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 15 de junio de 2017

**Proceso**:Ordinario Laboral – Revoca decisión del a quo y accede a las pretensiones

**Radicación No**:66001-31-05-003-2015-00686-01

**Demandante**: Gilberto Arias Ruíz

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: Disfrute pensional:** 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. **De la indexación:** la indexación de las condenas se logra tomando el valor de cada una de las mesadas pensionales y aplicando los IPC inicial y final certificados para cada ciclo o mensualidad por separado, tal como lo indicó el órgano de cierre de la especialidad laboral en sentencia SL 13268 de 2016, radicación No. 55278, y ha procedido de conformidad, entre otras, en sentencias SL10869 y SL11433 de 2016.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los quince (15) días del mes de junio de dos mil diecisiete (2017), siendo las nueve de la mañana (9:00 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 recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial del demandante contra la sentencia proferida el 28 de junio de 2016 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Gilberto Ruíz Arias* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

*INTRODUCCIÓN*

Pretende el demandante que se declare que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en aplicación de la Ley 33 de 1985, a partir del 26 de febrero de 2012, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, o en subsidio la indexación de las condenas, más las costas procesales.

Como fundamento a sus pedimentos expone que nació el 26 de febrero de 1957, que laboró al servicio de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, desde el 1º de agosto de 1979 al 6 de enero de 2005, es decir, por más de 20 años; que se desempeñó como empleado público y el último cargo fue el de auxiliar de enfermería; que se trasladó al régimen de ahorro individual, el 11 de julio de 1997, puntualmente, a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, y regresó al régimen de prima media el 1º de septiembre de 2010, con el fin de recuperar el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93; que el fondo privado en mención trasladó los aportes a Colpensiones, al igual que los rendimientos generados; que el 24 de noviembre de 2012 realizó la solicitud de pensión ante Colpensiones, la cual fue negada mediante resolución GNR 220941 de 2013, por no haberse efectuado el estudio de los rendimientos de los aportes efectuados al RAIS. Por último, Indica que presentó el recurso de apelación contra dicho acto administrativo, el cual fue resuelto mediante Resolución VPB 5164 de 2013, confirmando la decisión inicial, por no contar con 20 años de servicios.

Colpensiones en respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones, al considerar que el demandante perdió los beneficios del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100/93, por haberse trasladado voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad. En su defensa, propuso como excepciones las de “Inexistencia de la obligación demandada”, “pérdida del derecho al régimen de transición” y “Prescripción”.

Dentro de la audiencia del artículo 77 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el vocero judicial del demandante allegó copia de la Resolución GNR 119519 de 2016, expedida por la Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, mediante la cual se reconoce la pensión de vejez al actor, con fundamento en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, por contar con 1.707 semanas cotizadas y 59 años de edad. Tal reconocimiento se efectuó en cuantía de $1`154.498, con efectos a partir del 1º de mayo de 2016, es decir a la fecha de inclusión en nómina. En consecuencia, la fijación del litigio se circunscribió únicamente en la procedencia del retroactivo pensional y de los intereses de mora.

1. SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 28 de junio de 2016, negó la totalidad de las pretensiones, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad y se abstuvo de imponer condena en costas.

En la parte motiva, sostuvo que la desafiliación al sistema de pensiones se dio en el mes de mayo de 2016, fecha en que el actor efectuó su última cotización, y a partir de la cual la entidad demanda le reconoció la pensión de vejez. Respecto a los intereses moratorios, estimó que no había lugar a su imposición, en razón a que la entidad demandada reconoció el derecho dentro del término legal de seis meses otorgado para tal efecto, como quiera que la última reclamación administrativa data del el 2 de marzo de 2016.

Inconforme con la decisión, el vocero judicial del demandante interpuso el recuso de apelación, en orden a que se revoque la sentencia y se acceda al reconocimiento y pago del retroactivo pensional y los intereses de mora peticionados. En la sustentación, indicó que el demandante manifestó su intención de adquirir el status de pensionado, desde el 24 de noviembre de 2012 cuando elevó la primera solicitud de pensión, y que si bien siguió cotizando al sistema pensional, ello se debió a la lógica natural de que toda persona debe proveerse los recursos necesarios para su subsistencia.

