**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-003-2015-00317-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: María Nubia Escudero Aristizabal

**Demandado:** Administradora Colombiana de Pensiones

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

**Magistrado Ponente:** Issa Rafael Ulloque Toscano.

**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; intelección reiterada por la Sala de Casación Laboral en sentencia del 47.236 del 6 de abril del año en curso, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

(…)

En este orden de ideas, como se acreditó que la señora Escudero Aristizabal además de satisfacer los requisitos previstos en el artículo 12 *ibídem*, dejó de cotizar al sistema general pensiones el 30 de junio de 2011, circunstancias que conducen razonablemente a deducir que desde ese día se produjo su desafiliación del sistema, y por ende desde el día siguiente era posible el disfrute de la pensión, es decir, desde el 1° de julio de 2011, como fue solicitado en la demanda, argumentos que se reiteraron en la alzada*.*

Lo anterior teniendo en cuenta que entre dichas actuaciones no transcurrió un término amplio, sino todo lo contrario, cercano o prudencial, de lo cual podía concluirse que su voluntad inequívoca era la de retirarse del sistema, intelección que excepcionalmente es la que debe aplicarse cuando no se efectúa una desafiliación expresa por parte del trabajador, conforme se expresó en precedencia.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los nueve (09) 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 17 de noviembre de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **María Nubia Escudero Aristizábal** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-** y que se encuentra radicado bajo el N° 66001-31-05-003-2015-00317-01.

**I. REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado:

Administradora Colombiana de Pensiones y su apoderado:

1. **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.

**III. ANTECEDENTES:**

La señora María Nubia Escudero Aristizabal solicita que se declare que tiene derecho a que le sea cancelada su pensión a partir del 1° de julio de 2011, fecha en que cumplió los requisitos para acceder a la misma, por lo tanto, le sea cancelado el retroactivo causado entre esa fecha y el 1° de febrero de 2013 fecha en que le fue efectivamente reconocida, debidamente indexadas o subsidiariamente le sean reconocidos los intereses moratorios y, las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que por reunir los requisitos correspondientes solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, la que le fue reconocida mediante Resolución GNR 7201 de 2013 a partir del 1° de febrero de 2013 en cuantía de $869.524, bajo los postulados del Acuerdo 049/90, acto contra el que interpuso los recurso de ley, pero la entidad mediante Resolución GNR 350930 de 2013 le reliquidó la pensión a partir de esa misma fecha quedando en $1´003.032, pero negando que la causación y disfrute fuera a partir del 1° de julio de 2011.

Aduce que contra ese acto administrativo también presentó recurso, el que fue desatado mediante Resolución N° VPB 25771 de 2015, en la que se confirma la negativa frente al retroactivo solicitado, pero además se menciona que la historia laboral debe ser actualizado con los tiempos comprendidos entre 1° de julio de 2011 el 31 de julio de 2012, los cuales no fueron hallados a favor de la actora.

Que para el 1° de julio de 2011 tenía acreditados todos los requisitos y además se había efectuado el retiro del sistema, toda vez que la novedad de retiro se efectuó en junio de ese mismo año, pasando a ser calificada como “cotizante con requisitos cumplidos para pensión”; fecha en la que igualmente había solicitado a su empleador la suspensión de los pagos para pensión.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso atodas las pretensiones de la demanda y como razones de defensa señaló que no está obligado a cancelar el retroactivo solicitado toda vez que no se observa novedad de retiro por parte del empleador. Y aclara que no se pueden confundir los conceptos de causación de la pensión y disfrute de la misma; interpuso como excepciones de fondo las que rotuló como “Inexistencia de la Obligación demandada” y “Prescripción”.

**IV. SENTENCIA DEL JUZGADO**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, declaró que la señora Escudero Aristizbal tenía derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2012, fecha en la cual, si bien no hizo el retiro expreso del sistema sí efectuó la solicitud de reconocimiento pensional, por lo que ha de entenderse que a partir de ese momento es que deseaba no hacer parte del sistema y consecuente con ello acceder al derecho pensional; por lo tanto, reconoció el retroactivo pensional causado entre el 1° de agosto de 2012 y el 31 de enero de 2013 a razón de $6´877.878, junto con la indexación y, las costas procesales.

