***ORALIDAD***

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 14 de julio de 2016.

**Radicación No**:66001-31-05-004-2014-00602-01

**Proceso**:  Ordinario Laboral.

**Demandante**: María Elena Loaiza Sanín

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

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

**Tema a tratar: Pensión de vejez. Retroactivo pensional:** El punto que determina si al causarse el derecho, están dadas las condiciones para su disfrute es la desafiliación del sistema pensional, aspecto que exige el canon 13 del Acuerdo 049 de 1990, norma que aún resulta aplicable por remisión que hace el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993. La desafiliación, por lo tanto, según ese compendio normativo, es necesaria para que el afiliado pueda empezar a disfrutar de la prestación, y que por regla general el acto de desafiliación le compete reportarlo al empleador. Sin embargo, por vía jurisprudencial, el órgano de cierre de la especialidad laboral, también ha reconocido que dicha desafiliación al sistema pensional, se puede presentar de manera excepcional ante la falta de reporte de dicha novedad. Es así como la desafiliación se puede inferir de las circunstancias que rodean cada caso en particular, pues estas disposiciones (arts. 13 y 35 Acdo 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:**

Pereira, hoy catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (09:00a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran abierto el acto, el cual tiene por objeto decidir el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia del 30 de abril de 2015 del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***María Elena Loaiza Sanín*** contra ***Colpensiones.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

Teniendo en cuenta que la vocera judicial de la entidad demandada allegó a esta Corporación copia de la Certificación No. 31221 de la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Colpensiones en la que se indica que en octubre de 2015 se reactivó el pago de las mesadas causadas y se canceló en favor de la actora la suma de $59`466.807 por concepto de retroactivo pensional dejado de cancelar desde el 2014 y, $ 12`253.304 correspondiente a las mesadas de marzo, abril y noviembre de 2013, e igualmente que decidió de manera unánime no proponer fórmulas de arreglo respecto a la solicitud del reconocimiento del retroactivo pensional solicitado a partir del 1º de enero de 2012, se corre traslado de dicha certificación al apoderado judicial de la demandante para que si es su deseo se pronuncie frente a la misma.

Pretende la demandante que se declare que la entidad demandada debe reactivar el pago de la mesada pensional, teniendo en cuenta para ello los valores dejados de cancelar desde el mes de abril de 2014, en los términos establecidos en la Resolución No. GNR 015616 del 2013. Así mismo, que debe cancelar el valor de las mesadas pensionales correspondiente a los meses de marzo, abril, noviembre y diciembre de 2013, junto con el retroactivo de la pensión de vejez causado entre el 1º de enero de 2012 y febrero de 2013, así como el pago de intereses de mora, al indexación de las condenas y las costas procesales.

En subsidio solicita que se declare que es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que por ende, su pensión debe ser liquidada con base en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en cuantía del 90 % del IBL a partir de enero de 2012.

Fundó sus pedimentos en que nació el 9 de septiembre de 1956; que su primer empleador fue la señora María Zuluaga y laboró a su servicio desde junio de 1978 hasta febrero de 1981 y que todos los ciclos no fueron cotizados al sistema; que su ultimo empleador fue Comfamiliar Risaralda, sufragando aportes desde el 17 de octubre de 1989 a diciembre de 2011; que se trasladó al RAIS en el mes de agosto de 1997, empero, que el 1º de febrero de 2004 retornó al RPM en virtud de la amnistía que en ese momento otorgó el ISS para quienes siendo beneficiarios del régimen de transición querían regresar al régimen de prima media, por lo que las administradoras implicadas realizaron el traslado de los aportes; que el 13 de diciembre de 2011 presentó solicitud pensional, por lo que mediante Resolución GNR 015616 del 2013 Colpensiones efectuó el reconocimiento a partir de marzo de 2013, en cuantía de $3`366.251, respetándole la calidad de beneficiaria al régimen de transición; que interpuso los recursos de ley contra dicho acto administrativo por cuanto no se le reconoció el retroactivo pensional correspondiente, siendo resuelto desfavorablemente mediante Resolución GNR 350891 del 2013, en la que se dejó sin efecto el acto administrativo que reconoció el derecho aduciendo que no cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición.

Al dar contestación a la demanda, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que la entidad no está en la obligación de reconocer el retroactivo pensional peticionado, por cuanto su empleador no se efectuó la novedad de retiro del sistema. De otra parte, sostuvo que la demandante no cumple con los requisitos exigidos por vía jurisprudencial para recobrar los beneficios del régimen de transición, sin embargo, en virtud del artículo 97 del C.C.A. la entidad debe demandar su propio acto ante la Jurisdicción Contenciosa en aras de que sea declarado contrario a la ley o la constitución. En su defensa formuló las excepciones de “Inexistencia dela obligación” y “Prescripción”.

Dentro la audiencia del artículo 77 del C.P.T y S.S, Colpensiones allegó copia de la Resolución No. VPB 19502 de 2015, en la cual resuelve confirmar en todas sus partes la Resolución No. 15616 del 2013 que reconoció la prestación, ordenando la reactivación de la pensión de vejez y el pago de las mesadas insolutas en favor de la actora. En tal virtud, la fijación del litigio se circunscribió únicamente en el derecho al retroactivo pensional solicitado a partir del 1º de enero de 2012.

