*ORALIDAD*

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 7 de septiembre de 2017

**Radicación No**:66001-31-05-004-2016-00068-01

**Proceso**:Ordinario Laboral

**Demandante**: Beatriz Torres Ochoa

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Cuarto 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 siete (7) días del mes de septiembre de dos mil diecisiete (2017), siendo lasnueve y cuarenta y cinco de la mañana (9:45 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 27 de septiembre de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Beatriz Torres Ochoa* contra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

1. INTRODUCCIÓN

Pretende la demandante que se declare tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del mes de enero de 2011, y en consecuencia, se condene a la entidad demandada a cancelarle el retroactivo pensional causado hasta julio de ese año, junto con los intereses de mora y las costas del proceso.

Como fundamento de tales pretensiones, expone que presentó solicitud de pensión ante el ISS el 27 de enero de 2011, razón por la que la mediante Resolución No. 7647 de 2011, le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 31 de diciembre de 2011; que el 7 de enero de 2014 presentó solicitud en aras de obtener el pago del retroactivo pensional adeudado, sin embargo, le fue negada con el argumento de que su empleador no presentó la novedad de retiro; que con ocasión al recurso de reposición que interpuso contra la decisión, mediante Resolución GNR 448687 de 2014, se le reconoció el retroactivo desde el 1º de agosto de 2011. Aduce que la novedad de retiro de su empleador Aviatur S.A. fue presentada en el mes de enero de 2011, pese a que por error involuntario continuó efectuando cotizaciones al sistema de pensiones; por último, que la entidad no le canceló intereses de mora.

En respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones al considerar que no está en la obligación de cancelar el retroactivo peticionado pues la demandante efectuó cotizaciones al sistema de pensiones hasta julio de 2011. Propuso en su defensa, las excepciones de “Improcedencia del retroactivo pensional solicitado” y “Prescripción”.

1. *SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 27 de septiembre de 2016, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la entidad de seguridad social actuó conforme a la ley, al otorgarle a la actora el beneficio pensional a partir del 1º de agosto de 2011, pues la última cotización al sistema de pensiones data del 31 de julio de esa anualidad, amén de que al 27 de enero de 2010, calenda en que la demandante presentó la última solicitud de pensión, no tenía reunidos los presupuestos de hecho para dejar causado el derecho a la pensión de vejez, especificativamente el requisito de la edad.

1. *CONSULTA*

Al tenor de lo establecido en el artículo 69 del Estatuto Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, se dispuso la consulta de la decisión por ser desfavorable a la demandante.

Del problema jurídico.

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

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

*¿Procede la condena al pago de los intereses de mora peticionados?*

*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, 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:

Los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aplicables por remisión del inciso 2º del artículo 31 de la Ley 100/93, establecen que para el disfrute pensional es necesaria la desafiliación del sistema de pensiones. Esta manifestación puede provenir de actos expresos o de actos externos inequívocamente dirigidos a comunicar tal determinación, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido, tal como lo ha explicado el órgano de cierre de esta especialidad laboral[[1]](#footnote-1).

 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.

Dígase además, que a cargo de los empleadores reposan varias obligaciones frente al sistema de seguridad social y frente a sus trabajadores. De un lado, deben afiliar a sus trabajadores al sistema (art. 15 L. 100/93), pagar las cotizaciones mientras esté vigente la relación laboral (art. 17 ibídem), pagar su aporte y el de sus trabajadores, previo el descuento efectuados a éstos (art. 22 ibídem) y reportar las novedades que se presenten (art. 32 Dcto. 692/94).

Articulando lo dicho, es responsabilidad de los empleadores efectuar los reportes de novedades, como la de informar el retiro de uno de sus trabajadores a los fondos de pensiones y, la omisión de ese deber, puede llevar a que se considere que exista mora patronal en el cumplimiento de sus obligaciones.

En el caso puntual, Colpensiones negó el retroactivo pensional solicitado por la actora, con el argumento de que su último empleador Aviatur S.A., solo efectuó el reporte de novedad de retiro hasta el mes de julio de 2011, siendo entonces procedente el disfrute de la prestación a partir del mes siguiente. No obstante la aseveración que hace la entidad demanda para sustentar su negativa, de la documental allegada al infolio la Sala observa que existen dos los factores que permiten inferir la intención de la demandante de desafiliarse en forma definitiva del sistema de pensiones y empezar a disfrutar del beneficio pensional:

1. La novedad de retiro que en forma primigenia había presentado su último empleador “Agencia de Viajes y Turismo –Aviatur S.A.” en el ciclo de enero de 2011, tal cual se colige en la planilla de liquidación de aportes al ISS, en la que figura en la casilla de novedades la abreviación “RET”, y
2. la solicitud de pensión que presentó la actora ante el extinto ISS el 27 de enero de 2011, tal cual se acredita con el sello de recibido de la entidad y, con el fallo de la sentencia de tutela dictada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito, a través del cual se amparó el derecho fundamental de petición de la actora, y se ordenó a la entidad de seguridad social resolver de fondo la petición presentada en dicha calenda (según expediente administrativo allegado al proceso en CD medio magnético). En ese orden, la determinación de la a-quo es desacertada al dar por sentado que la última solicitud de pensión fue presentada por la actora el 27 de enero de 2010, pues en realidad lo fue ese día y mes del 2011.

Lo expuesto, trae consigo que el disfrute de la pensión de vejez deba ser fijado a partir del 1º de febrero de 2011, calenda en que la demandante ya tenía reunidas las condiciones necesarias para causar el derecho a la pensión, pues tenía 55 años de edad y un total de 1.853,57 semanas, y además, ya había presentado ante la entidad demandada la solicitud de pensión; manifestación que claramente que denotaba su intención de desafiliarse del sistema y disfrutar del beneficio pensional.