Problema jurídico.

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

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

*¿Hay lugar a imponer condena por concepto de intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?*

*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 el recurrente. 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 empezar, 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, por vía jurisprudencial, el órgano de cierre de la especialidad laboral, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar solución a los casos particulares que ameritan una solución distinta. 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, los elementos probatorios allegados a la actuación permiten evidenciar:

1. que el 26 de febrero de 2012 el demandante causó el derecho a la pensión de vejez con fundamento en la Ley 33 de 1985, pues arribó a 55 años de edad, y tenía más de 20 años de servicios en el al sector público, desde el 1º de agosto de 1979 al 6 de enero de 2005, ver fl.20, 23, 24 y 26.
2. que el 24 de noviembre de 2012 elevó la reclamación administrativa, tendiente a obtener la gracia pensional conforme a los postulados de la Ley 33 de 1985, la cual le fue negada por la entidad demandada a través de la Resolución GNR 220941 de 2013, con el argumento de no estar amparado por los beneficios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, por haberse trasladado voluntariamente al RAIS, ver fl.43 a 47.
3. Que el demandante interpuso el recurso de apelación contra dicho acto administrativo, el cual fue resuelto mediante Resolución VPB 5164 de 2014, confirmando la negativa inicial, esta vez, con el argumento de que el afiliado no colmaba la densidad de semanas necesarias para acceder al derecho pensional reclamado.
4. Que en el trámite del presente proceso, la entidad demandada a través de la Resolución GNR 119519 de 2016, le reconoció al actor la pensión de vejez solicitada, con fundamento en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en virtud del régimen de transición, a partir del 1º de mayo de 2016, y
5. Que con posteridad a la solicitud de pensión antes mencionada, el demandante continuó efectuando cotizaciones al sistema, por tiempos de servicio en el sector privado.

Acorde con lo anterior, en este caso son dos los factores que permiten inferir la voluntad inequívoca del demandante de adquirir el status de pensionado a partir del 26 de febrero de 2012, pues para esa calenda no sólo dejó causada la pensión por haber arribado a 55 años de edad y tener más de 20 años de servicios en el sector público, sino que elevó la solicitud tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, el 24 de noviembre de 2012. Ahora, si bien el demandante efectuó aportes al sistema hasta el mes de mayo de 2016, debe tenerse en cuenta que lo hizo inducido por un error de la propia entidad, quien lo obligó a seguir cotizando, primero, aduciendo que no tenía los beneficios del régimen de transición, y luego, porque no reunía los 20 años de servicios en el sector público, cuando como quedó visto, a la presentación de la solicitud de reconocimiento pensional, ya reunía los requisitos exigidos para acceder al derecho.

De tal suerte que la desafiliación al sistema debe entenderse a partir del 26 de febrero de 2012, siendo viable el disfrute de la pensión a partir del día siguiente, esto es, del 27 de febrero de ese año, pues fue la administradora de pensiones quien sin ninguna razón atendible negó el derecho pensional, y mal haría la Sala en convalidar dicho error fijando el disfrute a partir de la fecha en que la entidad demandada dio respuesta negativa a la solicitud de pensión, cuando lo cierto es que de haber actuado conforme a derecho, el reconocimiento se hubiera efectuado a partir de la causación del mismo.

Prospera, por ende, este segmento de la acusación.

Dada la modificación anterior, se procederá a reconocer el retroactivo pensional generado a partir de esa calenda y hasta el 30 de abril de 2016, el cual conforme al cuadro que se pone de presente a los asistentes y que hará parte integrante del acta final que se suscriba con ocasión de esta diligencia, asciende a la suma de $56`595.510.

Para efectos de la liquidación, se tuvieron en cuenta 13 mesadas anuales, puesto que en los términos del inciso 8º del Acto Legislativo 01 de 2005, la causación del derecho pensional ocurrió con posterioridad al 31 de julio de 2011.

