**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-002-2014-00633-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Blanca Oliva Caro Morales

**Demandado:** Administradora Colombiana de Pensiones

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

**Magistrada Ponente:** Olga Lucía Hoyos Sepúlveda.

**Tema a tratar:**

**DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ – RETROACTIVO:**

Como síntesis de lo expuesto, se tiene que el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que el afiliado pueda empezar a disfrutar de la prestación, que la novedad de retiro le compete reportarla al empleador y que por regla general la desafiliación del sistema debe provenir directamente del empleado, no obstante, la jurisprudencia laboral ha consentido que excepcionalmente ante la falta de manifestación de esa voluntad por el afilado, ésta puede inferirse de las circunstancias que rodean cada caso en particular.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los veintiocho (28) días del mes de junio de dos mil dieciséis (2016), siendo las once de la mañana (11:00 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora y grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Blanca Oliva Caro Morales** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** y que se encuentra radicado bajo el N° 66001-31-05-002-2014-00633-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderado:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

La señora Blanca Oliva Caro Morales solicita como pretensiones principales que se declare que tiene derecho a que le sea reconocido el retroactivo pensional generado entre el 1° de octubre de 2011 al 30 de mayo de 2013, junto con los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Solicita igualmente que el IBL se obtenga con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, al que debe aplicársele una tasa de reemplazo equivalente al 90%.

Finalmente solicita que las condenas sean indexadas y se condene en costas a la demandada.

De manera subsidiaria pretende que el IBL sea calculado con el promedio de toda la vida.

Fundamenta sus aspiraciones en que nació el 28 de septiembre de 1956 y en la misma fecha de 2011 arribó a los 55 años de edad, por lo que el 5 de octubre de ese mismo año le solicitó a su empleador desactivar los descuentos para pensión, en consecuencia, COMFAMILIAR Risaralda reportó la novedad de retiro mediante planilla del 1° de noviembre siguiente, pero que el último descuento de nómina lo realizó por el ciclo de agosto de 2011.

Que el 1° de agosto de 2012 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, lo que se hizo mediante Resolución GNR 098999 de 18 de mayo de 2013, con base en el Acuerdo 049 de 1990, para lo cual se tuvo en cuenta un IBL de $1.123.972 y una tasa de reemplazo del 90% que generaron como monto de la primera mesada la suma de $1´011.575, misma que fue ingresada en la nómina de mayo de 2013.

Aduce que respecto a ese acto administrativo interpuso los recursos de ley, solicitando el reconocimiento del retroactivo generado entre el 1° de octubre de 2011 y el 1° de junio de 2013, pero le fueron resueltos desfavorablemente.

Manifiesta que el IBL calculado con los salarios de toda la vida es de $1.132.500 que al aplicarle la tasa de reemplazo del 90% arroja como primera mesada $1.019.250 y que efectuado con los salarios de los últimos 10 años es equivalente a $1.298.642 que luego de aplicarle dicho porcentaje genera como valor de la pensión la suma de $1.168.778,80.

Finalmente sostiene que presentó la reclamación administrativa solicitando la reliquidación de la pensión, el reconocimiento de los intereses, sin haber obtenido respuesta a la misma.

 La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso atodas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa señaló que dentro del expediente no se encuentra acreditado el día en que la demandante se retiró definitivamente del sistema y por ende, no hay certeza del momento en que se le debe comenzar a pagar el retroactivo pensional, aclarando que no basta la cesación de pagos sino que se requiere además que medie un acto expreso de voluntad a través del cual solicite el retiro del sistema ante la administradora de pensiones; interpuso como excepciones de fondo las que rotuló como “Cobro de lo no debido”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios”, “Buena fe” y “Prescripción”.

1. **Síntesis de la sentencia apelada y consultada**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, declaró que la señora Caro Morales tenía derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2012 en cuantía de $999.619, aduciendo que si bien no hizo el retiro expreso del sistema sí efectuó la solicitud de reconocimiento pensional, lapso que consideró no prudencial para llevar a cabo esa petición después de haber cumplido con los requisitos de ley, conforme los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia y de esta Corporación; por lo tanto, reconoció el retroactivo pensional causado entre el 1° de agosto de 2012 y el 30 de mayo de 2013 a razón de $11´117.765, la diferencia pensional en la suma de $457.836, los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, la indexación de la diferencia pensional por $15.180 (con lo cual se entiende implícitamente resueltas las pretensiones relacionadas con el IBL) y, las costas procesales.

