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 31 de agosto de 2017

**Radicación No**:66001-31-05-002-2015-00422-01

**Proceso**:Ordinario Laboral

**Demandante**: Jaime de Jesús Cano Escobar

**Demandado:** Colpensiones

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

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

**Tema a tratar: Disfrute de la pensión:** son aplicables los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, los cuales exigen como requisito para el disfrute de la pensión, la desafiliación del sistema pensional, previa satisfacción de todos los requisitos. Dicha desafiliación, según posición reiterada del órgano de cierre de esta especialidad[[1]](#footnote-1), puede derivarse de manera excepcional de circunstancias especiales que permitan inferir la voluntad o intención del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos como puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido a través de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión o reclamación administrativa. **Pérdida del subsidio al aporte a pensión –régimen subsidiado:** El literal b) del artículo 24 del Decreto 3771 de 2007 establece que el afiliado al Fondo de Solidaridad Pensional perderá la condición de beneficiario del subsidio al aporte en pensión cuando cese la obligación de cotizar al sistema general de pensiones, lo cual en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 ocurre cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando se pensiona por invalidez o anticipadamente.

AUDIENCIA PÚBLICA:

En Pereira, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 No. 03 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante y el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia dictada el 11 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que *Jaime de Jesús Cano Escobar* promueve contra la *Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.*

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:

1. *ANTECEDENTES*

Pretende el demandante de manera principal que se declare que tiene derecho a la pensión de invalidez por haber perdido más del 50 % de su capacidad laboral, y en consecuencia, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar dicha prestación a partir del 3 de febrero de 2012, en cuantía del 58.50 % del IBL, incluyendo las mesadas adicionales de diciembre y los reajustes anuales legales.

En subsidio, pide que se declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez por haber acreditado 1.000 semanas de aportes, 55 años de edad y haber perdido más del 50 % de su capacidad laboral, y como consecuencia de ello, se condene a la entidad demandada a pagar dicha prestación a partir del 30 de agosto de 2014 en cuantía del 64.69 % del IBL, incluyendo las mesadas adicionales de diciembre y los reajustes anuales legales.

Así mismo, se condene a la entidad demandada a pagar los intereses de mora a partir del 4 de julio de 2014, o en subsidio, la indexación de cada una de las mesadas entre su causación y la fecha de pago total, más las costas procesales.

Como sustento fáctico de tales pedimentos, aduce que nació el 2 de junio de 1959; que prestó sus servicios al Ministerio de Defensa desde el 14 de febrero del 79 hasta el 30 de agosto del 80; que ha cotizado al ISS hoy Colpensiones en calidad de dependiente, independiente y a través del régimen subsidiado, acreditando un total de 1.000 semanas de aportes al 30 de agosto de 2014; que mediante Resolución SNML5771 de 2011, el ISS le determinó una pérdida de capacidad del 27.20 %; que mediante dictamen 202-2012 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, lo incrementó en un 60 %, de origen común, estructurada el 3 de febrero de 2012, empero, que la decisión fue modificada por la Junta Nacional de Calificación de invalidez, quien redujo el porcentaje a un 56.60 %.

Aduce que continuó efectuando cotizaciones al sistema pensional con posterioridad al cumplimiento de los requisitos para la pensión especial de vejez o de invalidez, los cuales por haberse efectuado a través del régimen subsidiado, deben ser devueltas al Fondo de Solidaridad Pensional por no ser necesarias para la pensión de vejez, razón por la que el 17 de febrero de 2015 solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez o especial de vejez, sin que a la fecha de presentación de esta acción judicial su solicitud haya sido resuelta.

Colpensiones allegó respuesta en la que se opuso a la totalidad de las pretensiones, por considerar que el demandante no acreditó haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al momento de estructurarse su estado de invalidez, ni tampoco acreditó la densidad mínima de semanas para que le fuera reconocida la pensión especial de vejez por invalidez. Propuso como excepciones de fondo las de “Inexistencia de la obligación demandada”, “Cobro de lo no debido”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses”, “Buena fe”, y “Prescripción”.

El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 11 de agosto de 2016, declaró la legalidad de la Resolución GNR 299452 de 2015, a través de la cual Colpensiones efectuó en favor del señor Jaime de Jesús Cano Escobar el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por invalidez establecida en el parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100/93, a partir del 1º febrero de 2015, en cuantía de 645.655, con una mesada adicional por haberse causado el derecho con posterioridad al 31 de julio de 2011. En consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar en pro del actor la suma de $135`682 a título de intereses moratorios sobre el valor del retroactivo reconocido por la entidad en cuantía de $5`165.240, y las costas del proceso en un 50 %.

Para arribar a tal determinación, la a-quo estimó que el demandante cumple con las condiciones para ser beneficiario de la pensión especial de invalidez, tal como lo reconoció la entidad demandada, pues acreditó tener el 50 % o más de PCL, 55 años de edad y, 1.000 semanas de aportes al sistema de pensiones. Encontró que si bien la prestación se liquidó con un porcentaje superior al peticionado en la demanda, ello se deriva de la diferencia de las cotizaciones al régimen subsidiado que la parte actora solicita no sean tenidas en cuenta por no ser necesarias para alcanzar el derecho.

De otra parte, avaló el disfrute de la prestación a partir del 1º de febrero de 2015, en razón a que el actor cesó en sus cotizaciones el día anterior. Frente a los intereses de mora, consideró que procedían desde el 17 de agosto de 2015, fecha en que feneció el término de 6 meses para el reconocimiento del derecho, y hasta el 30 de septiembre de 2015, pues a partir del mes siguiente el actor fue incluido en nómina de pensionados y se dispuso su pago.

Inconforme con lo decidido el vocero judicial del demandante interpuso el recurso de alzada en orden a que el disfrute de la prestación se fije a partir del 30 de agosto de 2014, momento en que el afiliado alcanzó 1.000 semanas de aportes. En la sustentación, sostuvo que los aportes que otorga el Fondo de Solidaridad Pensional se hacen a título de subsidio, y por ende, todos aquellos que no sean necesarios para alcanzar el derecho deben ser restituidos al Estado. En ese sentido, considera que los aportes efectuados por el actor con posterioridad al 30 de agosto de 2014, y que no son requieren para consolidar el derecho a la pensión especial de vejez reconocida por la entidad, no deben tenerse en cuenta y deben ser devueltos al Estado. Por último, citó dos pronunciamientos de esta Corporación referentes al tema de la inducción en error al afiliado por parte de la entidad de seguridad social.

De otra parte**,** al tenor de lo establecido en el artículo 69 del Estatuto Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, se dispuso igualmente la consulta de la decisión por ser desfavorable a la entidad demandada.

*Alegatos en esta instancia:*

En este estado de la diligencia, antes de que la Colegiatura proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes, empezando por la parte demandante.

 Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir previas las siguientes:

1. *CONSIDERACIONES*

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

*¿A partir de qué fecha procede el disfrute de gracia pensional?*

*Desenvolvimiento de la problemática planteada*

Para los fines del recurso, interesa resaltar en primer lugar que es un supuesto fáctico indiscutido en el proceso, que durante el trámite de la primera instancia, concretamente, en la audiencia de trámite y juzgamiento del artículo 80 del Estatuto Adjetivo Laboral, Colpensiones allegó copia de la Resolución GNR 299452 de 2015, a través de la cual le reconoció al señor Jaime de Jesús Cano Escobar la pensión especial de vejez por invalidez, a partir del 1º de febrero de 2015 y en cuantía de $645.655, por haber acreditado válidamente los requisitos del inciso 1º del prgfo.4º del art. 33 de la Ley 100/93, pues alcanzó 55 años de edad el 2 de julio de 2014, acreditó más de 1.000 semanas al sistema pensional y padece una deficiencia del 75.84%, según dictamen de la Junta Nacional de Calificación de invalidez, en el que se le asignó para ese criterio un porcentaje de 37.92 sobre un 50% como máximo posible. Lo anterior, se corrobora con las pruebas arrimadas al plenario a folios 68, 73, 95 y 145.

En ese orden, corresponde a la Sala determinar desde qué calenda procede el disfrute de esa prestación pensional, pues el recurrente considera que debe imponerse a partir del 30 de agosto de 2014, cuando alcanzó 1.000 semanas de aportes, y no desde el 1º de febrero de 2015 como lo determinó la entidad demandada y avaló la sentenciadora de primer grado.

Para ello, teniendo en cuenta la naturaleza de esta prestación, ha de decirse que son aplicables los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, los cuales exigen como requisito para el disfrute de la pensión, la desafiliación del sistema pensional, previa satisfacción de todos los requisitos.

Dicha desafiliación, según posición reiterada del órgano de cierre de esta especialidad[[2]](#footnote-2), puede derivarse de manera excepcional de circunstancias especiales que permitan inferir la voluntad o intención del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos como puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido a través de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión o reclamación administrativa.