 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 488 del C.S.T., no transcurrió el término trienal desde la exigibilidad del derecho pensional y la interposición de la demanda, que data del 16 de abril de 2015, (fl.19), habida consideración de que el demandante interrumpió el término prescriptivo el 24 de noviembre de 2012, cuando elevó la solicitud de reconocimiento pensional; mismo que quedó suspendido hasta el 2 de mayo de 2014, cuando fue notificado del contenido de la Resolución VPB 5156 de 2014 GNR 182304 de 2014, por medio del cual se resolvió el recurso de apelación contra el acto administrativo que le negó el derecho, sin que hubiese transcurrido más de tres años para la presentación de esta acción judicial.

Frente a la segunda inconformidad del actor, encaminada a que se acceda a los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, es preciso indicar que esta Sala de Decisión, en acopio de los pronunciamientos del órgano de cierre de esta especialidad, ha establecido en forma reiterada que tales réditos son improcedentes en aquellos eventos en que las pensiones no son reconocidas con sujeción a la Ley 100 de 1993, tal como ocurre en el presente caso, en que se reconoció la pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985. (Ver sentencias del 12 de noviembre de 2009 radicación Nº 35.228 y más recientemente la SL-466 de 17 de julio de 2013 radicación Nº 44.363).

No obstante lo anterior, en vista de que en la demanda se solicitó en forma subsidiaria la indexación de las condenas, se accederá a ella, en la medida en que dicho mecanismo correctivo permite aminorar los efectos negativos que causa la inflación económica al valor nominal con el transcurso del tiempo.

En consecuencia, se revocará el fallo de primer grado, en el sentido de indexar las mesadas acá reconocidas, desde su causación y hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación, atendiendo la siguiente fórmula:

*VA= VH x IF/II*

Donde, VA es el valor actualizado;

VH: es valor histórico, que corresponde a la mesada pensional causada mes a mes;

IF: es el valor del índice de precios al consumidor reportado por el DANE a la fecha del pago efectivo y

II es el valor del índice de precios al consumidor reportado por el DANE de la fecha de la respectiva mensualidad.

Así pues, la indexación de las condenas se logra tomando el valor de cada una de las mesadas pensionales y aplicando los IPC inicial y final certificados para cada ciclo o mensualidad por separado, tal como lo indicó el órgano de cierre de la especialidad laboral en sentencia SL 13268 de 2016, radicación No. 55278, y ha procedido de conformidad, entre otras, en sentencias SL10869 y SL11433 de 2016.

En síntesis, habrá que revocar la decisión de primer grado, para en su lugar, acceder al retroactivo pensional y la indexación solicitada.

Las costas en ambas instancias estarán a cargo de la entidad demandada y en favor del demandante.

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*

*Revoca* la sentencia proferida el 28 de junio de 2016, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, y en su lugar:

1. *Declara* que al señor Gilberto Arias Ruiz le asiste el derecho a disfrutar de la pensión de vejez que le fue reconocida por Colpensiones, a través de la Resolución GNR 119519 de 2016, con fundamento en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, a partir del 27 de febrero de 2012.
2. *Condena* a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar en favor de Gilberto Arias Ruíz, la suma de $56`595.510, por concepto de retroactivo pensional causado entre el 27 de febrero de 2012 y el 30 de abril de 2016.
3. *Condena* a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a indexar el valor reconocido en el numeral anterior, desde la fecha de causación de cada mesada, por separado, y hasta la fecha del pago total de la obligación, atendiendo para ello la fórmula establecida en la parte considerativa de este proveído.
4. *Negar* el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados.
5. *Declara* no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.
6. Costas en ambas instancias a cargo de la demanda y en favor el promotor del litigio.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

 Magistrada Magistrada

 ALONSO GAVIRIA OCAMPO

Secretario

ANEXO 1

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **IPC año anterior** | **No. MESADAS**  | **MESADA RECONOCIDA** | **Total**  |
| 2012 | 3,73 | 11,07 | $998.892 | $11.057.734 |
| 2013 | 2,44 | 13 | $1.023.265 | $13.302.445 |
| 2014 | 1,94 | 13 | $1.043.116 | $13.560.512 |
| 2015 | 3,66 | 13 | $1.081.294 | $14.056.827 |
| 2016 | 6,77 | 4 | $1.154.498 | $4.617.992 |
| TOTAL  |   |   |   | **$56.595.510** |