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 el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

*ORALIDAD*

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 16 de marzo de 2017.

**Proceso**:Ordinario Laboral – Confirma sentencia que accedió a las pretensiones

**Radicación No**:66001-31-05-003-2015-00546-01

**Demandante**: Bernardo Antonio Rodríguez Cano

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: DISFRUTE DE LA PENSIÓN: DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 13 Y 35 DEL ACUERDO 049 DE 1990,** el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema. No obstante lo anterior, el órgano de cierre de esta especialidad laboral, en pronunciamientos recientes, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar solución a casos que presentan situaciones relevantes de las cuales se derivar la voluntad del afiliado de no seguir cotizando al sistema. Así por ejemplo ha reconocido que la 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).

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los dieciséis (16) días del mes de marzo de dos mil diecisiete (2017), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito 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 interpuesto por el vocero judicial de la demandada contra la sentencia proferida el 1º de abril de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Bernardo Antonio Rodríguez Cano* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

1. *INTRODUCCIÓN*

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, anticipemos que el demandante pretende que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar el retroactivo de su pensión de vejez a partir del 1 de septiembre de 2012 y hasta el 1º de noviembre de 2014, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, más las costas del proceso.

Como fundamento a sus pedimentos indica que mediante Resolución No. 372343 del 17 de octubre de 2014 le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2014, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente; que contra dicho acto administrativo interpuso recurso de apelación con el propósito de que se le reconociera el retroactivo correspondiente, siendo resuelto desfavorablemente mediante Resolución No. 55485 de 2015 por falta de desafiliación al sistema. Indica que su último empleador “Tortas y Ponqués Pastelun” no registró la novedad de retiro, y que su última cotización al sistema la efectuó el 31 de agosto de 2012.

Corrido el traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**,** ésta se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no existe novedad de retiro del sistema y por tanto no es procedente el disfrute de la pensión a partir de la fecha solicitada. En su defensa, propuso como excepción de fondo “Inexistencia de la obligación demandada”

*II.SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 1º de abril de 2015, accedió a las pretensiones de la demanda, declarando que el señor Bernardo Antonio Rodríguez Cano tiene derecho al retroactivo pensional solicitado, a partir de la última cotización en consecuencia, condenó a Colpensiones a pagar en pro del actor la suma de $15`523.600 por las mesadas causadas entre el 1º de noviembre de 2012 y el 1º de noviembre de 2014, autorizando a la entidad de seguridad social a efectuar los descuentos en salud en cuantía de $1`862.832, el cual deberá ser girado al Fosyga. Negó los intereses de mora deprecados al considerar que no proceden en caso de reliquidaciones pensionales.

1. *RECURSO APELACIÓN*

Contra la anterior decisión se alzó el vocero judicial de la entidad demandada. Para el efecto, citó apartes de la sentencia No. 38.776 del 2011 proferida por la Sala de Casación Laboral, concluyendo que la desafiliación formal del sistema es un requisito indispensable para el disfrute pensional.

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.

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

*¿A partir de qué fecha tiene derecho el derecho el demandante a disfrutar de su pensión de vejez?*

*Alegatos en esta instancia*:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar el recurso, se corre traslado por el término de 8 minutos para alegar, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la demandante. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los mismos puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

1. *CONSIDERACIONES*

Para resolver lo inconformidad planteada por la recurrente, es preciso hacer mención del condicionamiento de la desafiliación al sistema pensional que consagra el artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, para el disfrute de la pensión.

Dichos cánones, aplicables por remisión que hace el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, establecen que la desafiliación es necesaria para que el afiliado (a) pueda empezar a disfrutar de la prestación, y que por regla general el acto de desafiliación le compete reportarlo al empleador.

No obstante lo anterior, el órgano de cierre de esta especialidad laboral, en pronunciamientos recientes, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar solución a casos que presentan situaciones relevantes de las cuales se derivar la voluntad del afiliado de no seguir cotizando al sistema. Así por ejemplo ha reconocido que la 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 síntesis, la desafiliación al sistema pensional, generalmente, debe ser comunicada por el empleador, pero también puede inferirse de actos externos e inequívocos del afiliado, tales como el cese en las cotizaciones por haber cumplido los requisitos para acceder al derecho, o la reclamación de la pensión. Así pues, conforme a dicha postura, desde el momento en que reunidos ambos presupuestos (edad y densidad de aportes), el afiliado denota su intención de dejar de cotizar al sistema, se podrá empezar a disfrutar de la pensión de vejez, al configurarse así la desafiliación contenida en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

En el sub-lite, el demandante cumplió la edad el 23 de julio de 2012, tal como se colige del documento visible a folio 22. Igualmente, se tiene certeza que sufragó un total de 1.128 semanas entre el 19 de agosto de 1975 y el 31 de agosto de 2012, calenda para la cual cesó en sus cotizaciones, amén de que presentó la solicitud pensional a partir del 1º de noviembre de 2012.

Acorde con lo anterior, son dos los factores que permiten inferir que el demandante tenía la intención de no seguir afiliado al sistema pensional, uno, la cesación de las cotizaciones, y el otro, la solicitud pensional ante la entidad, de modo que la desafiliación definitiva para efectos pensionales operó a partir del 1º de septiembre de 2012, fecha en que dejó de cotizar, por lo que desde ese momento podía comenzar a disfrutar del derecho.

No obstante, en vista de que la a-quo fijó el disfrute de la pensión partir del 1º de noviembre de 2012, sin que la parte interesada presentara inconformidad, pues quien apeló fue la entidad demandada, en favor de quien se surte además el grado jurisdiccional de consulta, la decisión de primer grado se mantendrá incólume.

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar, como quiera que en los términos del artículo 151 del C.P.T y S.S. y artículo 488 del C.S.T., no transcurrió el término trienal desde que la exigibilidad del derecho pensional y la interposición de la demanda, que data del 8 de octubre de 2015 (fl.6).

Efectuado el cálculo respectivo de las mesadas causadas entre el 1º de noviembre de 2012 y el 31 de octubre de 2014, se obtiene un monto de $ 15`523.600, el cual coincide con el liquidado por la a-quo. Se confirmará, por ende, la sentencia de primer grado.

Costas en esta instancia a cargo de la entidad recurrente.

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 abril de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia.
2. Costas en esta instancia a cargo de la entidad recurrente.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada Magistrada

ALONSO GAVIRIA OCAMPO

Secretario

ANEXO

RETROACTIVO PENSIONAL

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **VALOR DE LA MESADA** | **No. MESADAS** | **TOTAL** |
| 2012 | $566.700 | 3 | $1.700.100 |
| 2013 | $589.500 | 13 | $7.663.500 |
| 2014 | $616.000 | 10 | $6.160.000 |
| TOTAL | | | $15.523.600 |