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 20 de abril de 2017.

**Proceso**:Ordinario Laboral – Modifica sentencia que accedió a las pretensiones

**Radicación No**:66001-31-05-001-2015-00319-01

**Demandante**: Ana Inés Toro Cardona

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Primero 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 veinte (20) días del mes de abril 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 grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 4 de mayo de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por *Ana Inés Toro Cardona c*ontra la *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

1. *INTRODUCCIÓN*

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, anticipemos que la demandante pretende que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar el retroactivo de su pensión de vejez a partir del 5 de noviembre de 2009 y hasta marzo de 2012, o en subsidio, desde el 1º de julio de 2010, fecha en la cual se surtió la desafiliación tácita del sistema. Así mismo, que se condene al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley100/93, la indexación y las costas del proceso.

Como fundamento a sus pedimentos indica que nació el 5 de noviembre de 2009; que cotizó al Sistema General de Pensiones un total de 1.813,57 semanas hasta julio de 2010; que mediante Resolución No. 1653 de 2012 el ISS le reconoció la pensión de vejez, a partir del 1º de abril de 2012 en cuantía de $4`282.727; que interpuso los recursos de ley contra dicho acto, el cual fue confirmado mediante Resolución GNR 182304 de 2014, con el argumento de que su último empleador “Frisby S.A.” no realizó el retiro definitivo del sistema.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, allegó respuesta en la que indicó que se opone a las pretensiones de la demanda, por cuanto el empleador de la demandante no reportó la novedad de retiro del sistema, y por tanto, no es procedente el disfrute de la pensión a partir de la fecha solicitada. En su defensa, propuso como excepciones de fondo “Estricto cumplimiento de los mandatos legales”, “Inexistencia de la obligación” y “Prescripción”.

*II.SENTENCIA DEL JUZGADO*

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 4 de mayo de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda, declarando que la señora Ana Inés Toro Cardona tiene derecho al retroactivo pensional solicitado, a partir del 6 de julio de 2010, fecha en que elevó la solicitud pensional ante la entidad demandada, y operó el retiro tácito del sistema. En consecuencia, condenó a Colpensiones a cancelar $104`975.902, a título de retroactivo causado hasta el 30 de marzo de 2012, más los intereses moratorios a partir del 6 de noviembre de 2010 y hasta el pago efectivo de la obligación. Por otro lado, autorizó a la entidad de seguridad social a descontar de la suma reconocida, lo correspondiente a los aportes a seguridad social en salud; la condenó en costas y la absolvió de las demás pretensiones en su contra.

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.

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos: *¿A partir de qué fecha tiene derecho e demandante a disfrutar de su pensión de vejez?*

*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. 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 resolver el problema jurídico planteado, 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, 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, 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, la demandante cumplió la edad el 5 de noviembre de 2009, tal como se colige del documento visible a folio 14. Igualmente, se tiene certeza que sufragó un total de 1.813,57 semanas hasta el 30 de junio de 2010, calenda para la cual cesó en sus cotizaciones, amén de que presentó la solicitud pensional el 6 de julio de 2010 (ver folios 15, 16 y 28).

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 operó a partir del 1º de julio de 2010, fecha en que la actora 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 pensión partir del día 6 de ese mes y año, fecha de presentación de la solicitud pensional, y que la parte interesada no presentó inconformidad alguna, pues la sentencia está siendo analiza en virtud del grado de consulta que opera en favor de la entidad demandada, se confirmará este punto de la sentencia de primer grado.

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 20 de junio de 2015 (fl.13), habida cuenta que la demandante interrumpió el término prescriptivo de todas las obligaciones generadas con ocasión de la pensión de vejez, el 6 de julio de 2010, cuando elevó la solicitud pensional; mismo que quedó suspendido hasta el 6 de junio de 2014, calenda en que se le notificó a la actora el contenido de la Resolución GNR 182304 de 2014, y a partir del cual empezaba a correr el término legal de tres años para instaurar la acción judicial.

Efectuado el cálculo respectivo de las mesadas causadas entre el 6 de julio de 2010 y el 31 de marzo de 2012, se obtiene un monto de $98`090.753, el cual resulta inferior al calculado por la a-quo en cuantía de $104`975.902, quien erró al tomar en cuenta como primera mesada pensional para el año 2010, el valor de la mesada reconocida por la entidad en la Resolución GNR 182304 de 2014, correspondiente para el año 2012. En ese orden, se modificará el ordinal 2º de la sentencia, en virtud del grado de consulta en favor de la entidad demandada.

En cuanto a los intereses moratorios a los cuales accedió la a-quo, es indispensable determinar los plazos con que cuentan los fondos de pensiones para iniciar a pagar una prestación. Tal plazo se encuentra establecido en la Ley 700 de 2001, artículo 4º, que reza:

*“A partir de la vigencia de la presente ley, los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías, que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional, tendrán un plazo no mayor de seis (6) meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes”.*

Así las cosas, se pregona tardanza en el pago de las mesadas pensionales que contempla esta norma, cuando la persona ha solicitado la pensión y, teniendo derecho a ella, han pasado más de seis meses sin que se inicie el pago.

En el caso puntual, la imposición de los intereses moratorios procede a partir del 6 de enero de 2011, puesto que la reclamación se presentó ese mismo día del mes de julio de 2010, y sólo a partir del mes de abril de 2012 la entidad reconoció la prestación pensional. Por consiguiente, habrá que modificar el ordinal 5º de la sentencia, que condenó al pago de dichos réditos a partir del 6 de noviembre de 2010.

Sin costas en esta instancia.

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. *Modifica* el ordinalel 2º de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, para en su lugar, indicar que el valor del retroactivo pensional causado entre el 6 de julio de 2010 y el 31 de marzo de 2012, asciende a $98`090.753.
2. *Modifica* el ordinalel 5º de la providencia, para indicar que los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93, empiezan a correr a partir del 6 de enero de 2011 hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación.
3. 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

RETROACTIVO PENSIONAL

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **IPC** | **No. MESADAS** | **MESADA RECONOCIDA** | **SUBTOTAL** |
| 2010 | 2,00 | 6,8 | $4.011.179 | $27.276.014 |
| 2011 | 3,17 | 14 | $4.138.333 | $57.936.661 |
| 2012 | 3,73 | 3 | $4.292.693 | $12.878.078 |
| **TOTAL** | | | | **$98.090.753** |