Con todo, es preciso indicar que las cotizaciones efectuadas erróneamente por el empleador hasta el mes de julio de 2011, pese a la novedad de retiro que presentó en el mes de enero de ese mismo año, no constituían un impedimento para que la entidad demandada reconociera y pagara la prestación desde febrero de 2011, no sólo por lo que hasta aquí se ha expuesto en relación con la novedad de retiro y la manifestación expuesta en tal sentido por parte de la afiliada, sino también porque las cotizaciones efectuadas entre el 1º de febrero de 2009 y el 31 de julio de 2011, no fueron tenidas en cuenta por la entidad demandada al momento de analizar la situación pensional de la actora, por presentar una serie de inconsistencias que debían ser convalidadas por el Departamento de Afiliación, tal como se indicó en la Resolución No. 7647 de 2011, a través de la cual se le otorgó el derecho pensional a la actora – ver fl.60.

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso Colpensiones, no está llamada a prosperar en la medida en que en los términos del artículo 488 del C.S. T y del 151 del C.P.T y de la S.S, la señora Torres Ochoa interrumpió dicho fenómeno extintivo el 7 de enero de 2014 –fl.10-, cuando elevó la solicitud de reconocimiento y pago del retroactivo pensional objeto de esta Litis, amén de que esta demanda judicial fue instaurada dentro de los tres años siguientes, concretamente, el 9 de febrero de 2016 –fl.8-.

Por tanto, se revocará la decisión consultada para en su lugar condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado entre el 1º de febrero y el 31 de julio de 2011, el cual asciende a la suma de $8`308.272, conforme el cuadro que se pone de presente a los asistentes y hará parte integrante del acta que se suscriba de esta diligencia.

Frente al tema de los intereses moratorios, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dispone que: *“…en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”*.

Conforme lo ha establecido el órgano de cierre de la especialidad laboral, tales réditos proceden a partir del día siguiente al vencimiento de los cuatro (4) meses que confiere el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 para resolver la solicitud de reconocimiento pensional[[2]](#footnote-2), de modo que en el caso puntual, es procedente imponer el pago de tales intereses a partir del 27 de mayo de 2011, y hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación, pues la reclamación pensional fue presentada ante la entidad demanda el 27 de enero de eses mismo año. Lo anterior, se predica respecto al retroactivo insoluto causado desde el 1º de febrero al 31 de julio de 2011.

En cuanto a los intereses de mora que se generan sobre el retroactivo pensional causado desde el 1º de agosto al 30 de diciembre de 2011, y que fue debidamente reconocido y cancelado por la entidad, se tiene que ascienden a la suma de $6`506.125, pues tales réditos corren a partir de la exigibilidad de cada una de las mesadas pensionales y, hasta el 31 de diciembre de 2014, día anterior a la fecha de inclusión en nómina, según se colige de la copia de la Resolución GNR 448687 de 2014, que obra a folio 13.

Por último, de conformidad con el inciso 2 del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto por el inciso 3, artículo 42 del Decreto 692 de 1994, se autoriza a Colpensiones, para que del retroactivo pensional acá reconocido, haga los correspondientes descuentos del valor que corresponda al total de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, a partir de la fecha en la cual se ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud a la que la actora se encuentre afiliada.

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta. Las de primer grado estarán a cargo de la entidad demandada y en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el *H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral No. 3,* administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

*FALLA*

*Revoca* la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, para en su lugar:

1. Declarar que la señora Beatriz Torres Ochoa tiene derecho a disfrutar de su pensión de vejez a partir del 1º de febrero de 2011. En consecuencia:
2. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar en pro de la señora Beatriz Torres Ochoa la suma de $ 8`308.272 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 1º de febrero y el 31 de julio de 2011, junto con los intereses de mora que se causen sobre dicho monto, desde el 27 de mayo de 2011 y hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación.
3. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar en pro de la señora Beatriz Torres Ochoa la suma de $ 6`506.125, a título de intereses moratorios causados sobre el valor del retroactivo pensional reconocido por la entidad a través de la Resolución GNR 448687 de 2014.
4. Autorizar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a descontar del retroactivo reconocido el valor correspondiente a los aportes en salud.
5. Sin costas en esta instancia. Las de primer grado correrán a cargo de la entidad demandada y en favor de la actora.

*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

ANEXO

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **VALOR DE LA MESADA**  | **No. MESADAS** | **TOTAL**  |
| 2011 | $1.384.712 | 6 | $8.308.272 |
| **TOTAL**  | **$8.308.272** |

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Periodo** | **Exigible** |  **Mesada**  | **% Interes Diario 31 DIC/2014** | **No. Días mora** |  **Valor Intereses**  |
| 31-ago-11 | 01-sep-11 |  **$ 1.384.712**  | 0,0693% | **1200** | $ 1.151.526 |
| 30-sep-11 | 01-oct-11 |  **$ 1.384.712**  | 0,0693% | **1170** | $ 1.122.738 |
| 31-oct-11 | 01-nov-11 |  **$ 1.384.712**  | 0,0693% | **1140** | $ 1.093.950 |
| 30-nov-11 | 01-dic-11 |  **$ 1.384.712**  | 0,0693% | **1110** | $ 1.065.162 |
| 31-dic-11 | 01-ene-12 |  **$ 2.769.424**  | 0,0693% | **1080** | $ 2.072.748 |
| **TOTAL** | **$ 6.506.125** |

1. sentencia CSJ, SL 5603, de 6 de abril 2016 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia SL 4985 de 2017 Sala Laboral Corte Suprema de Justicia.

 Sentencia N° 42826 del 16 de octubre de 2012. [↑](#footnote-ref-2)