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

*ORALIDAD*

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 10 de noviembre de 2016.

Radicación No: 66001-31-05-002-2014-00346-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: José Didier Herrera Sánchez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-

Juzgado de origen: Segundo 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 diez (10) días del mes de noviembre de dos mil dieciséis (2016), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 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 grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada frente a la sentencia proferida el 1º de julio de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *José Didier Herrera Sánchez* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones****.***

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

INTRODUCCIÓN

Pide el demandante que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 26 de abril de 2013, y en consecuencia, se condene a la entidad demandada a cancelar el retroactivo pensional respectivo, las mesadas pensionales de junio y diciembre, 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 26 de abril de 1953; que el 4 de julio de 2013 presentó solicitud pensional ante el ISS hoy en liquidación, por lo que mediante Resolución GNR 305682 del 18 de noviembre de 2013, le fue reconocida con fundamento en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que la entidad le reconoció la pensión a partir del mes de diciembre de 2013, pagadera en enero de 2014, sin lugar a retroactivo alguno ni intereses de mora; que contra dicho acto administrativo interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación ante la Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, y que han pasado más de 6 meses sin que hayan sido resueltos.

La entidad convocada al proceso contestó la demanda, aceptando los hechos relacionados con la fecha del natalicio del actor y de la reclamación administrativa, el status de pensionado y la fecha de disfrute de la prestación. Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso como medios exceptivos “Inexistencia de la obligación demandada” “Cobro de lo no debido” y “Prescripción”.

Tramitada la primera instancia, el Juzgado Segundo 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 26 de abril de 2013 y hasta el 30 de noviembre de ese año en cuantía de $24`976.647, con derecho a 12 mesadas ordinarias y 1 adicional, más los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 4 de enero de 2014 y hasta que se haga efectivo el pago efectivo de la obligación. Condenó en costas a la parte vencida en un 100% y fijó las agencias en cuantía de $3´000.000.

Para llegar a tal determinación, encontró que el demandante perdió los beneficios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por haberse trasladado válidamente al RAIS y no contar con 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, pues a esa calenda apenas acreditó 713.147 semanas de aportes. En ese orden, concluyó que la pensión del actor fue reconocida bajo los lineamientos legales del artículo 33 de la Ley 100/93. Refirió que si bien no existió novedad de retiro por parte del último empleador, la desafiliación se entendió agotada una vez dejó de cotizar al sistema el 31 de marzo de 2013 y presentó la solicitud pensional en un término prudencial y razonable – esto es, el 4 de julio de 2013-, amén de que el 26 de abril de esa anualidad acabó de reunir los requisitos legales, pues arribó a 60 años de edad.

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 demandante. 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*”.

En el caso puntual, como lo concluyó la sentenciadora de primer grado, el disfrute de la pensión es procedente a partir del 26 de abril de 2013, fecha en que el demandante acabó de reunir los requisitos legales para su causación, pues ese día arribó a la edad mínima y tenía en su haber de aportes más de 1.600 semanas sufragadas al sistema –ver fls.8 y 94-, amén de que había cesado en sus cotizaciones desde el 31 de marzo de 2013 y presentó la reclamación el 4 de julio de ese año, de modo que, la desafiliación se entiende satisfecha de manera definitiva con esos actos expresos e inequívocos. Se confirmará, por ende, este punto de la sentencia.

En cuanto al valor del retroactivo pensional causado desde el 26 de abril de 2013 al 30 de noviembre de esa anualidad, encuentra la Sala acertada la tasación efectuada por la a-quo, en cuantía de $24`976.647, por lo que forzoso resulta la confirmación de este fragmento de la decisión.

No prospera la excepción de prescripción, como quiera que no transcurrieron más de tres años desde que la respectiva obligación se hizo exigible y la interposición de la demanda, lo cual tuvo lugar el día 31 de julio de 2014 (ver fl.7).

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 administrativa se radicó el 4 de julio de 2013, por lo que el término de gracia otorgado a la entidad de seguridad social fenecía el 3 de enero de 2014, siendo procedente la imposición de los intereses de mora a partir del día siguiente, es decir, del 4 de enero de 2014, tal como lo dispuso la a-quo.

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

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. *Confirma* la sentencia proferida el 1º de julio de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral interpuesto por José Didier Herrera Sánchez contra de Colpensiones.
2. Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

*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** | **VALOR DE LA MESADA** | **No. MESADAS** | **TOTAL** |
| 2013 | $3.503.036 | 7,13 | $24.976.647 |
| **TOTAL** | | | **$24.976.647** |