC** | **No. MESADAS** | **MESADA RECONOCIDA** | **DIREFENCIA** |
| 2011 | 3,17 | 9 | $6.051.945 | $54.467.505 |
| 2012 | 3,73 | 1 | $6.277.683 | $6.277.683 |
| **TOTAL** | | | | **$60.745.188** |