***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

La Jueza de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 30 de abril de 2015, declarando con base en las pruebas allegadas al plenario que la demandante tiene derecho al retroactivo pensional causado desde el 1º de enero de 2012 hasta el último día de febrero de 2013, por cuanto acreditó su desafiliación al sistema pensional en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993. Condenó a la entidad demandada a cancelar en favor de la actora la suma de 49`281.813,87, más los intereses de mora a partir del 16 de junio de 2012 y hasta el pago efectivo de la obligación.

Respecto del citado proveído se dispuso el grado jurisdiccional de consulta por afectarse a Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPTSS.

***IV.******CONSIDERACIONES***

***1. Del problema jurídico:***

*¿A partir de qué fecha le asiste derecho a la demandante a disfrutar de su pensión de vejez?*

***2. Desenvolvimiento de la problemática planteada.***

La causación de la pensión, no es más que la satisfacción de los requisitos exigidos por la Ley para que surja este derecho (en el régimen de prima media tanto la edad como el número de semanas cotizadas), momento en el cual se consolida el mismo e ingresa en el patrimonio del afiliado. Por su parte, el disfrute, es la posibilidad de percibir los beneficios económicos de ese derecho, es decir, recibir las mesadas pensionales, asunto que puede o no coincidir con la causación del mismo.

El punto que determina si al causarse el derecho, están dadas las condiciones para su disfrute es la desafiliación del sistema pensional, aspecto que exige el canon 13 del Acuerdo 049 de 1990, norma que aún resulta aplicable por remisión que hace el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993. La desafiliación, por lo tanto, según ese compendio normativo, es necesaria para que el afiliado pueda empezar a disfrutar de la prestación, y que por regla general el acto de desafiliación le compete reportarlo al empleador.

Sin embargo, por vía jurisprudencial, el órgano de cierre de la especialidad laboral, también ha reconocido que dicha desafiliación al sistema pensional, se puede presentar de manera excepcional ante la falta de reporte de dicha novedad.

Es así como la desafiliación se puede inferir 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*”.

No se puede desconocer, sin embargo que pese a la falta de reporte de afiliación del último empleador, mediaría la desafiliación como acto expreso e inequívoco, cuando el afiliado, en amparo del artículo 17 de la ley 100 de 1993, informa o da la orden a su empleador de cesar en sus cotizaciones, por haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión por vejez.

En el caso puntual y concreto, se tiene que la señora María Elena Loaiza Sanín cotizó hasta el ciclo de diciembre de 2011, por cuanto su último empleador presentó la novedad de retiro del sistema por reunir los requisitos para pensión, en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, tal como se verifica de la certificación laboral y del reporte de semanas cotizadas válida para prestaciones económicas visibles a folios 31 y 74, respectivamente, luego entonces, la desafiliación al sistema se dio de manera definitiva con ese acto expreso e inequívoco, y como quiera que se complementó con la solicitud pensional del 16 de diciembre de 2011 –ver fl.88-, el disfrute de la prestación surge a partir del 1º de enero de 2012, tal cual lo concluyó la sentenciadora de primer grado.

En cuanto a la excepción de prescripción formulada por la entidad demandada, encuentra la Sala que la misma no está llamada a prosperar, en la medida en que en los términos del artículo 151 del CPT SS no trascurrieron más de tres años desde que la respectiva obligación se hizo exigible y la-presentación de esta acción judicial, la cual fue instaurada el 10 de noviembre de 2014 -fl.14-.

Efectuados los cálculos respectivos del retroactivo pensional a que tiene derecho la actora causado entre el 1º de enero de 2012 y el 28 de febrero de 2013, se obtiene la suma de $49`451.425, monto que resulta superior al liquidado por la a-quo en cuantía de $49`281.813,87, por lo que en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la entidad de seguridad social, habrá que mantener incólume la condena irrogada en la instancia que precede.

Finalmente, en lo que toca con la condena al pago de intereses moratorios sobre el valor del retroactivo pensional reconocido, se tiene que es procedente, habida cuenta que la reclamación administrativa fue presentada el 16 de diciembre de 2011, por lo que el término legal de 6 meses con que contaba la entidad para dar respuesta de fondo a la solicitud pensional fenecía el 15 de junio de 2012, incurriendo en mora a partir del día siguiente, esto es, del 16 de junio de 2012 y hasta que se hiciera el pago efectivo de la obligación, como lo concluyó la a-quo.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Confirma la sentencia proferida el 30 de abril de 2015 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito dentro del proceso 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 Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN Magistrada Magistrada

ALONSO GAVIRIA OCAMPO

Secretario

**ANEXO I**

**RETROACTIVO PENSIONAL**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **IPC (Var. Año anterior)** | **Desde** | **Hasta** | **Causadas** | **Mesada** | **Valor a cancelar** |
| 2,44 | 01/01/2012 | 31/12/2012 | 13,00 | $3.286.071 | $42.718.923 |
| 1,94 | 01/01/2013 | 28/02/2013 | 2,00 | $3.366.251 | $6.732.502 |
|  |  | **Valores a cancelar ===>** | |  | **49.451.425** |