1. **Síntesis del recurso de apelación**

Contra la anterior decisión se alzó el apoderado judicial de la parte actora aduciendo que el retroactivo debe reconocerse desde la fecha solicitada en la demanda, teniendo en cuenta que para el 28 de septiembre ya tenía cumplidos los requisitos para acceder a la pensión y además la desafiliación del sistema o novedad del retiro se efectuó mediante planilla N° 3198612 de ASOFONDOS y al empleador se le solicitó que no efectuara más cotizaciones. Sostiene que la fecha del 12 de agosto de 2012 es un fiel reflejo de la historia laboral, pero no corresponde a la manifestación realizada por la empleadora cuando informa que aquella cumplió requisitos para acceder a la prestación, de manera que debe tenerse ese momento como manifestación de la voluntad de la demandante y/o de la empleadora. Para concluir manifiesta que no se le puede imponer a la demandante la carga que le asiste al empleador o en su caso a la entidad demanda, porque son ellos a quienes les compete esa actuación.

1. **Del grado jurisdiccional de consulta**

Frente a la anterior decisión teniendo en cuenta que la misma fue adversa a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, se ordenó el grado jurisdiccional de consulta.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los problemas jurídicos en los siguientes términos:

* 1. ¿Desde cuándo debe reconocerse la pensión de vejez a la señora Caro Morales?
	2. ¿A la señora Blanca Oliva Caro Morales le asiste el derecho a obtener el reconocimiento y pago del retroactivo pensional pretendido?
1. **Solución a los interrogantes planteados**

No existe discusión en torno a que a la actora se le reconoció su derecho pensional de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, por haber acreditado los requisitos previstos en el artículo 12 de ese cuerpo normativo, tal y como se extracta del contenido de la Resolución N° GNR 098999 del 18 de mayo de 2013 *–fl. 17 y s.s. del cuaderno de primer grado*-.

Lo que sí constituye materia de debate es la fecha a partir de la cual debía concederse el disfrute de la misma, toda vez que el funcionario de primer grado determinó que ante la omisión del reporte de la novedad de retiro por parte del empleador debía tenerse en cuenta como tal aquella en que la demandante presentó la solicitud de reconocimiento pensional, que fue el 1° de agosto de 2012 conforme reposa en la Resolución GNR 098999 de 2013; mientras que la parte actora insiste en que debe ser el 1° de noviembre de 2011, teniendo en cuenta que para esta fecha tenía cumplidos los requisitos legales y había reportado la novedad de retiro a través de la planilla de ASOFONDOS, visible a folio 25.

* 1. **De la fecha en que debe ser reconocida la pensión de vejez – Retroactivo Pensional**
		1. **Fundamento jurídico**

De conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990, la pensión de vejez se causa a partir del momento en el cual confluyen en el beneficiario la totalidad de los requisitos, esto es, la edad y el número de cotizaciones o tiempo de servicios y, se disfruta a partir de la fecha en la que se acredita la desafiliación del sistema, respectivamente.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, en sentencia del 6 de abril de 2016, radicado 44362, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha expuesto lo siguiente:

“Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el *ad quem* y que denominó *«teoría de la desafiliación tácita del sistema»*, cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

 El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones 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.

 En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación 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”.

Como síntesis de lo expuesto, se tiene que el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que el afiliado pueda empezar a disfrutar de la prestación, que la novedad de retiro le compete reportarla al empleador y que por regla general la desafiliación del sistema debe provenir directamente del empleador o empleado, no obstante, la jurisprudencia laboral ha consentido que excepcionalmente ante la falta de manifestación de esa voluntad por alguno de estos, ésta puede inferirse de las circunstancias que rodean cada caso en particular.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

De conformidad con los elementos probatorios adosados al expediente, se tiene que la señora Blanca Oliva Caro Morales nació el 28 de septiembre de 1956 –fl. 16-, por lo tanto, arribó a los 55 años de edad en la misma fecha de 2011; que para esa calenda tenía acreditadas 1.884,29 semanas de cotización, con lo cual se advierte causada la pensión de vejez con suficiencia.

Por su parte, respecto de la fecha en que la actora radicó la solicitud de reconocimiento pensional, tal y como se adujo en el hecho octavo de la demanda, amén de haber sido expresamente aceptado por Colpensiones en la contestación que dio a la misma –fl. 43- y también da cuenta la Resolución N° GNR 098999 de 18 de mayo de 2013 –fl. 17-, dicho acto se llevó a cabo el 1° de agosto de 2012.

Adicional a lo anterior, la parte actora solicitó a su empleador, COMFAMILIAR Risaralda, desde el 5 de octubre de 2011 que cesara las cotizaciones a su favor para el riesgo de vejez por tener los requisitos para pensión –fl. 24- y, en razón de ello, para el corte de nómina siguiente, es decir, el correspondiente a la primera quincena de ese mes, ya no se efectuó el descuento por ese concepto –fl. 26-, situación que se reiteró en los meses subsiguientes.

De la misma manera, demostró la demandante que para el ciclo noviembre de 2011, su empleadora especificó en la planilla de ASOPAGOS que ella como cotizante tenía los requisitos cumplidos para pensión y, en razón de ello, solo cotizó para los subsistemas de salud y riesgos profesionales –fl. 25-.

En este orden de ideas, existen diferentes hechos que demuestran la voluntad inequívoca de la señora Blanca Oliva Caro Morales de retirarse del sistema, de tal manera que como fecha de desafiliación se tendrá en cuenta el 1 de octubre de 2011, por cuanto la última cotización corresponde al ciclo de septiembre de esa misma anualidad.

 En este orden de ideas, el retroactivo sería el generado entre el 1° de octubre de 2011 y el 31 de mayo de 2013, con lo cual se acogen los argumentos expuestos por el recurrente, por lo que se modificará la sentencia revisada en este aspecto.

Ahora bien, en relación a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, la misma no está llamada a prosperar, como quiera que aun tomando la fecha en que fue proferida la Resolución N° GNR 098999 de 18 de noviembre de 2013 –fl. 17- y la fecha de presentación de la demanda, conforme al acta individual de reparto –fl. 36- es evidente que no transcurrieron más de 3 años para que operara el fenómeno prescriptivo.

En relación con la liquidación del retroactivo, dado que la actora al 1° de abril de 1994 le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional, se le debe aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y como acredita más de 1250 semanas, su IBL puede obtenerse de acuerdo con las cotizaciones de los últimos 10 años o el de toda la vida.

Así las cosas, según el cuadro que se pone de presente a los asistentes y que se anexará al acta que se levante con ocasión de esta diligencia, una vez hecho el cálculo con el promedio de los salarios cotizados por la actora durante toda su vida laboral, se obtiene un ingreso base de liquidación de $904.232, que al extraérsele el 90% de la tasa de reemplazo aplicable, arroja una primera mesada pensional por valor de $813.809.

Ahora, al efectuarse el mismo ejercicio con el promedio de los salarios de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, se obtiene un ingreso base de liquidación equivalente a $ 1`097.033, que al aplicársele la tasa de reemplazo del 90 %, arroja una primera mesada pensional de $987.330 monto con el que al parecer fue reconocida la mesada pensional por la entidad demandada, toda vez que el valor de esta para el año 2013 -$1´011.575-, es cercano al hallado por esta Corporación luego de aplicarle el IPC correspondiente, tal y como se infiere de la siguiente tabla, lo que no sucede con la liquidación realizada con los salarios de toda la vida.



De acuerdo con lo anterior, como la mesada obtenida en esta Sede resultó superior a la que en su momento reconoció Colpensiones, se genera una diferencia pensional que debe ser reconocida a favor de la demandante, la cual necesariamente debe ser indexada conforme se solicitó en la demanda y que corresponde a los siguientes valores:



Ahora, para efectos de determinar el retroactivo correspondiente y al que hay lugar como se dejó sentado líneas atrás, la liquidación deberá efectuarse con base en los valores anteriormente hallados, así:



Teniendo en cuenta lo anterior, el retroactivo asciende a la suma de $22´509.090 liquidado entre el 1° de octubre de 2011 y el 30 de mayo de 2013, razón por la cual se modificará la sentencia para aumentar su valor, por lo que se comparten los argumentos del recurrente.

De conformidad con las liquidaciones que anteceden es evidente que se incrementa el valor de las condenas halladas en primera instancia, lo que en principio impediría proceder con la modificación de la sentencia por conocerse la misma también en virtud del grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de COLPENSIONES. Sin embargo, teniendo en cuenta que el mayor valor se genera como consecuencia de la anticipación de la fecha del disfrute de la pensión para el año 2011 y las correspondientes actualizaciones con base en el IPC para los años 2012 y 2013, aspecto que tiene que ver directamente con el fundamento de la apelación, es evidente que se trata de puntos inescindibles a aquel, viabilizándose por tanto, la aludida modificación, como en efecto se hará.

