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 agosto de 2017

**Radicación No**:66001-31-05-005-2015-00235-01

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Gabriel Cárdenas Arias

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Quinto 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 diez (10) días del mes de agosto 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 de Decisión Laboral No. 3 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Gabriel Cárdenas Arias* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

1. INTRODUCCIÓN

Pretende el demandante que se declare es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, y en consecuencia, se condene a la entidad de seguridad convocada a juicio, a reconocer y pagar la prestación pensional con fundamento en la Ley 71 de 1988, a partir del 1º de abril de 2014, junto con el retroactivo, los intereses de mora dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100/93, o en subsidio la indexación de las condenas, más las costas del proceso.

Como fundamento de tales pretensiones, expone que nació el 4 de agosto de 1937, que está afiliado al régimen de prima media con prestación; que el 27 de junio de 2012 elevó ante el antiguo ISS la solicitud de reconocimiento de la pensión, la cual fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución GNR 205401 de 2013; que durante toda su vida laboral cotizó un total de 1.112,42 semanas de aportes, sin embargo, 101.43 no aparecen debidamente registradas en su historia laboral, razón por la cual solicitó la corrección de los periodos de marzo, abril, agosto y septiembre de 2013, sin embargo, solo se hizo reporte de los dos primeros; que posteriormente solicitó una nueva corrección en razón a que los periodos laborados y cotizados con el empleador Nestavo Antonio Muñoz entre marzo de 1993 y diciembre de 1994, desaparecieron de su reporte de semanas cotizadas, empero, la entidad nunca clarificó tal situación.

En respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones, alegando que el demandante no reúne la densidad de semanas necesarias para acceder a la pensión con fundamento en la Ley 71 de 1988. En su defensa, propuso como excepciones de fondo “Inexistencia de la obligación demandada”, “Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios” y “Buena Fe”.

Dentro de la audiencia del artículo 77 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se allegó copia de la Resolución GNR3492 del 6 de enero de 2016, expedida por el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, mediante la cual se reconoce el pago de la pensión de vejez al actor con fundamento en la Ley 71 de 1988, a partir 1º de enero de 2016, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

En consecuencia, la fijación del litigio se circunscribió únicamente en establecer si es procedente el reconocimiento del retroactivo pensional y de los intereses de mora peticionados.

1. *SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 24 de agosto de 2016, accedió al pago del retroactivo pensional a partir del 12 de noviembre de 2015 y en cuantía de $1`694.640, en razón a que en esa calenda el demandante presentó la solicitud de pensión por haber cumplido con el lleno de los requisitos exigidos para tal efecto, estimando que pese a que existía una solicitud anterior, fechada el 27 de julio de 2012, para ese momento no tenía la densidad de semanas necesarias para acceder al derecho. Negó el pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley100/93, empero, en subsidio concedió la indexación de la suma reconocida a título de retroactivo. Declaró probada la excepción de improcedencia de reconocimiento de intereses moratorios y no probadas las demás. Condenó en costas a la parte vencida en un 100% y fijó agencias en cuantía de $370.000.

1. *CONSULTA*

Dado que la decisión fue adversa a los intereses de Colpensiones, entidad pública en la que el Estado es garante, se remitió esa decisión para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, tal como lo manda el artículo 69 del C.P.T

Del problema jurídico.

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

*¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago del retroactivo pensional solicitado?*

*¿Procede la condena al pago de la indexación de las sumas reconocidas?*

*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, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.). 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:

III. CONSIDERACIONES:

 *Desenvolvimiento de la problemática planteada*

Para resolver la instancia, es preciso hacer mención del condicionamiento de la desafiliación del 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 formal 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, 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 específicas de las cuales se puede 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 la desafiliación del sistema puede ser comprensible 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.

Acorde con lo anterior, en el sub-lite, el demandante manifestó de manera inequívoca su intención de desafiliarse del sistema pensional el 30 de junio de 2014, cuando cesó en sus cotizaciones al sistema pensional por haber cumplido los requisitos exigidos para acceder al derecho, pues alcanzó la edad el 4 de noviembre de 1997, tal como se colige del documento visible a folio 82, y había sufragado un total de 1.034 semanas hasta el 30 de junio de 2014, siendo ésta su última cotización, tal como se registra en la historia laboral obrante a folio 304, amén de que presentó la reclamación de su pensión el 12 de noviembre de 2015, según se colige del acto administrativo que le reconoció el derecho y que obra a folio108 y ss.

Bajo tal escenario, la desafiliación definitiva para efectos pensionales operaba a partir del 1º de julio de 2014, fecha en que el actor 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 prestación a partir del día 12 de noviembre de 2015, fecha de presentación de la solicitud pensional, y que la parte interesada no presen tó inconformidad alguna, se confirmará íntegramente este punto de la decisión, en razón a que la sentencia está siendo analizada en virtud del grado de consulta que opera en favor de la entidad demandada

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 la exigibilidad del derecho pensional y la interposición de la demanda, que data del 12 de marzo de 2015 (fl.12).

Efectuado el cálculo respectivo de las mesadas causadas entre el 12 de noviembre y el 31 de diciembre de 2015, se obtiene un monto de $1`694.641, quantum que coincide con el reconocido en primera instancia.

Por último, en cuanto a la indexación a la cual accedió la a-quo, se dirá que la misma es procedente en la medida en que opera como un mecanismo encaminado a actualizar el valor de una suma de dinero, teniendo en cuenta el fenómeno inflacionario que afecta a la economía y que trae como consecuencia ineludible, la merma en el poder adquisitivo del dinero.

Por lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

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 sentenciaproferida el 24 de agosto de 2016 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. Sin costas en esta instancia.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada *en estrados.*

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

 Magistrada Magistrada

ALONSO GAVIRIA OCAMPO

Secretario

ANEXO

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| 2015 | $644.350 | 2,63 | $1.694.641 |
| TOTAL  | **$1.694.641** |