**V. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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 la intención de retiro efectivo del sistema de la demandante es desde el 1° de julio de 2011 cuando solicitó a su empleador que cesara de efectuar los pagos para pensión porque había iniciado el trámite de reconocimiento de la pensión de vejez; además porque en los formularios de ASOCAJAS se evidencia que el empleador plasmó en los mismos que la actora era una “cotizante con requisitos cumplidos para pensión” y, porque la solicitud de reconocimiento pensional, a diferencia de lo referido por la funcionaria de primer grado fue presentada el 30 de junio de 2011 conforme se advierte de las colillas que reposan a folio 36 y no el 1° de agosto de 2012, fecha plasmada en la Resolución GNR 007201 de 2013 –fl. 15-.

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.

1. **CONSIDERACIONES**

**Del problema jurídico.**

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

¿Desde cuándo debe reconocerse la pensión de vejez a la señora Escudero Aristizabal?

¿A la señora María Nubia Escudero Aristizabal le asiste el derecho a obtener el reconocimiento y pago del retroactivo pensional pretendido?

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 350930 del 11 de diciembre de 2013 *–fl. 20 y s.s. del cuaderno de primer grado*- que modificó la Resolución N° GNR 007201 de 4 de febrero de 2013 que la había reconocido con base en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

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 la funcionaria 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 007201 de 2013, mientras que la parte actora insiste en que debe ser el 1° de julio de 2011, teniendo en cuenta que el 30 de junio de esa anualidad elevó esa solicitud conforme se extracta de la colilla visible a folio 36 y además instó a su empleador que cesara en el pago de los aportes para pensión.

**De la fecha en que debe ser reconocida la pensión de vejez**

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 2 de octubre de 2013, radicado 44362, con ponencia de la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, ha expuesto lo siguiente:

“Para determinar la fecha a partir de la cual procede el pago de la pensión de vejez, es pertinente clarificar que el hecho de no cotizar al sistema una vez se satisfacen los requisitos legales para acceder a aquella, no implica per se la desafiliación que exige la normativa en cuestión, pues no puede perderse de vista que debe existir un acto declarativo de la voluntad, para que la entidad de seguridad social actúe de conformidad, y adopte las medidas para excluir definitivamente del sistema al afiliado.

Ello tiene una relevancia mayúscula, en la medida en que la afiliación no se suspende o se suprime por el hecho de que se deje de cotizar, pues aquella garantiza el acceso a la protección de las contingencias de la vida bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, entre los cuales está obviamente la cancelación de las cuotas correspondientes, que a la postre son las que van a permitir que se reconozcan, entre otras, las prestaciones pertinentes.

Por demás, el hecho de que se produzca una novedad de retiro de un trabajador, al servicio del empleador, no puede tampoco asimilarse a la desafiliación, en tanto aquella simplemente da cuenta de una situación propia del mundo del trabajo, que no descarta la posibilidad de un nuevo ingreso, mientras que la otra tiene el carácter de definitiva y de ella pueden emerger determinados derechos”.

El anterior enfoque ya había sido acogido por esta Corporación en decisión proferida por el Despacho del magistrado Julio César Salazar Muñoz, radicado bajo el N° 2013-00541 proferida el 14 de octubre de 2015.

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; intelección reiterada por la Sala de Casación Laboral en sentencia del 47.236 del 6 de abril del año en curso, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

**Del caso concreto:**

De conformidad con los elementos probatorios adosados al expediente, se tiene que la señora María Nubia Escudero Aristizabal nació el 09 de junio de 1956 –fl. 13-, por lo tanto, arribó a los 55 años de edad en la misma fecha de 2011; que para esa calenda tenía acreditadas aproximadamente 1.690,79 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, si bien en la Resolución N° GNR 007201 de 2013, se alude que dicho acto se llevó a cabo el 1° de agosto de 2012 –fl. 15-, debe tenerse en cuenta que a folio 36 del expediente se encuentra el comprobante de radicación de la misma, el cual data del 30 de junio de 2011, tal y como se expuso en el hecho 3° de la demanda, amén de haber sido expresamente aceptado por Colpensiones en la contestación que dio a la misma –fl. 54-.