**2.2. Intereses moratorios**

**2.2.1. Fundamento jurídico**

En lo que tiene que ver con la fecha a partir de la cual proceden los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 700 de 2001, el término con que cuentan las administradoras de pensiones para proceder con el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez no puede sobrepasar los seis meses contados a partir del momento en que se radique la solicitud de reconocimiento pensional con el lleno de todos los requisitos legales.

En el caso de autos, el Juez de primer grado, concluyó que la procedencia de los aludidos intereses sobre el retroactivo generado a partir de la ejecutoria de la sentencia.

**2.2.2. Fundamento fáctico**

Considera la Sala, teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento pensional fue presentada por la demandante el día 1° de agosto de 2012, la entidad contaba hasta el 31 de enero de 2013 para efectuar el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales respectivas, sin embargo, ello no ocurrió, precisamente porque solo a través de este proceso es que se le condenó al pago de las mismas –retroactivo-, de tal manera que los intereses deberían correr a partir de la última calenda anunciada y hasta el pago efectivo de la obligación, haciéndose necesario modificar la sentencia en este aspecto; no obstante, como ello se analiza en virtud del grado jurisdiccional de consulta, que se surte a favor de Colpensiones, no es posible imponerle una condena más gravosa.

Empero, al momento de efectuarse la liquidación correspondiente, deberá tenerse en cuenta el intereses remuneratorio y de mora certificado por la Superintendencia Financiera que se encuentre vigente al momento del pago efectivo de la obligación; considerando además el concepto N° 2009046566-001 del 23 de julio de 2009 emitido por esa entidad, a través del cual explicó que para calcular la equivalencia de la tasa efectiva anual en los periodos distintos al de un año, como son los réditos que se causan mensualmente o diariamente, se debe acudir a la fórmula matemáticas contenida en la tabla que se anexa a esta acta.

**CONCLUSIÓN**

Siendo así las cosas, no resulta acertada del todo la decisión de primera instancia, por lo que deberá ser modificada en relación con el monto de la mesada pensional reconocida y la fecha de su disfrute, del retroactivo reconocido, la diferencia pensional y su indexación, el monto de la mesada pensional para la presente anualidad y la forma de determinar las agencias en derecho y; se confirmará la condena por intereses moratorios.

Costas en esta instancia no se causaron, dada la prosperidad del recurso y el grado jurisdiccional de consulta tramitado a favor de COLPENSIONES.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, QUINTO y SEXTO de la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **BLANCA OLIVA CARO MORALES** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, los cuales quedarán así:

*“PRIMERO: DECLARAR que la señora BLANCA OLIVA CARO MORALES, tiene derecho a que la Administradora de Pensiones –COLPENSIONES- le reconozca la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2011, en cuantía de $987.330.*

*SEGUNDO: DECLARAR que la señora BLANCA OLIVA CARO MORALES, tiene derecho a que la Administradora de Pensiones –COLPENSIONES- le reconozca el retroactivo pensional desde el 1° de octubre de 2011 hasta el 30 de mayo de 2013, que asciende a la suma de $22´509.090, por lo expuesto en precedencia.*

*TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a pagar por concepto de diferencia de la mesada pensional desde el 1° de octubre de 2011 y hasta el 31 de mayo de 2016, la suma de $1´251.323.*

*QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a pagar por concepto de indexación la suma de $167.488 respecto de la diferencia pensional.*

*SEXTO: DECLARAR que la mesada pensional de la señora BLANCA OLIVA CARO MORALES para el año 2016 asciende a la suma de $1´141.309, la cual deberá ser reajustada anualmente conforme a las previsiones legales.*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la condena en costas. Las agencias en derecho deben ser fijadas por el juzgado de primer nivel atendiendo el valor de las condenas con el porcentaje que tuvo en cuenta al momento de señalarlas.

**TERCERO:** **CONFIRMAR** el numeral CUARTOde la sentencia por lo expuesto en precedencia.

**CUARTO:** Costas en esta instancia no se causaron dada la prosperidad del recurso y el grado jurisdiccional de consulta tramitado a favor de COLPENSIONES.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario

**FÓRMULAR MATÉMATICA PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS**

Para calcular la tasa efectiva anual: ((1+i)1/12-1)\*100; donde i= tasa efectiva anual. Y para calcular la tasa efectiva diaria: ((1+i)1/365-1)\*100, donde i= tasa efectiva anual; las cuales se encuentran implícitas en el simulador dispuesto en la página web de la entidad para el público en general.