Así pues, conforme a dicha postura, desde el momento en que satisfechos los requisitos, el afiliado denota su intención de dejar de cotizar al sistema, se podrá empezar a disfrutar de la pensión, al configurarse así la desafiliación contenida en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

En el caso puntual, si bien el actor reunió los requisitos para la pensión anticipada en el mes de agosto de 2014 cuando alcanzó las densidad de semanas requeridas para consolidar el derecho, también lo es que con posteridad a esa calenda efectuó cotizaciones al sistema pensional de manera voluntaria hasta el 31 de enero de 2015. Igualmente se tiene conocimiento de que la solicitud de pensión fue presentada ante la entidad de seguridad social el día 17 de febrero de 2015.

Luego entonces, los factores que permiten inferir la intención del demandante de retirarse definitivamente del sistema pensional y disfrutar de la pensión son la cesación de aportes al sistema el 31 de enero de 2015, seguida de la reclamación pensional en el mes siguiente, por lo que la Sala al igual que la sentenciadora de primer grado, concluye que la desafiliación definitiva para efectos pensionales operó a partir del 1º de febrero de 2015, tal como lo estableció la entidad demandada en el acto administrativo a través del cual le reconoció el derecho al actor.

Ahora bien, propone el recurrente que las cotizaciones efectuadas con posterioridad al 30 de agosto de 2014, momento en que se consolidó el derecho, sean devueltas al Fondo de Solidaridad Pensional para efectos de que el disfrute de la pensión pueda fijarse a partir de esa calenda, aludiendo que su obligación de cotizar al sistema cesó desde el momento mismo en que reunió los requisitos para acceder a la pensión de vejez por invalidez.

En efecto, si bien le asiste razón en cuanto afirma que una vez causó el derecho a la pensión cesó su obligación de cotizar al sistema general de pensiones, pues así lo establece el artículo 17 de la Ley 100/93, no sucede lo mismo cuando indica que por esa sola circunstancia su derecho se hacía exigible desde el momento de la consolidación, pues tal y como se explicó precedentemente, el disfrute pensional pende o está condicionado a la desafiliación, lo cual en este caso, quedó claro se dio el 31 de enero de 2015, cuando el actor efectuó su última cotización.

Adicionalmente, tampoco cabe la aplicación de la tesis de inducción en error, pues nunca medió un pronunciamiento desfavorable de Colpensiones que obligara al demandante a seguir cotizando, pues la reclamación sólo se presentó ante la entidad el 17 de febrero de 2015, lo que permite arribar a la conclusión de que fue el propio demandante quien decidió continuar haciendo aportes voluntarios al sistema, en la proporción no subsidiada que le correspondía, a sabiendas de que ya tenía consolidado su derecho pensional. Por ende, no sale avante el recurso de apelación interpuesto.

Por último, importa anotar igualmente que al tenor de lo preceptuado en el literal b) del artículo 24 del Decreto 3771 de 2007, el demandante desde el momento mismo en que alcanzó los requisitos para acceder a la pensión anticipada de vejez, perdió la condición de beneficiario del subsidio del aporte otorgado por el Fondo de Solidaridad Pensional, por manera que, es procedente la devolución de los aportes subsidiados por el Estado, al ente Administrador Fiduciario de los recursos de dicho fondo, pues por virtud del principio de sostenibilidad financiera tales dineros deben ser distribuidos de forma tal que pueda cobijar a la mayor cantidad de individuos posibles, amén de que tal devolución no afecta el monto de la prestación y menos la consolidación del derecho.

No sucede lo mismo con la parte de aporte que le correspondía efectuar al afiliado, pues éstos pertenecen al régimen de prima media con prestación definida.

Por lo tanto, se adicionará la sentencia otorgándole a Colpensiones el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de este proveído, para efectuar la devolución de los aportes subsidiados al ente Administrador Fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional.

Costas en esta instancia a cargo del recurrente.

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. *Adicionar* la sentenciaproferida el 11 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, en el sentido de ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de este proveído, proceda a efectuar la devolución de los aportes subsidiados por el Estado correspondientes al periodo del 1º de septiembre de 2014 al 31 de enero de 2015, los cuales deberán ser entregados al ente Administrador Fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional.
2. Confirma todo lo demás.
3. Costas en esta instancia a cargo del recurrente.

*NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.*

La anterior decisión queda notificada en estrados.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON

 Magistrada Magistrada

1. Sentencia SL 5603, de 6 de abril 2016 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia SL 5603, de 6 de abril 2016 [↑](#footnote-ref-2)