En este orden de ideas, como se acreditó que la señora Escudero Aristizabal además de satisfacer los requisitos previstos en el artículo 12 *ibídem*, dejó de cotizar al sistema general pensiones el 30 de junio de 2011, fecha en la que igualmente solicitó el reconocimiento pensional, circunstancias que conducen razonablemente a deducir que desde ese día se produjo su desafiliación del sistema, y por ende desde el día siguiente era posible el disfrute de la pensión, es decir, desde el 1° de julio de 2011, como fue solicitado en la demanda, argumentos que se reiteraron en la alzada*.*

Lo anterior teniendo en cuenta que entre dichas actuaciones no transcurrió un término amplio, sino todo lo contrario, cercano o prudencial, de lo cual podía concluirse que su voluntad inequívoca era la de retirarse del sistema, intelección que excepcionalmente es la que debe aplicarse cuando no se efectúa una desafiliación expresa por parte del trabajador, conforme se expresó en precedencia.

Ahora bien, respecto a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, la misma no está llamada a prosperar, como quiera que entre la fecha de notificación de la Resolución que resolvió el recurso interpuesto en contra de la Resolución de reliquidación, que lo fue el 24 de marzo de 2015 –fl. 24- y la fecha de presentación de la demanda, conforme al acta individual de reparto –fl. 44- 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 $937.404,60, que al extraérsele el 90% de la tasa de reemplazo aplicable, arroja una primera mesada pensional por valor de $843.664.

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`048.648,98, que al aplicársele la tasa de reemplazo del 90 %, arroja una primera mesada pensional de $ 943.784,98. Monto con el que al parecer fue reconocida la mesada pensional por la entidad demanda, toda vez que el valor de la mesada pensional para el año 2012, es similar al hallado por esta Corporación, tal y como se evidencia de la siguiente tabla:

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Año** | **Desde** | **Hasta** | **Causadas** | **Mesada reliquidada** | **Diferencias a cancelar** | **IPC Vo** | **Diferencia indexada** |
| 2011 | 01-jul-11 | 31-dic-11 | 8,00 | 943.784,09 | 7.550.273 |  | 1.500.454 |
| 2012 | 01-ene-12 | 31-dic-12 | 13,00 | 978.987,23 | 12.726.834 |  | 1.980.844 |
| 2013 | 01-ene-13 | 31-ene-13 | 1,00 | 1.002.874,52 | 1.002.875 |  | 128.521 |
|  |  |  |  | **Valores a cancelar ===>** | **21.279.981** | **Indexado=>** | **3.609.818** |

Teniendo en cuenta lo anterior, el retroactivo asciende a la suma de $21´279.981 liquidado entre el 1° de julio de 2011 y el 31 de enero de 2013 y la indexación de ese valor a la suma de $3´609.818.

Así las cosas, se observa que la sentencia objeto de censura tendrá que ser modificada.

Costas en esta instancia no se causaron por haber prosperado el recurso y tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales 1°, 2° y 3° de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **MARIA NUBIA ESCUDERO ARISTIZBAL** 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 MARÍA NUBIA ESCUDERO ARISTIZBAL tiene derecho al retroactivo pensional que se causa a partir del 1° de julio de 2011, fecha en la que se produjo la desafiliación del sistema”*

*SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- que proceda a cancelar a la señora MARÍA NUBIA ESCUDERO ARISTIZABAL la suma de $21´279.981 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 1° de julio de 2011 al 31 de enero de 2013.*

*TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- que procede a cancelar la suma de $3´609.818 por concepto de indexación de la condena de que trata el numeral anterior”*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia revisada en todo lo demás.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso y tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.**

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

Magistrado Ponente

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

Magistrada Magistrado

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario