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 1 de junio de 2017

**Proceso**:Ordinario Laboral – Confirma decisión del a quo que accedió a las pretensiones

**Radicación No**:66001-31-05-002-2015-00280-01

**Demandante**: Beatriz Eugenia Buitrago Aristizábal

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: Prescripción. Reclamación administrativa.** Las normas citadas, en concordancia con la providencia colacionada, permiten colegir a esta Sala que la prescripción de las mesadas pensionales se debe contabilizar así: (i) si el afiliado solicita el reconocimiento de la pensión y el Fondo de Pensiones supera el término legal para pronunciarse y aquel opta por demandar, se entenderá que optó por el agotamiento de la reclamación administrativa en aplicación del silencio administrativo negativo y la interrupción de la prescripción se contará conforme a los lineamientos de los cánones 488 y 151 del CST y del CPTSS respectivamente y (ii) si el afiliado solicita el reconocimiento de la pensión y el Fondo de Pensiones no se pronuncia en el término de ley y el afiliado opta por esperar el pronunciamiento de fondo, el término de prescripción estará suspendido hasta tanto se pronuncie la entidad demandada y se le notifique al afiliado. En el caso de autos, el término de prescripción quedó suspendido indefinidamente al estar pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa del 14 abril de 2010.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, hoy primero (01) de junio de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve de la mañana (09:00 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 grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 03 de junio de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Beatriz Eugenia Buitrago Aristizábal* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

*INTRODUCCIÓN*

Pretende la demandante que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del día 1 de septiembre de 2010, junto con el retroactivo, los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93 y las costas del proceso.

Como fundamento a sus pedimentos expone que nació el 29 de junio de 1947; que sufragó 1073,72 semanas al régimen de prima media, sin embargo, en su historia laboral no registran las semanas cotizadas al SENA, por no haber sido debidamente reportadas a la entidad. Indica que presentó la solicitud de pensión ante en el antiguo ISS, siéndole negada a través de la Resolución 4538 de 2010, por no cumplir con la densidad de semanas requeridas; que contra la decisión interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, el 10 de noviembre de 2014, sin que a la fecha de presentación de esta demanda, hubieren sido resueltos.

Refiere que inició un Proceso Laboral de Primera Instancia que se tramitó en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira bajo el radicado No. 2009-00316, confirmado en segunda instancia por este Tribunal, el cual resolvió declarar su calidad de beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y que los aportes realizados por el Sena deben ser computados para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

En respuesta a la demanda, Colpensionesse opuso a las pretensiones, arguyendo que la demandante debe acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para hacerse acreedora del derecho a la pensión de vejez que reclama. En su defensa, propuso como excepciones las de “Inexistencia del derecho”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”, “Buena fe” y “Prescripción”.

Dentro del trámite del proceso, la vocera judicial de la demandante allegó al Juzgado, copia de la Resolución No. 76400 del 29 de diciembre de 2015, expedida por la entidad demandada, a través de la cual ordena el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la actora, a partir del 2 de mayo de 2011. No obstante, el litigio continuó respecto a la fecha de disfrute pensional y los intereses moratorios peticionados.

SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 03 de junio de 2016, declaró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, y por ende, deben aplicársele las disposiciones contenidas en la Ley 71/88, tal como lo efectuó la entidad demandada a través de la Resolución VPB 76400 de 2015. En consecuencia, condenó a Colpensiones al pago de la pensión de vejez a partir del 2 de mayo de 2011, al considerar respecto de las mesadas causadas con antelación, que operó el fenómeno extintivo de la prescripción, pues si bien la demandante causó el derecho desde el 2010, presentó la reclamación administrativa el 14 de abril de 2010 y la demanda sólo fue instaurada el 10 de mayo de 2014. Concluyó que el pago del retroactivo pensional era improcedente, por cuanto la entidad de seguridad social efectuó el reconocimiento de la pensión a partir del 2 de mayo de 2011.

Absolvió del pago de los intereses de mora, al considerar que no hay lugar a los mismos cuanto la prestación se reconoce con fundamento en la Ley 71 de 1988.

1. CONSULTA

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.

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 que le fue reconocida por la entidad de seguridad social?*

 *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 la consulta, 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*

No es objeto de controversia en esta contienda que través de la Resolución VPB 76400 de 2015, la entidad accionada emitió su voluntad favorable a la gracia pensional de la demandante, expresando que el disfrute operaba partir del 2º de mayo de 2011, en cuantía de $886.899 para esa anualidad, basándose en un IBL de $1’182.533 al cual aplicó una tasa de remplazo del 75%, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, (ver fl.118).

Corresponde a la Sala verificar si la fecha de disfrute de la pensión reconocida por la entidad demandada, se acompasa o no a los lineamientos legales y jurisprudenciales que en torno a este tema se han suscitado.

Como es sabido, el derecho a la pensión de vejez se causa a partir del momento en que confluyen en su titular, dos requisitos: edad mínima y densidad de cotizaciones o tiempo de servicio, al paso que el disfrute, conforme con 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, exige, luego de la causación, la desafiliación del sistema pensional *“para que se pueda entrar a disfrutar de la misma”.*

Por su parte, el órgano de cierre de esta especialidad laboral, en pronunciamientos recientes, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar solución a aquellos casos que presentan situaciones relevantes de las cuales se deriva 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, 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, la demandante causó el derecho a la pensión de vejez, el 30 de marzo de 2010, tal como se colige del acto administrativo que le reconoció el derecho y de la certificación expedida por la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la entidad, visible a folios 116 y 109, en su orden. Igualmente, se tiene certeza que sufragó un total de 1.050 semanas hasta el 31 de agosto de 2010, calenda para la cual cesó en sus cotizaciones, amén de que había presentado la solicitud de pensión ante el antiguo ISS, el 14 de abril de 2010 (ver fl.133).

Bajo tal escenario, son dos los factores que permiten inferir que la demandante tenía la intención de no seguir afiliada 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 operaba a partir del 1º de septiembre de 2010, data para la cual ya tenía cumplidas las cotizaciones exigidas por la norma y había cesado de cotizar, por lo que desde ese momento podía comenzar a disfrutar del derecho.

En cuanto al tema de la prescripción, ha de decirse que los artículos 488 del CST y el 151 del CPTSS, establecen que las acciones derivadas de los derechos sociales regulados por esas normas, prescriben en el lapso de tres años una vez son exigibles.

Por su parte, el artículo 6º de la Codificación Adjetiva Laboral y de la Seguridad Social, establece que previamente a la iniciación de un litigio frente a cualquier entidad pública, debe surtirse la reclamación administrativa como requisito de procedibilidad. Indica la parte final del primer inciso de esta norma, que la reclamación: *“se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta”* y frente a la prescripción, indica en su inciso 2º que: *“mientras esté pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa se suspende el término de prescripción de la respectiva acción”*.

Esta norma, fue analizada en sede de constitucionalidad, por la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2006, declarándose condicionalmente exequible la parte final del primer inciso, bajo el entendido de que *“se entiende que el agotamiento de la vía gubernativa por virtud del silencio administrativo negativo allí previsto,* ***es potestativo del administrado en cuyo beneficio se ha establecido tal figura, pero si éste opta por esperar una respuesta formal y expresa de la Administración, la suspensión del término de prescripción de la respectiva acción se extenderá por el tiempo que tome ésta en responder”***.

Las normas citadas, en concordancia con la providencia colacionada, permiten colegir a esta Sala que la prescripción de las mesadas pensionales se debe contabilizar así: (i) si el afiliado solicita el reconocimiento de la pensión y el Fondo de Pensiones supera el término legal para pronunciarse y aquel opta por demandar, se entenderá que optó por el agotamiento de la reclamación administrativa en aplicación del silencio administrativo negativo y la interrupción de la prescripción se contará conforme a los lineamientos de los cánones 488 y 151 del CST y del CPTSS respectivamente y (ii) si el afiliado solicita el reconocimiento de la pensión y el Fondo de Pensiones no se pronuncia en el término de ley y el afiliado opta por esperar el pronunciamiento de fondo, el término de prescripción estará suspendido hasta tanto se pronuncie la entidad demandada y se le notifique al afiliado.

Ahora, si se omite el acto de notificación de las decisiones que emite la entidad de seguridad social, la consecuencia es que la decisión no produce ningún efecto ni obliga al afiliado, de modo que, no puede iniciar en término de prescripción en contra de éste y en favor de la entidad, hasta tanto no se surta la notificación en debida forma. Así lo ha establecido en reiteradas oportunidades el órgano de cierre de esta especialidad laboral, entre otras, sentencia SL 12148 del 2014, radicado No. 43692.

Acorde con lo expuesto, en el caso de autos la excepción de prescripción estaba llamada al fracaso, en la medida en que la reclamación administrativa presentada el 14 abril de 2010, suspendió el término prescriptivo de manera indefinida, pues no milita en el plenario ningún elemento de prueba que acredite que la entidad administradora del régimen de prima media de aquel entonces, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte interesada contra la Resolución No. 4538 de 2010, el cual fue debidamente concedido para ante el Gerente Seccional del Iss en Risaralda, tal como se colige del documento visible a folio 136.

En ese orden, se equivocó la sentenciadora de primer grado al aplicar la prescripción a partir del 2 de mayo de 2011, tomando en cuenta la segunda reclamación administrativa presentada ese mismo día y mes del 2014, pues como quedó visto, el término de prescripción quedó suspendido indefinidamente al estar pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa del 14 abril de 2010.

No obstante, teniendo en cuenta que la parte interesada no presentó inconformidad alguna frente a este punto, y que la sentencia se analiza en virtud del grado de consulta en favor de la entidad demandada, inmodificable se torna la decisión de primer grado.

Por consiguiente, forzosa resulta su confirmación.

Sin costas en este grado.

En mérito de lo expuesto, el 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 3 de junio de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. Sin costas en esta instancia.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

 Magistrada Magistrada

* Aclara voto-